REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCI • Noviembre-Diciembre • Núm. 752

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 XCI • Noviembre-Diciembre 2015 • Núm. 752

REVISTA BIMESTRAL

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

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

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

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

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

Comisión ejecutiva

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

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Vocal adjunto al Decano del Colegio
de Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

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

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

Consejeros

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

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 Gálligo
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
Vocal adjunto al Decano del Colegio
de Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Alfonso Candau Pérez
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.

CABANILLAS, Antonio, CAFFARENA, Jorge, MIQUEL, José María, y PANTALEÓN, Fernando: «Necrológica del Profesor Luis Díez-Picazo» 3113

GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: «In Memoriam Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo» 3115

ESTUDIOS / STUDIES

GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos: «La cuota de participación en la propiedad horizontal: su fijación y su alteración» / *The participation share in horizontal property: establishing and altering it* 3119

MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: «Derecho de atribución preferente de acciones y participaciones sociales» / *The preferential allotment right of shares and other equity interests* 3169

MINGORANCE GOSÁLVEZ, Carmen: «Los principios de confusión y de separación de patrimonios en el derecho hereditario español» / *The principles of confusion and separation of assets in the Spanish inheritance law* 3221

SÁNCHEZ-VENTURA MORER, Inés: «Limitación de la responsabilidad a los bienes de la herencia por una de las deudas que conforma el haber hereditario» / *Special arrangements for the reverse mortgage from the point of view of the Spanish Inheritance Law* 3257

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «Reformas legislativas de Augusto» / *Legislative Reforms of Augustus* 3297

Págs.

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «El arrendamiento urbano de vivienda y sus efectos respecto a terceros a partir de la ley 4/2013, de 4 de junio, de "medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas"» / *The urban lease of housing and its effects regarding third parties since «flexible measures and market development of rental dwelling» act, June 4/2013* 3319

RODRÍGUEZ CATIVIELA, Enrique José: «Impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana: aproximación a un tributo de moda» / *Municipal tax on the increase in value of urban land: a look at a fashion tribute* 3351

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón y CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele: «El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana» / *Allotting the Family Home after Separation or Divorce: Spanish Law and Italian Law in Comparative Perspective* 3387

POLO SABAU, José Ramón: «El matrimonio en forma religiosa y el matrimonio de los grupos ideológicos o filosóficos en el ordenamiento jurídico irlandés» / *Religious marriage and the marriage of the secular groups in the irish legal system* 3467

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 3535

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «El consentimiento de ambos progenitores, la publicación de fotos en las redes sociales y el supremo interés del

Págs.

menor» / *Consent of both parents and publication of photos on networks and the Principle of the best interests of the child,* por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE... 3619

1.2. Derecho de familia:

— «La pensión de alimentos. Nuevos criterios en su determinación» / *The alimony. New criteria in his determination*, por Mónica MUÑOZ-ALONSO LÓPEZ 3632

1.3. Derechos reales:

— «Cuestiones controvertidas en torno a las cláusulas abusivas insertas en los préstamos o créditos hipotecarios (I)» / *Controversial questions concerning the improper clauses included in lendings or mortgage loans (I)*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT 3644

1.4. Sucesiones:

— «Separación civil de hecho y separación canónica: derechos sucesorios del cónyuge viudo» / *'De facto' civil separation and canonical separation: inheritance rights of the widowed spouse,* por Clara María ARRANZ HIERRO.... 3665

1.5. Obligaciones y Contratos:

— «El incumplimiento esencial del contrato como categoría independiente del incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo» / *The essential default of contract as a separate category of resolution default in the Supreme Court jurisprudence*, por Rosana PÉREZ GURREA..... 3680

1.6. Responsabilidad civil:

— «Responsabilidad extracontractual en caso de fallecimiento por accidentes de circulación: una perspectiva jurisprudencial» / *Contractual liability in case of death by road accident: a jurisprudential perspective,* por Lourdes GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR..... 3694

1.7. Concursal:

— «El tratamiento del sobreendeudamiento de la persona física en Francia mediante procedimientos especiales» /

Págs.

How unsustainable indebtedness in private individuals is dealt with in France by way of special proceedings, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 3719

2. MERCANTIL:

— «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» / *Attorneys-in-fact without proper authority and cases where shareholders' meetings are not authorised to acquire or dispose of essential assets or to contribute such assets to another company*, por Francisco REDONDO TRIGO 3741

3. URBANISMO:

— «Procesos complejos de gestión urbanística y su acceso al Registro de la Propiedad» / *Complex Urban Planning Management Processes and Their Qualification for Registration*, por Vicente LASO BAEZA 3757

4. DERECHO BANCARIO:

— «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» / *Transparency scrutiny of the floor clauses established by the judgments of the Supreme Court rendered on May 9th 2013, September 8th 2014, March 25th 2015 and April 29th 2015*, por Héctor Daniel MARÍN NARROS 3769

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY INFORMATION

«Anuario de Derecho de Fundaciones 2014, de AA.VV. por Juan-Cruz ALLI TURRILLAS 3801

«Las parejas de hecho y su marco legal», de M.ª Eugenia SERRANO CHAMORRO, por ALBERTO LÓPEZ SOTO 3805

NECROLÓGICA DEL PROFESOR LUIS DÍEZ-PICAZO

por

ANTONIO CABANILLAS
JORGE CAFFARENA
JOSÉ MARÍA MIQUEL
FERNANDO PANTALEÓN
Discípulos del profesor Díez-Picazo

El pasado día 31 de octubre falleció Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. Su muerte deja un enorme vacío en el Derecho español, a la par que profunda tristeza y dolor en familiares, amigos y discípulos.

Su obra es la de un coloso. Se fundamenta en su sólida y extensa formación jurídica, en unas facultades intelectuales asombrosas y en el trabajo constante a lo largo de muchos años. La gota que horada la roca, le gustaba decir. La constancia en el trabajo, aprovechar los retales del tiempo, ser trapero del tiempo, fueron consignas que siguió toda su vida.

Desde los ya lejanos tiempos de sus estudios de licenciatura y doctorado, destacó por sus brillantes calificaciones. En 1953, obtuvo la Licenciatura en Derecho por la Universidad de Madrid con Premio Extraordinario y el Premio de la Fundación Montalbán al mejor expediente académico. Entre los años 1950 y 1954, cursó estudios de Sociología y Administración Pública en el Instituto de Estudios Políticos. En 1950, comenzó la relación con quien fue su maestro, el profesor Federico DE CASTRO, asistiendo al seminario de Derecho Civil que este dirigía en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, y participando en la redacción del *Anuario de Derecho Civil*; revista que don Federico había fundado en el año 1948 y dirigió hasta su fallecimiento. El profesor DÍEZ-PICAZO le sucedió en ambas tareas de dirección —en la segunda junto juristas de la talla de don Juan B. VALLET DE GOYTISOLO y don Manuel PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS—, y ambas las desempeñó hasta el día de su muerte.

En 1953, comenzó su actividad universitaria como Profesor Ayudante de Derecho Civil en la Universidad de Madrid, en la Cátedra del Profesor DE CASTRO. Durante el periodo de su formación, amplió estudios en Alemania e Italia. En 1956, se doctoró en Derecho en la misma Universidad. Su tesis doctoral sobre *El arbitrio de tercero en los negocios jurídicos* fue merecedora del Premio Extraordinario del Doctorado y el Premio Condesa de Maudes. En ese mismo año, ganó por oposición la plaza de Juez de Primera Instancia e Instrucción, que desempeñó por un breve espacio de tiempo en el correspondiente Juzgado de San Martín de Valdeiglesias.

En unos tiempos en los que las oposiciones a cátedras eran extraordinariamente duras, tras una oposición memorable, fue nombrado, en 1963, Catedrático de Universidad en la asignatura de Derecho Civil; función que desempeñó en las Universidades de Santiago de Compostela (1963-1964), Valencia (1964-1972) y Autónoma de Madrid (1972-1980 y 1989-2001). Tras su jubilación en esta última, fue nombrado Profesor Emérito. En estos días, hemos podido leer sentidos testimonios acerca de su labor docente universitaria de personas que tuvieron el privilegio de disfrutar de ella. Nosotros reiteramos lo que quedó escrito en la Presentación de los *Escritos Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis DÍEZ-PICAZO*: que siempre quiso ser un profesor, y que lo quiso ser, sobre todas las cosas, cuando pudo ser o estar en otras funciones, cargos y oficios que de hecho compartió con la docencia sin que el nobilísimo oficio de docente perdiera nunca la posición central en las tareas y la vida del maestro.

Por sus frutos los conoceréis. La obra de Luis DÍEZ-PICAZO da testimonio de su talla de gigante del Derecho y no solo del Derecho Civil. Su obra se caracteriza por su rigor, elegancia, claridad y modernidad. Además de ser extensa, posee múltiples dimensiones por sus materiales históricos, sociológicos, y dogmáticos, en el mejor sentido de la palabra.

Sus *Lecciones de Derecho Civil,* publicadas por la Universidad de Valencia entre 1965 y 1972, anunciaban ya una renovación del Derecho Civil que, continuada por su *Sistema de Derecho Civil,* en colaboración con el Profesor GULLÓN, culminaría en la obra que marca una época, sus *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*.

Insistió en la necesidad del estudio riguroso de la jurisprudencia tanto en sus espléndidos *Estudios sobre la jurisprudencia civil,* como en algunas monografías en las que analizó detalladamente cientos de sentencias, *La prescripción extintiva* y *La doctrina de los propios actos*. En esta última, como en *El enriquecimiento injustificado* y en el prólogo a la obra de WIEACKER, *El principio de la buena fe,* abordó la difícil tarea de concreción de doctrinas generales dotadas de un alto grado de abstracción, con el fin de hacerlas compatibles con la necesaria previsibilidad de las decisiones judiciales.

Su preocupación por el método y por las nuevas tendencias, su afán por conocerlas de primera mano, le incitó a traducir a VIEHWEG, *Tópica y juris-*

prudencia (1964), GIORGIANNI, *Causa del negocio jurídico* (1968), CARBONNIER, *Sociología del Derecho* (1977), *Derecho flexible* (1977), *Ensayo sobre las leyes* (1998), PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (1979), LARENZ, *Derecho justo* (1985), RODOTÁ, *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada* (1986), VAN CAENEGEM, *Pasado y futuro del derecho europeo* (2003).

Miembro de la Comisión General de Codificación desde 1972, participó en las importantes reformas del Derecho de Familia y Sucesiones que en 1981 adaptaron el Código Civil a la Constitución y continuaron con la reforma de la tutela. Como Presidente de la sección primera, desde 1978, ha impulsado la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos y dirigido con autoridad y eficacia los trabajos y debates que culminaron en la conocida Propuesta de la Comisión de Codificación sobre dicha modernización.

Luis DÍEZ-PICAZO ha sido un jurista completo, juez por oposición, abogado, magistrado del Tribunal Constitucional de 1980 a 1989, profesor y autor de una obra inmensa y profunda, reunió las mejores cualidades y experiencias para ser el Maestro que entusiasma por su ejemplo e impulsa a perseguir la excelencia. No fue un maestro condescendiente, pero sí liberal. Sus discípulos hemos sido muy afortunados, porque Luis DÍEZ-PICAZO, además de ser el más grande jurista de nuestro tiempo, siempre nos favoreció con su confianza, apoyo y afecto. Nos honramos en pertenecer a su escuela y siempre le agradeceremos lo mucho que ha hecho por nosotros.

IN MEMORIAM
EXCMO. SR. D. LUIS DÍEZ-PICAZO

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
Director General de los Registros y del Notariado
Discípulo y amigo del profesor Díez-Picazo

Hay que horadar la roca, decía siempre Luis DÍEZ-PICAZO a sus magníficos hijos y a sus amigos más íntimos. Esto es lo que hizo en vida este insigne jurista, dejar siempre huella por donde pasaba. Nos deja uno de los máximos civilistas de la historia de España, maestro de juristas, insigne profesor. Presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación durante casi cuarenta años, Magistrado del Tribunal Constitucional en el periodo más

importante en orden a la consolidación de la doctrina constitucional, catedrático de Derecho Civil en numerosas universidades españolas entre las que cabe destacar su paso por Valencia y sobre todo por la Universidad Autónoma de Madrid donde creó Escuela, ha ido dejando grandes discípulos a su paso que le quieren, que le queremos de verdad. Hemos aprendido de él no solo conocimientos, sino rigor, empeño, dedicación y ánimo de libertad. Discípulos que no solo se encuentran en España sino a lo largo del mundo entero. Particular relación tuvo con Latinoamérica, donde recibió numerosos Doctorados *«Honoris Causa»* y reconocimientos. Formaba parte de diversas academias de Derecho, pero cabe destacar la presidencia que ejerció hasta hace pocos meses de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación española. Entre sus numerosos cargos y distinciones siempre tuvo predilección por la presidencia de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* siendo un honor para los registradores de la propiedad y mercantiles de España ostentar tan egregio representante. Durante su mandato puso la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* al frente de las principales revistas jurídicas, a la par incluso del *Anuario de Derecho Civil* por el que tanta pasión demostró también. No podemos decir que nos deje del todo, nunca lo hará, pues nos deja su gran obra, de la que podemos destacar como principal legado el *Sistema de Derecho Civil* y sus *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Y por supuesto nos deja la roca horadada del ejemplo que nos dio en vida y que conservaremos hasta el día que podamos verle de lejos, arriba, en el Olimpo de los juristas.

ESTUDIOS

La cuota de participación en la propiedad horizontal: su fijación y su alteración

The participation share in horizontal property: establishing and altering it

por

CARLOS GÓMEZ DE LA ESCALERA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid
Exletrado del Tribunal Constitucional
Abogado

RESUMEN: La cuota de participación expresa el valor proporcional que cada piso o local tiene en relación con el valor del inmueble en su totalidad, y tiene como finalidad servir para ordenar correcta y equitativamente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones y cargas que derivan del régimen de la propiedad horizontal. La cuota debe expresarse en centésimas y fijarse atendiendo a los criterios imperativos que establece el artículo 5 LPH, que no son cerrados ni excluyentes, por lo que pueden tenerse en cuenta otros, especialmente los que atienden al principio de igualdad-proporcionalidad, lo que permite contemplar la función que cumple la cuota como elemento a ponderar en la formación de la denominada mayoría de intereses o de cuotas necesaria para la aprobación de los acuerdos comunitarios. El principio de invariabilidad de las cuotas de participación impide que una vez fijadas puedan ser alteradas, salvo que concurran circunstancias sobrevenidas que autorizan su modificación. En todo caso, la modificación de las cuotas precisa del consentimiento individualizado de todos los propietarios, al constituir un acto de disposición que afecta

al contenido esencial del derecho de dominio de cada propietario. No obstante, cuando las cuotas se hayan fijado incumpliendo los criterios imperativos del artículo 5 LPH, y hayan sido fijadas con error, arbitrariedad o injusticia notoria, podrán ser rectificadas por resolución judicial o por laudo arbitral.

ABSTRACT: The participation share expresses the proportional value that each flat or the premises have in relation to the value of the entire property, and the aim is for it to serve to correctly and fairly determine the exercising of the rights and fulfilment of the obligations and encumbrances that arise from the horizontal property regime. The share must be expressed in hundredths and set taking into account the governing criteria that are established in Artículo 5 of the Horizontal Property Act, which are not fixed or exclusive, so others can be taken into account, especially those that adhere to the principle of equality-proportionality, which enables one to consider the function that the share fulfils as an element to be weighed up constitution of the so-called majority of interests or shares needed for the approval of the homeowners association agreements. The principle of the invariability of the participation shares means that once they have been set they cannot be altered, unless certain circumstances come together that authorise their modification. However, modification of the shares requires the separate consent of all the owners, because it constitutes an act of disposal of assets that affects the essential content of every owner's property rights. However, when the shares have been set without complying with the criteria stipulated in Artículo 5 of the Horizontal Property Act, and have been established erroneously, arbitrarily or in a manifestly unfair way, they may be rectified either by a legal ruling or by an arbitration award.

PALABRAS CLAVE: Propiedad horizontal. Condominio. Cuota de participación. Comunidad de propietarios.

KEY WORDS: Horizontal Property. Condominium, Participation Share, Homeowners Association.

SUMARIO: I. SIGNIFICADO Y FUNCIONES DE LA CUOTA DE PARTICIPACIÓN.—II. LA FIJACIÓN INICIAL DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN: 1. La fijación de las cuotas de participación por la voluntad del propietario o propietarios del edificio. 2. La fijación de las cuotas por laudo. 3. La fijación de las cuotas por resolución judicial.—III. LOS CRITERIOS A TENER EN CUENTA PARA LA FIJACIÓN DE LAS CUOTAS: 1. La «superficie útil». 2. El «emplazamiento interior o exterior». 3. La «situación». 4. El «uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios

O ELEMENTOS COMUNES». 5. APLICACIÓN DE OTROS CRITERIOS NO PREVISTOS EN LA LEY PARA LA FIJACIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD-PROPORCIONALIDAD.—IV. LA ALTERACIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN INICIALMENTE ESTABLECIDAS: 1. LA MODIFICACIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN POR CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS: *A) La modificación de las cuotas a causa de las mejoras o menoscabos originados en los pisos o locales. B) La modificación de las cuotas a causa de la división o unión material de pisos o locales. C) La modificación de las cuotas a causa de la construcción de nuevas plantas o debidas a cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes. D) La modificación de las cuotas que deriva de la desafectación de un elemento común que es enajenado como una nueva finca de la propiedad horizontal*. 2. LA MODIFICACIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN SIN QUE EXISTAN CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS. 3. LA REVISIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN CUANDO HAYAN SIDO FIJADAS CON ERROR, ARBITRARIEDAD O NOTORIA INJUSTICIA.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. SIGNIFICADO Y FUNCIONES DE LA CUOTA DE PARTICIPACIÓN[1]

En la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (y en sus modificaciones posteriores) (en adelante, simplemente, LPH) la cuota de participación[2] que corresponde a cada piso o local susceptible de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública, que puede ser objeto de propiedad «separada» [arts. 396 del Código Civil y 3.a) LPH], no es un mero módulo de distribución de los gastos generales o comunes del edificio, ni el porcentaje de participación de cada propietario en la copropiedad de los elementos comunes, sino la expresión del valor proporcional que cada piso o local representa en el conjunto del inmueble, que sirve para cuantificar numéricamente la participación de cada propietario en las cargas y beneficios que derivan del régimen de la propiedad horizontal.

En el sistema de la LPH la cuota de participación cumple tres importantes funciones:

A) En el plano patrimonial, representa la parte o fracción que corresponde a cada propietario en el valor total del edificio [artículos 3, párrafo 2.º LPH y 8.4.º LH][3]. Interesa destacar, en este punto, que lo que la cuota expresa es el *valor proporcional* de cada piso o local en relación con el valor del inmueble en su totalidad, lo que, en principio, es algo distinto e independiente del valor de mercado o del valor intrínseco de cada piso o local[4], que puede ser objeto de alteraciones a lo largo del tiempo en virtud de las modas de cada época[5], de la actividad urbanizadora de la Administración Publica o de las mejoras o menoscabos que hayan podido afectar al propio piso o local[6].

En esta función, la cuota de participación es especialmente relevante, por ejemplo, en los casos de venta o arrendamiento de algún elemento común del edificio (vivienda del portero, colocación de rótulos en la fachada o en la cubierta), o en los casos de constitución del derecho de vuelo o de sobreedificación, o en los supuestos de destrucción o expropiación forzosa del inmueble, pues en todos estos supuestos el precio, las indemnizaciones, o el solar resultante se repartirá entre los propietarios en atención a sus respectivas cuotas de participación. La cuota también suele ser tenida en cuenta para distribuir el préstamo hipotecario constituido sobre todo el inmueble antes de haberse sometido al régimen de la propiedad horizontal entre los diferentes pisos o locales (normalmente para la financiación de su construcción).

Una consecuencia refleja o indirecta de este valor proporcional de la cuota es que sirve para determinar el porcentaje con el que cada propietario participa en los beneficios y desventajas que derivan de los elementos comunes[7]. Conviene, no obstante, no confundir o identificar la cuota de participación en la propiedad horizontal que regulan los artículos 3 y 5 LPH y 8.4.º LH, con la cuota o porcentaje de participación del propietario en los elementos comunes, como sucede en la copropiedad ordinaria, en la que la cuota no es más que eso, la medida de la participación en la cosa común[8]. Por el contrario, en la propiedad horizontal la cuota es algo más, define porcentualmente la participación o medida del derecho de cada propietario en todo el régimen de la propiedad horizontal. Esto es así porque en la propiedad horizontal cada propietario es titular de un derecho de *naturaleza dual*[9] ya que su contenido incluye dos derechos indisolublemente unidos: (a) el derecho de propiedad singular y exclusivo sobre su piso o local y (b) el derecho de copropiedad o de comunidad especial sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes que lleva inherente la titularidad privativa (arts. 396 del Código Civil y 3 LPH), razón por la cual la fijación de la cuota tiene como finalidad establecer un criterio de proporcionalidad económica y jurídica que sirva para ordenar correcta y equitativamente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones y cargas que derivan del régimen de la propiedad horizontal[10].

B) En el ámbito de los gastos comunes, la cuota sirve para determinar el montante económico con el que cada propietario debe contribuir a sufragar los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, y los servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización [art. 9.1.e) LPH]. Lo decisivo para que la cuota de participación actúe en este plano es precisamente que el concepto que origina o del que deriva el gasto no pueda determinarse o imputarse de forma concreta e individualizada para cada propietario, pues si la individualización es posible, por ejemplo, mediante la colocación del oportuno contador o aparato medidor, cada propietario contribuirá al concepto del que deriva el gasto de acuerdo al uso, utilización o consumo que efectúe y el gasto dejará de ser general o comunitario para ser

privativo y exclusivo de cada propietario. En este punto, sin embargo, la cuota de participación es subsidiaria pues, conforme a los artículos 5, párrafo 3.º y 9.1.e) LPH, solo regirá para la distribución de los gastos generales cuando en los Estatutos no esté «especialmente establecido» otro módulo o sistema de contribución a los gastos. Así lo ha reconocido la jurisprudencia en las SSTS de 28 de diciembre de 1984 *(RJ* 1984, 6300), 2 de marzo de 1989 *(RJ* 1989, 1745), 2 de febrero de 1991 *(RJ* 1991, 700) y 7 de marzo de 2013 *(RJ* 2013, 3257), entre otras muchas.

C) En el ámbito político o de gobierno de la comunidad, la cuota de participación desempeña un papel de extraordinaria importancia a la hora de determinar la validez de los acuerdos aprobados en la Junta de Propietarios, ya que, conforme al denominado sistema de doble mayoría que rige la adopción de acuerdos en la propiedad horizontal[11], para que puedan aprobarse válidamente los acuerdos comunitarios no solo es necesario que se alcance la *mayoría personal* que la ley exige en cada caso, que se obtendrá con el número de votos personales positivos de los propietarios (principio democrático o mayoría de cabezas), sino que también es preciso que se alcance la *mayoría de cuotas* correspondientes, de modo que los propietarios que hayan votado a favor del acuerdo sean titulares de un número de cuotas equivalente a la mayoría exigida (principio patrimonial o mayoría de intereses) (*vid.,* art. 17 LPH). En consecuencia, a mayor cuota de participación mayor poder de decisión del propietario en la adopción de los acuerdos comunitarios ya sea para aprobarlos o para impedirlos. En la misma línea de influencia en las decisiones de la comunidad, los propietarios que representen, al menos, el 25 por 100 de las cuotas de participación están legitimados para solicitar la convocatoria de una Junta (art. 16.1 LPH).

La importante significación que la cuota de participación tiene en la propiedad horizontal determina que la cuota sea, junto a los elementos privativos y a los elementos comunes uno de los tres componentes esenciales o constitutivos del régimen jurídico de la propiedad horizontal. En este sentido, resulta conveniente recordar que para que pueda nacer o constituirse la propiedad horizontal es necesario que concurran tres requisitos esenciales:

a) El piso o local. El primer requisito o elemento que debe concurrir para la existencia de la propiedad horizontal es una pluralidad de unidades inmobiliarias independientes susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública susceptible de ser objeto de propiedad separada [art. 396 del Código Civil y 3.a) LPH]. Para que exista la propiedad horizontal es necesario, como mínimo, la existencia de dos departamentos independientes que constituyen el elemento principal de la propiedad horizontal ya que son su razón de ser, en cuanto que son el objeto del derecho singular y exclusivo del derecho de propiedad privada característica de esta forma especial de propiedad inmobiliaria [artículos 1 y 3.a) LPH].

b) Los elementos comunes. Al ser la propiedad horizontal un régimen de propiedad inmobiliaria que se caracteriza porque el derecho singular y exclusivo de cada propietario sobre su respectivo piso o local privativo, lleva inherente un derecho de copropiedad o de comunidad especial sobre los elementos comunes del edificio, sin elementos comunes o, si se prefiere, sin la singular comunidad funcional que se necesita para que exista la propiedad horizontal no puede darse la situación de propiedad horizontal en la medida en que es esa comunidad funcional la que permite conectar todos los pisos o locales y aglutinarlos en una entidad orgánica superior que es el conjunto inmobiliario (edificio, urbanización). Los elementos comunes están por ello vinculados a los pisos o elementos comunes por una relación de accesoriedad, que hace que no puedan ser enajenados, gravados ni embargados separadamente de los elementos privativos de los que son «anejo inseparable» (párr. 2.º del art. 396 del Código Civil).

c) La cuota de participación. Mediante la cuota se organiza jurídicamente todo el complejo de derechos, facultades, cargas y obligaciones que derivan del régimen de la propiedad horizontal. Por esta razón, no puede existir la propiedad horizontal sin que exista la cuota de participación. De forma análoga a lo que sucede en la comunidad de bienes de tipo romano que no puede existir sin la idea de la cuota indivisa (*vid*., art. 393 del Código Civil), sin la existencia de la cuota de participación no existe ni puede existir la propiedad horizontal. Cosa distinta es que puede darse una situación de propiedad horizontal en la que la cuota transitoriamente no esté fijada o cuantificada formalmente, en estos casos, la cuota, en cuanto componente institucional o necesario de la propiedad horizontal, existe, lo que ocurre es que no está determinada inicialmente y solo está necesitada de su cuantificación numérica de conformidad con los criterios establecidos en el párrafo 2.º del artículo 5 LPH que luego estudiaremos. El supuesto más frecuente de estas situaciones se producirá, normalmente, en el ámbito de la llamada propiedad horizontal de hecho [art. 2.b) LPH][12].

El carácter esencial o constitutivo de la cuota para el nacimiento de la propiedad horizontal determina que su fijación constituya un verdadero acto de disposición o de configuración jurídica del régimen de la propiedad horizontal que precisa siempre del consentimiento o voluntad del propietario o propietarios del edificio o inmueble que se sujeta al régimen de la propiedad horizontal. Sobre esta cuestión volveremos más tarde, baste con dejarla en este momento apuntada.

II. LA FIJACIÓN INICIAL DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN

En principio, y ello será lo normal, las cuotas de participación de cada uno de los pisos y locales en que se divide el edificio, se establecerán al tiempo

del nacimiento o constitución del régimen de la propiedad horizontal, y esta es la idea que parece presidir la redacción del artículo 5 LPH cuando contempla la fijación de las cuotas de participación de cada piso o local como uno de los contenidos esenciales o necesarios del título constitutivo.

Sin embargo, puede darse el supuesto de que exista una propiedad horizontal en la que no se haya otorgado el título constitutivo o que habiéndose otorgado este título no se haya incluido en él la fijación de las cuotas de participación de cada piso o local. El propio tenor literal del párrafo 2.º del artículo 5 LPH parece contemplar la situación de una propiedad horizontal que no tiene todavía establecidas las cuotas de participación al disponer que pueden fijarse, entre otros, «por acuerdo de todos los propietarios *existentes*».

La existencia de una propiedad horizontal sin que se haya otorgado el correspondiente título constitutivo formal y, por ende, sin la fijación de las cuotas de participación, es posible ya que nuestro Derecho no exige para el nacimiento o constitución de la propiedad horizontal ninguna formalidad específica[13]. Por ello, junto a la propiedad horizontal titulizada o formalizada mediante el título constitutivo del que trata el artículo 5 LPH, caben situaciones de propiedad horizontal en las que no se ha otorgado el título *formal* constitutivo de esta forma especial de propiedad inmobiliaria. Estas situaciones, conocidas en la doctrina como propiedad horizontal de hecho, han sido admitidas desde siempre por la práctica y por la doctrina hasta el punto de que el propio legislador, desde la Ley 8/1999, de 6 de abril, que dio nueva redacción al artículo 2.b) LPH, ha sancionado expresamente su legalidad al disponer ahora que las normas de la propiedad horizontal se aplicarán también «a las comunidades (de propietarios) que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 del Código Civil y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal», esto es, el titulo previsto en el artículo 5 LPH.

El párrafo 2.º del artículo 5 LPH al disponer que la cuota de participación que corresponde a cada piso o local será «determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios existentes, por laudo o por resolución judicial», establece los modos de fijación de la cuota que, son, como vemos, los siguientes:

1. La fijación de las cuotas de participación por la voluntad del propietario o propietarios del edificio

Evidentemente, al ser la cuota uno de los componentes esenciales o constitutivos de la propiedad horizontal, su fijación (como la determinación de lo que puedan ser los pisos o locales privativos y sus elementos comunes, al menos, los elementos comunes no esenciales o por destino) entraña un acto de disposición sobre el edificio y de configuración jurídica del régimen de la

propiedad horizontal que exige la voluntad o el consentimiento del propietario único, si el edificio le pertenece en exclusiva, o el consentimiento de todos los propietarios, si el edificio pertenece a una pluralidad de propietarios (art. 397 del Código Civil) que, normalmente, se manifestará al tiempo del otorgamiento del título constitutivo del que trata el artículo 5 LPH, mediante el cual deciden someter el edificio al régimen de la propiedad horizontal (la denominada en la práctica notarial escritura de constitución del régimen de la propiedad horizontal o, más resumidamente, escritura de división horizontal).

Cuando el edificio pertenece a un propietario único (normalmente, el promotor de la edificación), la propia ley se preocupa de precisar que en este caso, la fijación de las cuotas debe realizarse «al iniciar su venta por pisos», lo que rectamente interpretado significa que el propietario único solo está legitimado para fijar las cuotas de participación de cada piso o local con su solo consentimiento mientras el edificio siga siendo de su exclusiva propiedad, es decir, antes de que inicie la venta de los pisos en que haya dividido el inmueble a los efectos de la propiedad horizontal, ya que desde el momento en que venda los pisos (todos o alguno), al pertenecer ya el edificio a varios propietarios (al vendedor o anterior propietario único del edificio y los compradores o adquirentes de los pisos vendidos por el primero), para fijar las cuotas deberá concurrir el consentimiento individualizado y expreso de todos los propietarios del inmueble. Así, es como hay que interpretar la expresión «por acuerdo de todos los propietarios existentes», que utiliza el párrafo 2.º del artículo 5 LPH, porque, a mi juicio, la palabra «acuerdo» no puede tomarse en este artículo como equivalente a acuerdo comunitario o de la Junta de propietarios pues, por definición, el artículo 5 LPH está pensando en la fase que podríamos denominar «fundacional» o constitutiva de la propiedad horizontal, en la que, lógicamente, todavía no está formada o constituida la comunidad de propietarios propiamente dicha. Si cuando la propiedad del edificio pertenece a una pluralidad de sujetos, la decisión de someterlo al régimen de la propiedad horizontal exige el consentimiento de todos los propietarios (art. 397 del Código Civil), lo mismo cabe decir para la decisión de fijar las cuotas de participación de cada uno de los pisos o locales en que se divide a efectos de la propiedad horizontal, ya que este acto constituye un acto de disposición sobre el propio régimen de la propiedad horizontal que exige el consentimiento expreso e individualizado o *uti singuli* de todos y cada uno de los propietarios del inmueble.

Pero como puede suceder que una vez constituida la propiedad horizontal los propietarios no se pongan de acuerdo sobre las cuotas que deben regirla y surja entre ellos una controversia sobre esta cuestión, la ley contempla la posibilidad de que la fijación de las cuotas se pueda realizar también por «laudo» o por «resolución judicial». Estos dos modos de fijación de las cuotas son subsidiarios ya que, en buena lógica, solo cabrá acudir a ellos cuando los propietarios no puedan alcanzar un acuerdo o consentimiento unánime.

2. La fijación de las cuotas por laudo

Con la palabra «laudo» el legislador se ha querido referir a la decisión adoptada por el árbitro o árbitros designados en el seno de un procedimiento de arbitraje, cuando para resolver la controversia surgida sobre la cuota que debe fijarse para cada piso o local, los propietarios se hayan sometido a este sistema extrajudicial de resolución de conflictos. Actualmente, este arbitraje es el regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, con las modificaciones introducidas en su texto por leyes posteriores (en adelante, simplemente, LA).

Dado que el sometimiento al arbitraje implica la renuncia al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, ya que impedirá a los propietarios acudir a los tribunales ordinarios de justicia, pues, en este caso, frente a la demanda judicial que pudiera promoverse, los demandados podrán planear la oportuna declinatoria alegando la falta de jurisdicción del tribunal por corresponder el conocimiento del asunto a los árbitros designados en el procedimiento de arbitraje, en cuyo caso el tribunal deberá abstenerse de conocer y sobreseerá el procedimiento (arts. 11 LA y 63.1 y párr. 2.º del art. 65.2 LEC), para que resulte procedente el laudo arbitral será necesario que los propietarios hayan decidido voluntariamente someter la cuestión a arbitraje mediante la aceptación del oportuno convenio arbitral, lo cual exigirá el consentimiento de todos los propietarios en los términos previstos en el artículo 9 LA. Además, al ser la fijación de las cuotas una cuestión que afecta al contenido esencial del derecho de propiedad de cada propietario será necesario que en el procedimiento arbitral puedan intervenir y se tramite con todos los propietarios (art. 29 LA).

Junto a la fórmula del arbitraje propiamente dicho, la expresión «laudo» que emplea la Ley puede interpretarse en un sentido amplio que dé cabida también al supuesto en el que los propietarios, sin que exista entre ellos conflicto alguno propiamente dicho, deciden voluntariamente someter la cuestión a la decisión vinculante de un tercero que emitirá el oportuno dictamen técnico elaborado normalmente por un Arquitecto o Aparejador, ya que con frecuencia la fijación de las cuotas exige mediciones de superficie y otras operaciones técnicas propias de su pericia profesional, dando lugar así a la figura del llamado arbitrador (*vid*., arts. 1447 y 1690 del Código Civil). La propia LPH remite a esta fórmula del dictamen técnico en otros supuestos (arts. 10.3 *in fine* y 17.10 LPH).

3. La fijación de las cuotas por resolución judicial

La «resolución judicial» hace referencia claramente a la sentencia dictada en el oportuno juicio declarativo instado por cualquiera de los propietarios interesados. Actualmente, el procedimiento adecuado para ventilar este tipo de pretensiones es el del juicio ordinario, ya que el vigente artículo 249.1.8.º

LEC, dispone que se decidirán por el cauce del juicio ordinario, por razón de la materia, las demandas en las que «se ejerciten las acciones que otorga a las Juntas de Propietarios y a estos la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que corresponda», por razón de su cuantía.

Al ser las cuotas de participación un elemento que afecta al contenido esencial del derecho de propiedad de cada propietario, al procedimiento judicial que se promueva para su fijación deberán ser llamados todos los propietarios del edificio ya que, en otro caso, la relación jurídico procesal se habrá constituido defectuosamente por la falta del debido *litisconsorcio* pasivo necesario que impedirá entrar en el fondo de la pretensión ejercitada, siendo esta excepción o falta de presupuesto procesal apreciable incluso de oficio (arts. 416.1.3.ª y 420 LEC).

III. LOS CRITERIOS A TENER EN CUENTA PARA LA FIJACIÓN DE LAS CUOTAS

Para la fijación de las cuotas de participación la ley exige que se cumplan determinados requisitos. En este punto conviene recordar que, en principio, las normas que regulan la propiedad horizontal tienen carácter imperativo y son de *ius cogens* por lo que no pueden dejarse sin efecto por la voluntad de los particulares salvo en aquellos casos en los que se admite el juego de la autonomía privada para ordenar algunos aspectos de esta forma especial de propiedad inmobiliaria. Así se suele considerar pacíficamente en la doctrina y en la jurisprudencia en atención a la prelación de fuentes normativas que resultan del último párrafo del artículo 396 del Código Civil, que a diferencia de lo previsto para la comunidad de bienes, que se regula inicialmente por lo que hayan establecido los interesados y, subsidiariamente, por lo establecido en la ley[14], dispone que «Esta forma de propiedad (la propiedad horizontal) se rige por las disposiciones legales especiales y, *en lo que las mismas permitan*, por la voluntad de los interesados». En todo caso, las previsiones de la autonomía privada que autoriza la ley solo pueden ser válidas si respetan los límites generales de la autonomía privada, esto es, que no sean contrarias a las leyes (imperativas), a la moral ni al orden público (art. 1.255 del Código Civil).

En este contexto, la propia ley admite que en el título constitutivo se puedan establecer reglas de la autonomía privada relativas a la «constitución y ejercicio del derecho y disposiciones *no prohibidas por la Ley* en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, *gastos*, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad» (art. 5, párr. 3.º LPH). En concreto, y por lo que interesa ahora a la cuota de participación en relación con la contribución a los

gastos generales, si bien el artículo 9.1.e) LPH establece la regla general de que los gastos generales se distribuyen entre los propietarios «con arreglo a la cuota de participación fijada en el título», expresamente admite que el reparto de estos gastos se pueda realizar también de forma distinta con arreglo «*a lo especialmente establecido*», es decir, que la norma legal permite que el reparto de gastos se realice de acuerdo con la previsión de autonomía privada que se haya establecido en los estatutos, en cuyo caso, a estos efectos no rige la cuota de participación fijada para cada piso, sino la cuota fijada especialmente en los estatutos para el reparto de gastos.

Pues bien, sentado lo anterior el primer requisito que la ley exige a la hora de la fijación de las cuotas de participación es que forzosamente *las cuotas deben expresarse en fracciones centesimales del inmueble,* de tal modo que la suma de todas ellas sea cien. Así lo impone expresamente el párrafo 2.º del artículo 3 LPH, cuando establece que «a cada piso o local se atribuirá una cuota de participación con relación al total del valor del inmueble y referida a centésimas del mismo». Por consiguiente, esta exigencia legal es imperativa e ineludible para los particulares y no admite solución distinta[15].

Pero, además de tener que fijarse las cuotas de participación en forma centesimal, el párrafo 2.º del artículo 5 LPH establece que «(p)ara su fijación *se tomará como base* la *superficie útil* de cada piso o local en relación con el total del inmueble, su *emplazamiento interior o exterior*, su *situación* y *el uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elemento comunes*». Estas bases, parámetros o criterios deben considerarse imperativos y así lo viene aceptando la mayoría de la doctrina, con alguna excepción[16].

Que estas bases o criterios han sido establecidos por el legislador con carácter imperativo es indiscutible. Basta atender a la redacción del precepto para constatarlo («se tomará como base …» ordena el precepto). Ahora bien, al establecer la ley una pluralidad de criterios imperativos, ya que todos ellos deben tenerse en cuenta a la hora de calcular las cuotas, no es posible una aplicación mecánica o ciega de los mismos, por lo que resulta forzoso admitir una ponderación o combinación de los criterios legales lo que, en definitiva, atribuye un cierto margen de discrecionalidad o de libertad a la hora de fijar las cuotas según se recale o enfatice más en uno que en otro criterio en atención a las circunstancias singulares de cada supuesto.

Por otra parte, no puede olvidarse que la finalidad que persigue la ley al establecer los criterios que deben tenerse en cuenta para la fijación de las cuotas no es otra que la de obtener un porcentaje que exprese, del modo más objetivo y preciso que sea posible, el valor proporcional de cada piso o local en relación con el valor total del conjunto del inmueble. Por ello, la enumeración del artículo 5 LPH no puede considerarse cerrada y excluyente y, por consiguiente, debe admitirse la posibilidad de acudir a otros criterios de valoración cuando las circunstancias de cada caso así lo aconsejen. Así

lo acepta la doctrina científica[17] y la jurisprudencia. En este sentido, pueden citarse, entre otras, la SAP de Barcelona (Sección 14.ª) de 25 de julio de 2006 *(JUR* 2007, 107712), la SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) de 18 de octubre de 2006 *(JUR* 2006, 256824) y la SAP de Málaga (Sección 4.ª) de 4 de febrero de 2008 *(AC* 2008, 1211).

En todo caso, la obligatoriedad de las bases que impone el artículo 5 LPH impide que pueda operar el criterio supletorio de presunción de igualdad de cuotas que rige en la comunidad de bienes ordinaria cuando no se conocen las cuotas de cada condueño (art. 393 del Código Civil), ya que si el legislador ha querido que las cuotas de cada piso o local se fijen forzosamente conforme a los criterios que establece, este designio legal excluye por su propia naturaleza la presunción de igualdad de cuotas[18].

Veamos pormenorizadamente cada uno de los criterios o bases a las que debe ajustarse la fijación de las cuotas:

1. La «superficie útil»

El primer criterio o base al que hay que acudir para la fijación de las cuotas es el de la «superficie útil», no solo porque es el primer criterio que menciona el artículo 5 LPH sino también porque normalmente será el más objetivo y fácil de determinar. La LPH no define lo que debe entenderse por superficie útil, pero al exigir que se esté a la superficie útil es obligado distinguir la superficie útil de la superficie construida ya que si el legislador no hubiera querido diferenciar estos dos tipos de superficie no hubiera especificado que la superficie a la que hay que estar es a la superficie útil con lo que descarta la superficie construida. En principio, la superficie útil que debe computarse es la del propio piso o local privativo y si la propiedad privativa tiene asignada en el título algún «anejo» (por ejemplo, trastero, carbonera, plaza de garaje), también la superficie de este elemento privativo accesorio y vinculado al piso o local principal debe ser contabilizado [art. 3.a) LPH].

Tampoco debe descartarse ni resulta extravagante que pueda computarse también alguna fracción o parte de la superficie útil de los elementos comunes, especialmente si son de uso exclusivo del piso o local (por ejemplo, las terrazas a nivel de los pisos ático, o la superficie del patio en los locales o pisos de la planta baja). Esto es así porque el valor que expresa la cuota de participación es, como reza la exposición de motivos de la LPH, «el valor proporcional del piso *y a cuanto él se considera unido* en el conjunto del inmueble», por lo que al ser la copropiedad de los elementos comunes un derecho inherente a la propiedad exclusiva de cada piso o local, es claro que los elementos comunes son también, en gran medida, una parte de la que participa el derecho de cada propietario en el conjunto del inmueble[19].

En la práctica, en ausencia de una norma más específica, se suele acudir, por analogía, al concepto de superficie útil que se aplica en la legislación de viviendas de protección oficial. A tal efecto, resulta conveniente tener presente lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre Política de Viviendas de Protección Oficial *(BOE* del 16 de enero de 1979), que establece lo siguiente:

«Artículo 4. Superficie útil.

Se entiende por superficie útil la del suelo de la vivienda, cerrada por el perímetro definido por la cara interior de sus cerramientos con el exterior o con otras viviendas o locales de cualquier uso. Asimismo incluirá la mitad de la superficie de suelo de los espacios exteriores de uso privativo de la vivienda, tales como terrazas, miradores, tendederos, u otros hasta un máximo del diez por ciento de la superficie útil cerrada.

Del cómputo de superficie útil queda excluida la superficie ocupada en la planta por los cerramientos interiores de la vivienda, fijos o móviles, por los elementos estructurales verticales y por las canalizaciones o conductos con sección horizontal superior a cien centímetros cuadrados, así como la superficie de suelo en la que la altura libre sea inferior a uno coma cincuenta metros cuadrados.

Cuando se trate de viviendas iguales y dispuestas en columna vertical, dentro de un mismo edificio para el cómputo de las superficies ocupadas en planta por los elementos estructurales verticales y por las canalizaciones o conductos con sección horizontal superior a cien centímetros cuadrados, se tomará la media aritmética de los valores correspondientes a las viviendas situadas en las plantas inferior y superior de la columna, siempre que la divergencia entre aquellos valores no sea superior al ciento por ciento».

2. El «emplazamiento interior o exterior»

Este es el segundo criterio que enumera la ley. Entiendo que por emplazamiento el legislador no se está refiriendo a la calle o zona geográfica en que se ubica el edificio, porque, por definición, todos los pisos y locales que lo integran se ubican en la misma zona. Por ello, la mención al emplazamiento seguido de la referencia a los adjetivos «exterior» o «interior» obliga a acudir a la definición de estos adjetivos. En este sentido, según el diccionario de la RAE, exterior es lo «que está por la parte de fuera», mientras que interior es lo «que está en la parte de adentro». En consecuencia, lo que la ley quiere destacar es que es preciso atender a si dentro de un mismo edificio o urbanización el piso es «exterior», es decir, da a la calle o a una zona abierta, lo que propor-

cionará, en principio, más luz, más vistas y más valor intrínseco al piso por contraposición al piso «interior» que será el que mira hacia la parte de dentro de la edificación, por ejemplo a un patio de luces o a una zona no abierta a la calle, lo que, normalmente, proporcionara menos vistas y menos luz y, por ende, menor valor intrínseco al piso.

Aunque, inicialmente, un piso exterior, por definición, será más valorado que uno interior, esta regla no es absoluta. Piénsese, por ejemplo, que el piso exterior de a una calle muy transitada, como mucho tráfico y ruido, o que se ubica en una calle estrecha con poca luz, mientras que el piso interior da a una zona tranquila (patio abierto o descampado no construido). Además, actualmente, los nuevos sistemas de edificación residencial que incluyen en el centro de la urbanización una zona común de esparcimiento y recreo (piscina, jardín comunitario, zona para ejercicios, pistas de tenis, etc.), pueden determinar que los pisos interiores, es decir, los que están en la parte de adentro de la edificación deban considerarse más «exteriores» o valiosos que los que están en la parte de fuera, es decir, que los que miran a la vía pública. La conclusión de todo ello es que estamos ante un factor muy circunstancial y relativo que no permite apriorísticamente dar más valor al piso exterior que al piso interior. Dependerá de las demás circunstancias objetivas o arquitectónicas de la edificación.

3. La «situación»

Este es el tercer criterio contemplado por la ley para la fijación de las cuotas. Al emplear el legislador el concepto «situación» tras haberse referido anteriormente al de «emplazamiento» es evidente que por situación debe entenderse algo distinto del emplazamiento. Partiendo de esta consideración, resulta de interés acudir nuevamente al diccionario de la RAE, en la que se define situación, entre otras acepciones, como «disposición de una cosa respecto del lugar que ocupa», o «conjunto de factores o circunstancias que afectan a alguien o algo en un determinado momento». Pues bien, con estas ideas previas creemos que lo que el legislador ha querido destacar es que para fijar la cuota de cada piso es necesario atender a la disposición de cada piso en relación con el lugar que ocupa en la edificación o el puesto que tiene en relación con los demás pisos. Así no será lo mismo un piso de la planta baja que uno que se halla en la planta del ático. También debe tenerse en cuenta en este apartado el modo de acceso al piso, ya que cabrá diferenciar los pisos a los que se accede de una forma más directa desde el portal que aquellos otros que exigen atravesar pasillos largos o zonas más sinuosas. Por ejemplo, en el caso de los locales, deberá distinguirse aquellos que por su ubicación en la edificación permiten un fácil acceso a la vía pública, por tener salida directa a la calle, de aquellos otros que exigen atravesar calles privadas, galerías o corredores interiores. En

relación con la situación entiendo que un dato relevante serán las vistas o luces que el piso pueda recibir dada su respectiva ubicación o disposición en el edificio o urbanización.

El factor de la situación cobra singular importancia en relación con el destino o uso de la edificación. Así, si se trata de un edificio residencial en una zona turística, lo normal es que los pisos altos sean los más cotizados ya que proporcionaran más vistas al paisaje de la zona (mar, montaña) y más luminosidad. Igualmente, dentro de la urbanización serán más cotizados los que se sitúan, por ejemplo, frente al mar o en primera línea de playa que los que se ubican en segunda fila o detrás de los de la primera línea. En el caso de edificios ubicados en zonas comerciales o más urbanas, puede ocurrir que los pisos más bajos se coticen más para oficinas o despachos que los altos, limitados al uso residencial, pero puede ocurrir que los pisos bajos, situados en la planta baja, al dar a un patio abierto, jardín o terraza permita su utilización mejor que uno alto, etc.

En definitiva, como hemos señalado al tratar del criterio «emplazamiento», con el factor «situación» tampoco es posible partir de criterios apriorísticos y habrá que actuar con flexibilidad y relatividad atendiendo a las circunstancias de cada caso para valorar como influye la situación de cada piso en su valoración respecto del total de la edificación o urbanización de que se trate.

4. El «uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes»

Lo primero que conviene destacar de este criterio, que es el último de los que impone el artículo 5 LPH para la fijación de las cuotas, es que con este criterio el objeto de la valoración no es el piso propiamente dicho, sino el uso que el piso (su propietario u ocupantes) presumiblemente va a efectuar de los servicios y elementos comunes del inmueble. Para valorar este uso la norma impone una conjetura que debe realizarse «racionalmente», esto es, que el uso que se espera o presume de los elementos comunes debe ser inferido mediante una previsión o cálculo «racional» y, por tanto, obtenido a partir de las reglas comunes de la experiencia y del principio de normalidad en el desarrollo de las cosas. En consecuencia, estamos ante un criterio que pretende medir o cuantificar apriorísticamente, mediante una presunción racional o, si se prefiere, mediante una conjetura o deducción racional, el uso de los servicios y elementos comunes que se espera necesario para el adecuado goce del piso o local en cuestión.

A mi juicio, al estar referido al uso de los servicios y elementos comunes, lo que se quiere enfatizar con este criterio es que la cuota del piso debe fijarse valorando el beneficio singular que el piso recibirá por el uso de los elementos comunes del inmueble. Así, por ejemplo, si tenemos un piso que, aunque tenga una superficie útil relativamente pequeña tiene atribuido, sin embargo, ya sea

por el título constitutivo o por la propia configuración arquitectónica del inmueble, el uso privativo de determinados elementos comunes (por ejemplo, la terraza cubierta a nivel en los pisos ático, o el uso del suelo del patio de luces en el caso de un local o vivienda de planta baja), este derecho de uso privativo normalmente podrá ser tenido en cuenta para incrementar la cuota que resultaría inicialmente de la valoración de su superficie útil, no obstante, también podrá servir, en algunos casos, para disminuir la cuota inicialmente asignada por la superficie útil, por ejemplo, en atención a las cargas que pesaran sobre el propietario del piso en atención a dicho uso privativo (carga de limpieza o de la conservación ordinaria del patio o de la terraza, etc.).

A mi juicio, con este criterio, que atiende a la especial significación que representa el uso de los elementos comunes, el legislador ha querido ponderar el dato relativo a los gastos que este uso puede suponer para la comunidad de propietarios, tanto los gastos de conservación y reparación que será necesario realizar en las cosas comunes a consecuencia de su uso normal (las reparaciones ordinarias de las que se ocupa, en sede de usufructo, el art. 500 del Código Civil), como los gastos corrientes que se derivan del funcionamiento o uso de los elementos comunes (por ejemplo, gastos del consumo de electricidad del ascensor, de la iluminación de las escaleras, del portal, de la limpieza, etc.).

Así planteada la cuestión parece razonable admitir que lo querido por el legislador es que al ser la cuota el módulo o criterio esencial o primario de distribución de los gastos comunes, en la fijación de la cuota se tenga en cuenta el montante o medida del gasto que cabe imputar a cada piso o local (a su propietario o sus ocupantes), a consecuencia del uso de los elementos comunes para que, de esta manera, la simple aplicación de la cuota que se fije permita distribuir los gastos comunes de un modo más proporcional y equitativo ya que, en principio, parece razonable que quien más se beneficia del gasto derivado del uso de las cosas comunes contribuya en mayor medida al pago de este gasto común.

Pero a partir de esta reflexión los problemas que plantea la aplicación del criterio que nos ocupa son innumerables, ya que es el que presenta una mayor dosis de subjetivismo y de discrecionalidad a la hora de su aplicación.

En principio, nadie discutirá en el plano lógico o apriorístico que los pisos de la planta baja o de las plantas inferiores utilizarán menos, o incluso nada (pisos de la planta baja), el ascensor y las escaleras, mientras que los pisos altos realizarán un mayor uso (gasto) del ascensor y de las escaleras, o que un piso más grande, al ser ocupado presumiblemente por un número mayor de personas, generará más uso (gastos) de los elementos comunes que los pisos pequeños, ocupados por menos personas. No obstante, a pesar de la aparente lógica o bondad de esta conjetura inicial la realidad puede ser otra. Así, por ejemplo, puede ocurrir que el piso de mayor superficie esté ocupado por una sola persona o que esté cerrado la mayor parte del año (como sucede en

los edificios situados en las zonas turísticas), mientras que los pisos pequeños pueden estar habitados por una familia numerosa o ser ocupados durante todo el año. También sucede con frecuencia que los pisos bajos o inferiores están destinados a una actividad profesional o empresarial (clínica médica, veterinaria, consultoría fiscal, despacho de abogados, notaría, etc.). En estos casos, el uso de los elementos comunes (ascensores, escaleras, portal) será extraordinariamente más elevado, dada la concurrencia de personas, que el que se realice para el goce de los pisos dedicados al uso residencial, que serán menos transitados.

A lo anterior hay que añadir que la propia ley permite que los gastos comunes se distribuyan de una forma distinta a la que resulta de la aplicación de la cuota de participación, ya que admite la legalidad de las previsiones estatutarias que fijen una distribución de los gastos comunes diferente [párr. 3.º del art. 5 LPH que incluye entre las materias que pueden ser objeto de los estatutos la relativa a los «gastos», y el art. 9.1.e) LPH que permite la contribución de cada propietario a los gastos comunes con arreglo «a lo especialmente establecido», es decir, a lo establecido en los estatutos]. Por tanto, el propietario (o propietarios) único que otorgue el título constitutivo antes de iniciar la venta de los pisos o los propietarios existentes en la propiedad horizontal pueden fijar la cuota de participación teniendo en cuenta el criterio del uso racional que se va a efectuar de los servicios y elementos comunes que nos ocupa o tener en cuenta este uso de los elementos comunes estableciendo estatutariamente una «cuota de gastos» que distribuirá los gastos de modo diferente al que resultaría de la aplicación de la cuota de participación, fijando un sistema de reparto de los gastos comunes que puede, por ejemplo, excluir de ciertos gastos a los locales comerciales de la planta baja (los gastos de portal, ascensor, escaleras y portería en razón a que por tener acceso directo a la calle, no usarán estos elementos o servicios comunes), o, incluso, podrán establecer que los gastos de portal, escalera, ascensor y portería se repartirán por partes iguales entre todos los propietarios de los pisos, en atención a que benefician a todos por igual, con excepción de los gastos de ascensor de los que se exoneran a los pisos de la planta baja, etc.

Por tanto, hay que admitir que el propietario único o propietarios del edificio, ya sea al constituir la propiedad horizontal o posteriormente, disponen de un ámbito de libertad o de discrecionalidad a la hora de configurar jurídicamente el régimen de la propiedad horizontal que no puede ser discutido, ya sea mediante la fijación de unas cuotas de participación que contemplen el uso que se va efectuar de los elementos comunes o mediante la aprobación en los estatutos, de reglas de distribución de los gastos comunes que excluya la aplicación de la cuota de participación como criterio primario de reparto de los gastos comunes en atención al uso o no uso de los elementos comunes.

Lo que queremos destacar es que el mismo efecto o resultado de contribución a los gastos comunes puede lograrse atribuyendo más cuota de participación a un piso o local (por ejemplo, atribuyendo más cuota a los pisos superiores en

atención al mayor uso que se espera de los ascensores y escaleras) o, fijando las correspondientes cuotas de participación en función, por ejemplo, de la superficie útil respectiva de cada piso, pero estableciendo luego en los estatutos unas cuotas de reparto de gastos diferente, que se establecen en contemplación del mayor uso (gasto) que se presume se realizará de los servicios y elementos comunes. En definitiva, por caminos distintos se puede llegar al mismo resultado contributivo en los gastos comunes.

5. Aplicación de otros criterios no previstos en la ley para la fijación de las cuotas de participación. El principio de igualdad-proporcionalidad

Ya hemos señalado anteriormente como la doctrina y la jurisprudencia admiten que la enumeración de los criterios que se incluyen en el artículo 5 LPH no es cerrada y excluyente por lo que es posible tener en cuenta otros criterios no previstos en la ley para la fijación de las cuotas.

Lo primero que debemos señalar en este punto, es que los criterios que impone la ley, al ser imperativos tienen que ser tenidos en cuenta forzosamente, razón por la cual al establecer la ley una pluralidad de criterios, la fijación de las cuotas exige inevitablemente una ponderación o combinación de todos los criterios legales, en atención a las circunstancias singulares de cada caso, lo que determinará que en unos supuestos se deba dar más prevalencia a un criterio que a otro. En principio, creo que lo razonable es fijar una cuota inicial atendiendo a la superficie útil de cada piso en relación con la del resto de los pisos, ya que la superficie, además de ser el primer criterio imperativo que establece la ley, es un criterio de fácil determinación que permite aplicar el principio de proporcionalidad de un modo neutral. No obstante, una vez determinada de este modo la cuota inicial de cada piso, será necesario después tener en cuenta el resto de los criterios legales, reitero, igualmente imperativos, para fijar definitivamente la cuota de participación. Así, tras fijarse la cuota según la superficie útil se ponderarían luego, por ejemplo, los criterios del emplazamiento o de la situación lo que determinará que la cuota inicialmente fijada según la superficie pueda ser objeto de un incremento o de una reducción para calcular la cuota definitiva.

En este contexto, es en el que cabe que puedan introducirse en la fijación de las cuotas otros criterios no contemplados expresamente en la letra de la ley pero incluidos en su espíritu, ya que la finalidad del legislador es que las cuotas de participación, como indica la EM de la LPH, se fijen de tal modo que la cuota sea la expresión porcentual o centesimal del valor proporcional que cada piso tiene, como módulo de cargas y beneficios, en el valor total del conjunto del inmueble.

Por ello, aunque no lo menciona la ley es evidente que existen dos principios que siempre deben ser tenidos en cuenta en la fijación de las cuotas de

participación. Nos estamos refiriendo a los principios de proporcionalidad y de igualdad que combinados dan lugar a o lo que en otro momento he denominado el principio de igualdad-proporcionalidad[20].

En este sentido, la ley ha querido a ultranza que las cuotas sean proporcionales al valor de cada piso en relación con el conjunto del inmueble. La evidencia más clara de la vigencia de este principio de proporcionalidad lo constituye el hecho de que el legislador impone, como primer criterio de valoración para la fijación de las cuotas, el de la superficie útil de cada piso o local, lo que denota que para el legislador la cuota de cada piso debe guardar, en principio, una armonía o un equilibrio con su superficie útil comparada con la superficie útil de los demás, de modo que las cuotas sean proporcionales a las respectivas superficies útiles de cada piso o local.

Pero no solo hay que tener en cuenta el referido principio de proporcionalidad, esta proporcionalidad debe ponerse en conexión con el principio de igualdad, no solo porque no pueden admitirse diferencias de trato o discriminaciones que no estén fundadas en razones objetivas y razonables que justifique la desigualdad (art. 14 de la Constitución de 1978)[21], sino porque en el régimen de la propiedad horizontal, en principio, el derecho que ostenta cada propietario sobre su respectivo piso o local y sobre los elementos comunes necesarios para su adecuado uso y disfrute, debe considerarse del mismo rango y jerarquía que el que, respectivamente, corresponde a los demás propietarios[22].

De este modo, conforme al principio de igualdad-proporcionalidad, lo que no será posible, en principio, es que dos pisos iguales tengan distinta cuota o que la cuota de cada piso no guarde alguna proporción en relación con sus características objetivas en comparación con las que definen a los demás pisos. Así, se podrá discutir cual debe ser la cuota que, por aplicación de los diversos criterios del artículo 5 LPH debe atribuirse a un piso determinado, pero fijada una cuota para un piso lo que no es posible es que otro piso idéntico tenga atribuida una cuota distinta. Por ejemplo, si en un edificio que tiene dos pisos por planta, atendida su superficie, emplazamiento, situación o uso que se presume se va a efectuar de los elementos comunes, se fija para el piso ático derecha la cuota de 5 centésimas, lo que no será posible es fijar una cuota de 7 o de 10 centésimas para el piso ático izquierda cuando no haya ninguna diferencia entre ellos (los dos tienen la misma superficie, son exteriores y están situados mirando al mismo polo geográfico, tienen el mismo número de huecos o ventanas, etc.).

Hechas estas reflexiones conviene, asimismo, que nos detengamos en un aspecto relacionado con el principio de igualdad que también puede tener relevancia en la fijación de las cuotas y en el que a menudo no se repara lo suficiente, porque normalmente las discrepancias o conflictos que plantea la fijación de cuotas idénticas para pisos que, morfológica y objetivamente son distintos, por ejemplo, porque dos pisos de superficie distinta tienen atribuida cuotas iguales, solo plantea problemas al considerar que no es justo que, por

ejemplo, un piso de 60 metros cuadrados de superficie útil, tenga atribuida la misma cuota que otro piso cuya superficie es de 120 metros cuadrados, ya que a la hora de abonar los gastos de comunidad los dos pisos (sus propietarios) pagan lo mismo siendo distintos.

La queja de los propietarios de los pisos de menor superficie puede parecer inicialmente razonable o justificada, pero conviene resaltar algunos aspectos del problema que a veces no se contemplan y que permiten ver las cosas de forma distinta.

En primer lugar, debemos atender al tipo de servicios o elementos comunes de los que disfrutan los propietarios del edificio o de la urbanización. Así, puede ocurrir, especialmente en los edificios o urbanizaciones ubicadas en las zonas turísticas o de segunda residencia, que desde el punto de vista económico lo relevante no es el piso o apartamento privativo sino el goce del complejo de instalaciones comunitarias que lleva inherente la propiedad de cada apartamento (piscina, campo de golf, remonte de esquí, etc.). En estos supuestos, aunque desde la perspectiva estrictamente jurídica del régimen de la propiedad horizontal, el piso o apartamento objeto de la propiedad separada sigue siendo lo principal, ya que los elementos comunes son lo accesorio, en el plano de la realidad económica o funcional el piso o el apartamento es lo accesorio. Si compro el apartamento es, precisamente, porque soy aficionado al golf o al esquí y el derecho de propiedad de mi apartamento me atribuye el derecho de goce sobre el campo de golf o el remonte de esquí (elemento común) que solo puede ser disfrutado por los «socios» (propietarios) de la urbanización[23].

En estos casos, lo normal es que el uso de los elementos comunes represente unos gastos iguales o semejantes para todos los propietarios. Cuando el propietario del piso de 120 metros cuadrados está haciendo uso de la piscina sigue teniendo dos piernas y dos manos como ocurre con el propietario del piso de 60 metros. Cuando el servicio de vigilancia o de seguridad de la urbanización presta su actividad beneficia por igual al propietario del piso grande que al propietario del piso pequeño. Igualmente, la limpieza de las instalaciones comunitarias beneficia por igual a todos los propietarios, sea cual sea la superficie útil de su respectivo piso.

En atención a estas circunstancias, como hemos visto, es muy frecuente que en los estatutos, por ejemplo, se establezca que los gastos de portal, ascensor, escaleras o portería se paguen por partes iguales, o que, en atención al destino o uso de los locales comerciales, se establezca que los propietarios de los locales no paguen dichos gastos ya que al tener acceso directo a la calle no usan estos servicios o elementos comunes, o que se excluya del uso de las instalaciones comunitarias de la piscina, cancha de tenis, etc., a los propietarios y ocupantes de los locales comerciales. Este tipo de pactos o previsiones estatutarias, como hemos visto, son perfectamente ajustados a la legalidad y son muy habituales en la práctica.

Partiendo de esta consideración, atribuir a todos los propietarios de la urbanización la misma cuota, aunque sus pisos tengan una superficie distinta, en la medida en que el uso de los elementos comunes será igual o similar para todos los propietarios, no resulta irrazonable ya que aunque los propietarios de los pisos de menor superficie se ven obligados a contribuir a los gastos comunes en la misma proporción que los propietarios de los pisos de mayor superficie, el uso que racionalmente se presume que se va a efectuar de los elementos comunes (igual para todos) justifica las cuotas igualitarias. Por otra parte, a la misma contribución a los gastos comunes se llega si, por ejemplo, pese a fijarse unas cuotas de participación distintas en función de las superficies de cada piso (mayor cuota para los pisos grandes y menor cuota para los pisos pequeños), luego, estatutariamente, se establece una contribución a los gastos comunes por partes iguales.

Con esta reflexión llegamos a otro aspecto relevante a la hora de fijar las cuotas de participación que está relacionado con la función que cumple en la propiedad horizontal la cuota en el plano, que podríamos llamar, político, es decir, el que afecta al gobierno y funcionamiento de la vida de la comunidad. Como sabemos, conforme al sistema de doble mayoría que rige la adopción de acuerdos en la propiedad horizontal, si bien para obtener la mayoría personal el voto de cada propietario tiene el mismo valor, para la formación de la mayoría patrimonial, de intereses o de capital, el voto de cada propietario no tiene el mismo valor ya que, proporcionalmente, vale más y tiene más peso el voto del propietario que tiene más cuota que el voto del propietario cuya cuota de participación es inferior.

Por tanto, a veces la atribución de la misma cuota de participación a todos los pisos ha podido ser buscada por el promotor o propietario único que otorgó el título constitutivo de la propiedad horizontal y que fijó las cuotas, con el propósito de atribuir a todos los propietarios el mismo poder de decisión, dando preponderancia al principio democrático (mayoría personal o de cabezas) sobre el principio patrimonial (mayoría de cuotas o de intereses) y, de este modo, impedir que las decisiones de los propietarios de los pisos con más superficie (cuyas cuotas deberían ser mayores), se pudieran imponer a los propietarios de los pisos de menor superficie (cuyas cuotas, por ello, deberían ser menores).

Por otra parte, un sistema de cuotas iguales para todos los propietarios puede beneficiar a los propietarios de pisos con superficie más reducida. Así, por ejemplo, si se decide arrendar algún espacio o elemento común o se aprueba un derecho de sobreedificación, resultará que, al ser las cuotas de todos los pisos iguales, pese a tener superficies diferentes, el precio obtenido se repartirá entre todos los propietarios de forma igualitaria, dada la igualdad de las cuotas fijadas, sea cual sea la superficie de los respectivos pisos.

A todo esto hay que añadir un dato que no suele ser valorado ya que en situaciones de normalidad tiene escasa relevancia pero que, en situaciones

extraordinarias, puede ser muy importante. Así, por ejemplo, en los casos de incendio, destrucción de la urbanización o de expropiación forzosa de la misma, como las indemnizaciones que se pudieran obtener de la aseguradora o el justiprecio a satisfacer por la Administración Pública en caso de expropiación, o el solar resultante se deben repartir o pertenecerá a los propietarios en función de sus respectivas cuotas, resultará que los propietarios de los pisos más pequeños, que, por definición, habrán pagado por la compra de su piso un precio inferior al que habrán satisfecho los propietarios de los pisos más grandes por sus respetivos pisos, al menos en la misma época contemplada, recibirán lo mismo que los propietarios de los pisos de más superficie, en atención a que las cuotas se fijaron iguales para todos los pisos al margen de su superficie útil.

Con las reflexiones que se dejan expuestas hemos querido destacar que, si bien en la fijación de las cuotas de participación en el inmueble resulta obligado ajustarse a los criterios imperativos del artículo 5 LPH, a la hora de llevar a cabo la fijación de las cuotas el promotor o propietario único (o propietarios) del edificio no puede actuar de una forma mecánica ni neutral y dispone de un cierto ámbito de libertad y discrecionalidad que debe ser respetado, salvo que se acredite que las cuotas establecidas son el producto del capricho, la arbitrariedad o la irrazonabilidad de los criterios aplicados para fijar las cuotas y que, por ello, las cuotas fijadas implican una manifiesta violación del principio de igualdad-proporcionalidad que obliga a su rectificación o revisión.

La conclusión de todo ello es que, salvo que todos los propietarios consientan la revisión de las cuotas inicialmente establecidas, la regla general debe ser la de su inalterabilidad o invariabilidad y la excepción la de su revisión o rectificación mediante resolución judicial[24], en los casos en que las cuotas fijadas sean el producto de un error o, habiéndose establecido con infracción de los criterios imperativos establecidos en el artículo 5 LPH, resulten manifiestamente injustas o desproporcionadas con grave perjuicio de los propietarios y vulneren el principio de igualdad-proporcionalidad que hemos señalado anteriormente[25].

IV. LA ALTERACIÓN DE LAS CUOTAS DE PARTICIPACIÓN INICIALMENTE ESTABLECIDAS

Una vez fijadas las cuotas de participación de cada piso o local, lo que normalmente se realizará por el promotor o propietario único del edificio antes de iniciar las venta de los pisos al tiempo del otorgamiento del título constitutivo[26], debemos analizar ahora el problema relativo a si es posible alterar las cuotas inicialmente establecidas.

Para ello, resulta necesario distinguir dos supuestos:

1. La modificación de las cuotas de participación por circunstancias sobrevenidas

El primer supuesto de alteración de las cuotas que debemos analizar es aquel en el que la variación de las cuotas encuentra su fundamento en la aparición de circunstancias sobrevenidas, es decir, cuando una vez fijadas las correspondientes cuotas de participación de cada piso o local, se produce en la realidad material o arquitectónica del edificio unos hechos que suponen un cambio de la situación o del escenario inicial que se tuvo en cuenta para fijar las cuotas.

En la primitiva LPH (1960) estas situaciones fueron contempladas expresamente en tres supuestos, respectivamente regulados en los artículos 3, 8 y 11 LPH. A estos supuestos debemos añadir el supuesto sumamente habitual en la práctica que se produce cuando se lleva a cabo la desafectación de algún elemento común, como es significativamente, la vivienda del portero, para formar con ella un nuevo piso o elemento privativo que se enajena a un tercero. Veamos los supuestos que comentamos.

A) La modificación de las cuotas a causa de las mejoras o menoscabos originados en los pisos o locales

Este supuesto estaba expresamente contemplado en el primitivo párrafo 2.º del artículo 3 LPH que disponía literalmente lo siguiente: «Las mejoras o menoscabos de cada piso o local no alteraran la cuota atribuida, que solo podrá variarse por acuerdo unánime».

Este precepto enunciaba dos mandatos: una regla o principio general, que podríamos denominar de invariabilidad de las cuotas, según el cual las cuotas fijadas en el título constitutivo no pueden ser objeto de alteración alguna salvo que cambien las circunstancias iniciales o regla *rebus sic stantibus*, y una excepción: si en los pisos o locales se produce sobrevenidamente alguna mejora o menoscabo que, evidentemente, impliquen un aumento (mejora) o disminución (menoscabo) de su valor objetivo o intrínseco, sería posible alterar las cuotas siempre que así lo decidan todos los propietarios por «acuerdo unánime». Imaginemos, por ejemplo, que nos hallamos ante una urbanización en la que se construye una piscina o una cancha de tenis o se construyen en el subsuelo unos aparcamientos que no existían cuando se constituyó la propiedad horizontal que benefician solo a un determinado número de pisos, o que para el establecimiento de determinados servicios comunes que antes no existían se le resta a un piso o local un espacio para ubicar en él la maquinaría correspondiente. En estos casos, lógicamente, todos los propietarios, por acuerdo unánime, podrán establecer unas nuevas cuotas que tengan en cuenta la nueva realidad objetiva que no pudo ser contemplada cuando se fijaron las cuotas iniciales.

Actualmente, tras las modificaciones introducidas en la LPH por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de regeneración y renovación urbanas *(BOE* del 27 de junio), el citado párrafo segundo del artículo 3 LPH mantiene la referida regla general según la cual las mejoras o menoscabos de cada piso o local no alteraran la cuota inicialmente atribuida, pero ahora dispone, como excepción a esta regla general, que dicha cuota «solo podrá variarse *de acuerdo con lo establecido en los artículos 10 y 17 de esta Ley*» (frente a la anterior redacción según la cual la cuota solo podía variarse «por acuerdo unánime»). El texto actual del precepto pretende armonizar esta norma con la nueva ordenación legal que se introduce, que deroga los artículos 8 y 12 (primitivo art. 11) y modifica los artículos 10 y 17 LPH, estableciendo una confusa regulación que permite ahora, en síntesis, la realización de obras que supongan la división o unión material de pisos (lo que antes se regulaba en el art. 8 LPH), o la construcción de nuevas plantas o cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio (lo que antes se regulaba en el art. 12 LPH) u otro tipo de obras de cerramiento de terrazas y la modificación de la envolvente para mejorar la eficiencia energética y otro tipo de actuaciones, siempre que se trate de obras amparadas en un ámbito de actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbanas que cuenten con la consiguiente licencia administrativa, en cuyo caso es posible modificar las cuotas de los pisos afectados a fin de adecuarlas a la nueva situación creada por las alteraciones materiales realizadas en el edificio, con el voto de la mayoría de tres quinta partes, frente a la regulación anterior que exigía el acuerdo unánime.

B) La modificación de las cuotas a causa de la división o unión material de pisos o locales

Este supuesto estaba expresamente contemplado en el artículo 8 LPH que disponía lo siguiente (la cursiva es nuestra):

«Los pisos o locales y sus anejos podrán ser objeto de división material, para formar otros más reducidos e independientes, y aumentados por agregación de otros colindantes del mismo edificio, o disminuidos por segregación de alguna parte.

En tales casos se requerirá, además del consentimiento de los titulares afectados, la aprobación de la Junta de propietarios, a la que incumbe la fijación de las nuevas cuotas de participación para los pisos reformados con sujeción a lo dispuesto en el artículo 5, sin alteración de las cuotas de los restantes».

Como vemos, en este caso la modificación de las cuotas encuentra su causa en una circunstancia sobrevenida como es que un piso se divide materialmente

para formar dos o más pisos independientes o, por el contrario, dos o más pisos se unen materialmente para crear otro piso más grande[27]. En estos supuestos, se parte de las cuotas que tenían atribuidos los pisos originales que van a ser objeto de división o de unión material y por ello, la norma expresamente limita la modificación de las cuotas a las cuotas de los pisos divididos o unidos, de modo que las cuotas de los restantes pisos resultan inalteradas. En definitiva, lo que se pretende es regular la situación de aquellos pisos que al ser divididos para formar otros más reducidos o unidos para conformar otros pisos más grandes o amplios, deben ver sus cuotas adaptadas a la nueva realidad creada en la propiedad horizontal. Pongamos un ejemplo, si tenemos un piso de 200 metros cuadrados que tiene asignada una cuota de 6 centésimas, si tras la división material creamos dos pisos de 100 metros cuadrados cada uno, procederá reasignar la cuota original de 6 centésimas entre las dos nuevas fincas independientes creadas, de modo que a uno de los pisos creados le asignemos una cuota de 4 centésimas, por ser el piso exterior, mientras que al otro le atribuiremos una cuota de 2 centésimas por ser un piso interior o de situación menos ventajosa. A la inversa, si tenemos dos pisos, uno con una cuota de 3 centésimas y otro con una cuota de 2 centésimas, que unimos para crear un piso más grande, la cuota que tendrá el nuevo piso formado por la unión material de los dos pisos originarios será el resultado de sumar las cuotas de los dos pisos unidos, esto es, se la reasignara una cuota de 5 centésimas.

Lo que interesa destacar de este supuesto es que se parte de la bondad de las cuotas originariamente establecidas a todos los pisos que integran la propiedad horizontal. Por esta razón, la modificación de cuotas queda limitada a los pisos afectados por la división o la unión material, y así lo establecía expresamente el artículo 8 LPH cuando ordenaba que las cuotas de los restantes pisos del edificio quedasen sin alteración. Además, este artículo reconocía el carácter imperativo de los criterios de fijación de las cuotas establecidos en el artículo 5 LPH, ya que reiteraba que las nuevas cuota de los pisos reformados debían establecerse con sujeción al referido precepto, y expresamente atribuía la facultad para fijar las nuevas cuotas a la Junta de propietarios, exigiéndose en todo caso, el consentimiento expreso de los propietarios afectados, es decir, el consentimiento de los propietarios de los pisos que son objeto de división o de unión material.

Actualmente, al haber sido derogado el artículo 8 LPH por la citada Ley 8/2013, de 26 de junio, de regeneración y renovación urbanas, en los términos que resultan de lo dispuesto ahora en los artículos 10 y 17 LPH, hay que entender que la modificación de cuotas que sea necesaria para adecuar los pisos a las obras de división o de unión material exige siempre el acuerdo unánime de los propietarios (art. 17.6 LPH), salvo que se trate de obras incluidas en el ámbito de actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbanas que reúnan los confusos requisitos establecidos en el artículo 10 LPH, en cuyo caso la modificación de las cuotas podrá realizarse con la mayoría de tres quintas

partes [art. 10.3.b) LPH], todo lo cual demuestra que ha sido una grave torpeza derogar un artículo que establecía unas reglas que, además de lógicas, deben seguir teniendo aplicación como regla general en la materia, salvo que concurran los supuestos excepcionales y confusos que se regulan en el reformado artículo 10.1.e) y 3.b) LPH.

C) La modificación de las cuotas a causa de la construcción de nuevas plantas o debidas a cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes

Este supuesto, que también estaba expresamente contemplado en el primitivo artículo 11 LPH (art. 12 LPH, tras la Ley 8/1999, de 6 de abril), según el cual (la negrilla es nuestra):

«La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes afectan al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. El acuerdo que se adopte fijará la naturaleza de la modificación, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales o pisos».

Este artículo que, igualmente de un modo incomprensible, ha sido derogado por la referida Ley 8/2013, de 26 de junio, de regeneración y renovación urbanas, autorizaba la «variación de las cuotas» inicialmente establecidas en los casos en los que sobrevenidamente se realizasen obras que implicasen una alteración sustancial del edificio que fue tenido en cuenta para fijar las cuotas originales ya que expresamente señalaba que el acuerdo que aprobase estas obras debería, entre otros, establecer la «variación de las cuotas» que resultase procedente.

El supuesto más depurado de estas situaciones sobrevenidas viene representado por la construcción de nuevas plantas que se realiza en ejercicio de un derecho de sobreedificación o de subedificación. En estos casos, los nuevos pisos creados evidentemente exigen la modificación de las cuotas originarias a fin de dotar de la correspondiente cuota a las nuevas fincas creadas. En esta línea, el artículo 16.2.a) del Reglamento Hipotecario requiere para la inscripción del derecho de sobreedificación o de subedificación que se haga constar en el asiento registral «las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos comunes y gastos comunes o las normas que se establezcan para su establecimiento»[28].

Pese a que el artículo 12 LPH ha sido derogado, las reglas que este precepto establecía deben seguir constituyendo la regla general en la materia, de conformidad con lo dispuesto en el actual artículo 17.6 LPH, sin perjuicio de lo

que se establece en los confusos supuestos que se regulan en el actual artículo 10.1.e) y 3.b) LPH.

D) La modificación de las cuotas que deriva de la desafectación de un elemento común que es enajenado como una nueva finca de la propiedad horizontal

Además de los supuestos legalmente contemplados de modificación de las cuotas a causa de la aparición de circunstancias sobrevenidas que hemos visto, en la realidad social pueden darse otros. En este punto, nos limitaremos a señalar el supuesto muy habitual en la práctica de desafectación de la vivienda del portero, elemento común de la finca, para sin solución de continuidad constituirlo en una nueva finca independiente del edificio y seguidamente enajenarlo a un tercero[29]. En estos casos, al ser necesario atribuir a la nueva finca una cuota de participación pues sin ella no podremos estar ante un piso susceptible de propiedad separada, será también obligado modificar las cuotas de todos los pisos originales (cuyas cuotas sumadas darán 100), a fin de reducirlas proporcionalmente para que la suma de las cuotas de todos los pisos originales más la cuota del nuevo piso conformado vuelvan a sumar 100.

En el plano registral la DGRN ha aceptado que la Junta de propietarios tiene competencia para aprobar este acto que entraña una evidente disposición del régimen de la propiedad horizontal, en la resolución de 5 de mayo de 1970 *(BOE* del 4 de junio), reiterada por la resolución de 15 de junio de 1973 *(BOE* del 9 de julio), entendiendo que en estos casos la Junta de propietarios, por acuerdo aprobado por unanimidad, puede acordar la desafectación del elemento común, su conversión en elemento privativo, la asignación de una cuota de participación al nuevo piso formado y la consiguiente modificación (reducción) de las cuotas de todos los pisos originales, y su enajenación a un tercero, siendo el Presidente de la comunidad el que, en representación de la comunidad (de todos los propietarios que la integran dada su falta de personalidad jurídica), puede comparecer ante el notario para otorgar la correspondiente escritura de desafección, modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal y de enajenación del nuevo piso creado, sin necesidad de que concurra el consentimiento individualizado de todos los propietarios[30].

Asimismo, la DGRN ha declarado en las resoluciones de 13 de junio de 1998[31] y de 28 de febrero de 2000, que en estos casos, no es necesario el consentimiento de los acreedores hipotecarios, sin embargo, cuando no se preste dicho consentimiento, el acreedor hipotecario seguirá ostentando en su garantía la misma cuota que tenía el piso hipotecado al tiempo de constituirse la hipoteca, por lo que la nueva cuota reducida asignada a los pisos para permitir la formación del nuevo piso procedente del espacio o elemento común desafec-

tado, no le vinculará. De este modo, se produce una singular coexistencia de dos cuotas, la antigua, que es la que resultará eficaz para determinar el ámbito objetivo de la garantía del acreedor hipotecario que no consintió expresamente la operación de desafectación y enajenación del elemento común por destino, no esencial o accidental, y la nueva cuota que será eficaz en todo lo demás.

Examinados todos los supuestos que hemos dejado referidos, debemos destacar dos notas que resultan relevantes en todos ellos.

En primer lugar, la alteración de las cuotas inicialmente establecidas para cada piso o local no es caprichosa ya que viene motivada por la aparición de circunstancias sobrevenidas que determinan un cambio en la situación o estado de cosas existente al tiempo de la fijación de las cuotas originariamente establecidas y que fueron las tenidas en cuenta para su fijación.

En segundo lugar, la alteración de las cuotas no tiene por finalidad corregir el error, la arbitrariedad, la ilegalidad o la injusticia de las cuotas fijadas inicialmente, que, por definición, se aceptan como válidas y correctas. Por ello, con la alteración de las cuotas iniciales no se busca su revisión o rectificación, simplemente, el cambio sobrevenido de las circunstancias iniciales producido determina una inadecuación o insatisfacción de las cuotas iniciales, pensadas para una realidad distinta, que hace necesario o conveniente reformularlas o retocarlas para adaptarlas a la nueva realidad o situación de hecho originada por las mejoras o menoscabos de que son objeto los pisos (art. 3 LPH), o por la división o unión material de los pisos existentes (art. 8 LPH derogado), o por la construcción de nuevas plantas o la alteración de los elementos comunes (art. 12 LPH derogado) o, en fin, por la desafectación de un elemento común y su conversión en un nuevo elemento privativo.

2. La modificación de las cuotas de participación sin que existan circunstancias sobrevenidas

Ya hemos señalado, como la doctrina mayoritaria, por no decir la unanimidad de la doctrina, se inclina por la tesis que defiende que una vez fijadas las cuotas que deben regir la propiedad horizontal no deben sufrir variación. Este principio, que podríamos denominar el principio general de invariabilidad o inalterabilidad de las cuotas de participación o principio *rebus sic stantibus*, según el cual las cuotas inicialmente establecidas no pueden ser alteradas salvo que cambien las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación, a mi juicio, podía inferirse de una interpretación conjunta de lo establecido en los artículos 3, 8 y 12 de la primitiva LPH (1960), ya que de su redacción cabía extraer dos reglas:

1.ª Regla o principio general: en tanto no cambien las circunstancias o la situación que fue tenida en cuenta para la fijación de las cuotas, no es posible

su alteración. Así lo demostraría el mandato del artículo 3 LPH que no permite la alteración de las cuotas atribuidas por el mero hecho de que se produzcan mejoras o menoscabos en los pisos o locales, ya que en estos casos, solo en atención a la presencia de este cambio sobrevenido de las circunstancias (mejoras o menoscabos) la ley admite la variación de las cuotas atribuidas inicialmente «por acuerdo unánime»[32]. Igualmente, el derogado artículo 8 LPH solo autorizaba a la Junta de propietarios para aprobar la modificación de las cuotas iniciales cuando se diera el cambio sobrevenido de circunstancias que regulaba (la formación de nuevos pisos o locales derivada de la división o unión material de los pisos originales). Que en este caso estábamos ante una excepción al principio general de invariabilidad o inalterabilidad de las cuotas lo evidencia, por un lado, el hecho de que la ley prohibía expresamente que la modificación de las cuotas que se aprobase por la Junta pudiera entrañar una alteración de las cuotas iniciales de los restantes pisos y, por otro, porque para que se pudiera acordar el cambio de cuotas se exigía que los propietarios afectados prestasen su consentimiento. En la misma línea, el derogado artículo 12 LPH solo contemplaba la «variación de cuotas», cuando concurriera el cambio sobrevenido de circunstancias que regulaba, esto es, cuando se diera el supuesto de construcción de nuevas plantas o la alteración de las cosas comunes. Por consiguiente, en tanto no se produzcan estas modificaciones objetivas el legislador no autorizaba la «variación de cuotas».

2.ª Regla o Excepción: si se produce un cambio sobrevenido de las circunstancias: mejoras o menoscabos en los pisos (art. 3 LPH), división o unión material de pisos (art. 8 LPH), o construcción de nuevas plantas u otra alteración sustancial de las cosas comunes (art. 12 LPH), es posible alterar las cuotas iniciales siempre que esta alteración de cuotas se aprobase «por acuerdo unánime» (art. 3 LPH), ya que al hallarnos ante actos que suponen una modificación del título constitutivo (las cuotas son un contenido necesario del título: art. 5 LPH), siempre sería necesario el acuerdo aprobado por unanimidad (primitivo art. 16.1.ª LPH)[33]. Además, parece que el cambio de las cuotas exigía siempre el consentimiento de los propietarios de los pisos cuyas cuotas serían objeto de modificación.

En el caso del artículo 3 LPH se exigía el «acuerdo unánime», que debía entenderse no como el acuerdo aprobado por unanimidad de la Junta de propietarios (que podría obtenerse con la llamada cuasi-unanimidad o unanimidad formada también por el voto presunto o tácito de los propietarios que no asistieron a la Junta), sino como el acuerdo formado por el consentimiento individualizado de todos los propietarios.

En el caso del artículo 8 LPH, dado que las únicas cuotas que se modificaban eran las cuotas de los pisos objeto de división o unión material, ya que las cuotas del resto de los pisos del edificio no podían alterarse, se exigía el consentimiento de los propietarios afectados.

Finalmente, en el caso del artículo 12 LPH (primitivo art. 11 LPH), parece razonable entender que se exigía el consentimiento individualizado de los propietarios de los pisos cuyas cuotas se modificarían ya que estamos ante una alteración material del edificio (construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes) que supone una verdadera disposición del régimen de la propiedad horizontal que afectaba al contenido esencial del derecho de cada propietario. Así lo corroboraría la circunstancia de que el artículo 12 LPH (primitivo art. 11), expresamente exigía que el «acuerdo» que se adoptase aprobando la modificación «fijará la naturaleza de la modificación, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales o pisos», todo ello decisiones que trascienden de las competencias de la Junta de propietarios ya que se trata de decisiones de configuración jurídica del régimen de la propiedad horizontal, en los mismos términos que exige el artículo 5 LPH para la «fundación» o constitución de la propiedad horizontal, que, por entrañar un acto de disposición que afecta al contenido esencial del derecho de propiedad de cada propietario exigen su consentimiento individualizado.

A mi juicio, dada la manifiesta falta de rigor técnico de las modificaciones introducidas por la Ley 8/2013, el nuevo texto del inciso final del párrafo 2.º del artículo 3 LPH, que ha sustituido el «acuerdo unánime» que se exigía antes para la variación de las cuotas, en caso de mejoras o menoscabos de los pisos o locales, por el acuerdo aprobado «de acuerdo con lo establecido en los artículos 10 y 17 de esta Ley», debe interpretarse en el sentido de que, salvo en los *casos excepcionales,* confusamente regulados en el artículo 10 LPH, y siempre que conste el «consentimiento de los titulares afectados» (sic), en los que la fijación de las nuevas cuotas puede aprobarse con la mayoría de tres quintas partes, la *regla general* debe seguir siendo la de que la alteración de las cuotas inicialmente fijadas, en la medida en que la fijación de las cuotas constituye un contenido esencial y necesario del título constitutivo (párrafo 2.º del art. 5 LPH), implica siempre «una modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal» que requiere para su validez la unanimidad de los propietarios (art. 17.6 LPH).

En consecuencia, tras la reforma operada por la Ley 8/2013, debe mantenerse la vigencia de la regla general según la cual no es posible alterar las cuotas inicialmente establecidas, siendo la excepción su modificación cuando se produzca un cambio sobrevenido de las circunstancias, lo que ocurre en los casos en los que la división o unión material de los pisos existentes se realiza en el marco de una «actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbanas» [art. 10.1.e) LPH], o cuando la construcción de nuevas plantas o las alteraciones de las cosas comunes que ahora se contemplan en los supuestos que regula el artículo 10 LPH, «resulten preceptivos a consecuencia

de la inclusión del inmueble en un ámbito de actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbana» [art. 10.1.d) LPH] o «concurran los requisitos a que alude el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio» [art. 10.3.b) LPH], ya que en estos supuestos un tanto difíciles de precisar, dada la deficiente técnica legislativa seguida, que no hace sencilla la interpretación de los preceptos legales, en atención a que el cambio sobrevenido de las circunstancias iniciales que representan las obras y actuaciones que se realizan están amparadas en una autorización de la Administración expresada en la pertinente licencia urbanística concedida, las alteraciones materiales que se realicen y la modificación de las cuotas, podrán aprobarse excepcionalmente por la mayoría de tres quintas partes en lugar de por la regla general que exige la unanimidad (art. 17.6 LPH).

Afirmada la vigencia del principio general de invariabilidad o inalterabilidad de las cuotas inicialmente asignadas a cada piso o local, debemos preguntarnos ahora si es posible alterar estas cuotas aunque no concurra un cambio sobrevenido de las circunstancias. Evidentemente, la respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa y a ello conduce la vigencia del principio general de autonomía privada que rige en nuestro ordenamiento y que faculta a los particulares para autorregular a su conveniencia sus propios intereses, facultándoles tanto para intervenir y constituir aquellas relaciones jurídicas que estimen procedentes (función constitutiva de la autonomía privada), como para establecer las reglas por las que deben regirse las relaciones privadas en las que intervienen o son parte (función normativa de la autonomía privada), y que se acepta generalmente en nuestro ordenamiento (*vid.,* arts. 1091, 1255 y 594 del Código Civil) y que hoy podría encontrar cobijo constitucional en el principio de libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10.1 CE.

El problema entonces es precisar qué requisitos deben cumplirse para que los propietarios puedan alterar las cuotas inicialmente establecidas. En este sentido, como ya apuntamos al analizar el significado de la cuota, conviene precisar que la cuota, junto a los elementos privativos y a los elementos comunes es uno de los tres componentes esenciales y constitutivos de la propiedad horizontal. Por ello, definir o delimitar estos elementos constituye un acto de configuración jurídica y de disposición sobre el régimen de la propiedad horizontal que no puede hacerse sin que concurra el consentimiento o la voluntad de todos los propietarios del edificio.

Constituir una propiedad horizontal, es decir, someter o sujetar un edificio al régimen jurídico-real que representa la propiedad horizontal es un acto de configuración jurídica y de disposición sobre el inmueble o, si prefiere en la expresión más tradicional, es un acto de riguroso dominio, que no es posible sin el consentimiento o voluntad de todos los propietarios del inmueble. Por ello, al igual que definir cuáles son los pisos o elementos privativos en que se

divide horizontalmente el edificio y delimitar sus elementos comunes, fijar las cuotas de los respectivos pisos o locales privativos es un acto fundante, esencial, que no puede realizarse sin la voluntad de los propietarios (art. 5 LPH). Por la misma razón, una vez constituida la situación de propiedad horizontal, la alteración de alguno de estos tres componentes esenciales y constitutivos del régimen de la propiedad horizontal necesitará la prestación del consentimiento de todos los propietarios.

En este punto, sin embargo, se produce con frecuencia una confusión entre el ámbito de lo que pueden hacer los propietarios colectivamente organizados conforme al régimen de la propiedad horizontal, cuya voluntad se expresará en los acuerdos comunitarios aprobados por la Junta de propietarios, como órgano rector supremo y soberano de la propiedad horizontal [art. 13.1.a) y 14.e) LPH], y lo que pueden hacer los propietarios como titulares de un derecho de propiedad privada sujeta al régimen de la propiedad horizontal.

Consciente de estos dos ámbitos de actuación jurídica, la DGRN, a la hora de precisar los requisitos que deben cumplir los actos o negocios jurídicos que tienen por objeto o afectan a un edificio sometido al régimen de la propiedad horizontal para su acceso al Registro de la Propiedad, viene distinguiendo dos tipos de actos[34]:

a) Los acuerdos que adoptan los propietarios organizados jurídicamente bajo el régimen de la propiedad horizontal, que tienen el carácter de actos colectivos, que deben aprobarse cumpliendo los requisitos de formación de la voluntad comunitaria exigidos en la LPH, que no se imputan a cada propietario singularmente considerado sino a la Junta de propietarios, como órgano rector supremo y soberano de la propiedad horizontal, y cuya existencia se acreditara al Registrador mediante la aportación de las oportunas actas de la Junta de propietarios en las que deben reflejarse los acuerdos adoptados en la reunión de propietarios que se incluirán en el Libro de Actas [arts. 13.1.a), 17 y 19 LPH], que se hayan incorporado a la escritura pública pertinente a fin de cumplir el requisito de titulación pública de los actos inscribibles exigido en el artículo 3 LH.

b) Aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio de cada propietario, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, y cuya existencia deberá acreditarse al Registrador mediante la aportación de la escritura pública en la que se hayan expresado las oportunas declaraciones de voluntad o negocios jurídicos efectuados.

Sentada esta distinción, sin embargo, el problema es determinar qué actos deben incluirse en uno u otro supuesto.

A mi juicio, en esta tarea de delimitación entre actos que pueden realizar colectivamente los propietarios como miembros de la comunidad de propietarios

organizada conforme a las reglas de la propiedad horizontal y actos que pueden llevar a cabo los propietarios individualmente considerados como titulares de un derecho dominical que no tiene otra especialidad que la de tener por objeto un edificio sometido al régimen de la propiedad horizontal, debemos precisar cuál es el contenido y significado del derecho que ostenta cada propietario en la propiedad horizontal.

En este sentido, es imprescindible tener siempre presente que el derecho que cada propietario ostenta en la propiedad horizontal presenta unas peculiaridades que lo diferencian del derecho de propiedad o de la copropiedad ordinarias. En la propiedad horizontal cada propietario es titular de *un derecho real único pero cuyo contenido y objeto es complejo* ya que, por un lado, atribuye un derecho de propiedad singular y exclusivo cuyo objeto recae exclusivamente sobre su respectivo piso o local [art. 396 del Código Civil Código y 3.a) LPH], pero la titularidad de este derecho dominical, que es lo principal y esencial, lleva inherente la atribución de un derecho de copropiedad o de comunidad especial sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes, que tiene carácter accesorio y es inseparable del dominio privativo [art. 396 del Código Civil y 3.b) LPH]. Por ello, el derecho de propiedad horizontal, dada la inseparabilidad esencial del derecho de copropiedad o comunidad especial sobre los elementos comunes del derecho de propiedad singular y exclusivo sobre el piso o local privativo, a pesar de lo que puede parecer inicialmente, es un derecho que *se proyecta sobre todo el edificio en la proporción o medida marcado por la cuota de participación asignada a cada piso o local*.

Por esta razón, no es posible realizar actos de disposición sobre los elementos privativos, sobre los elementos comunes, sobre la cuota de participación o sobre el contenido esencial de derechos, facultades, cargas y obligaciones que definen el régimen de la propiedad horizontal, sin afectar al contenido esencial del derecho de propiedad de cada propietario, razón por la cual se exige para ello su voluntad o consentimiento individualizado.

Nadie discutirá, por ejemplo, que para enajenar o hipotecar todo el edificio será preciso el consentimiento individualizado de todos los propietarios, no siendo suficiente el acuerdo por unanimidad de la Junta de propietarios[35], ni tampoco parece discutible que para la conversión del edificio en propiedad o copropiedad ordinarias (art. 23.2.º LPH), es decir, para que el edificio deje de estar sometido al régimen de la propiedad horizontal y pase a regirse por las reglas de la copropiedad ordinaria será necesario el consentimiento de todos los propietarios. Al igual que se necesita un acto o negocio de configuración jurídica y de disposición para que un edificio sujeto al régimen de la propiedad ordinaria (cuando el propietario sea único) o al de la copropiedad ordinaria (cuando pertenezca a una pluralidad de propietarios) quede sometido al régimen de la propiedad horizontal, será también necesario, en cuanto *contrarius actus*, un acto de similares características para «desafectarlo» de la propiedad horizontal.

Sin necesidad de entrar en la casuística elaborada por la DGRN que ha ido delimitando que actos de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal pueden realizarse a través de los actos colectivos de la Junta de propietarios a través del correspondiente acuerdo aprobado por unanimidad (ya se alcance esta unanimidad con el voto expreso de todos los propietarios asistentes a la Junta, personalmente o representados, o con el voto presunto de los no asistentes), y que actos exigen la prestación individualizada del consentimiento de todos los propietarios, las resoluciones de 19 de abril de 2007 y 27 de diciembre de 2010[36] han declarado que la modificación de la cuota en tanto en cuanto afecta al contenido esencial del derecho individual de cada uno de los propietarios de los pisos o locales, requiere el consentimiento individualizado y singular de los propietarios afectados, prestado en la escritura correspondiente[37].

A nuestro juicio, esta doctrina es acertada pues la variación de las cuotas no es un acto que puedan decidir colectivamente los propietarios en la correspondiente Junta de propietarios ya que entraña la alteración de uno de los elementos fundantes y esenciales del régimen de la propiedad horizontal, por lo que constituye un acto de disposición del régimen de la propiedad horizontal que solo puede producirse válidamente cuando cuente con el consentimiento individualizado o *uti singuli* de todos y cada uno de los propietarios expresado en la correspondiente escritura pública[38].

Como ya hemos visto, la propia regulación legal corrobora esta conclusión. Así, el primitivo artículo 3 LPH, en los casos de «mejoras o menoscabos» de los pisos, para que este cambio sobrevenido de las circunstancias pudiera dar lugar a la alteración de las cuotas iniciales exigía el «acuerdo unánime», es decir, el consentido expresamente por todos los propietarios. Igualmente, el derogado artículo 8 LPH, aunque aceptaba la modificación de las cuotas en los casos de unión o división material de los pisos primitivos, exigía el «consentimiento de los titulares afectados», es decir, de los propietarios de los pisos cuyas cuotas iban a ser modificadas como consecuencia de la unión o división material de los pisos o locales realizada, ya que las cuotas del resto de los pisos no podían ser alteradas por esta causa.

Por la misma razón, aunque en el artículo 12 LPH (primitivo art. 11 LPH) no se indicaba expresamente, la construcción de nuevas plantas o la alteración sustancial de los elementos comunes, en la medida en que implicaba una modificación del título constitutivo, exigía, además del acuerdo por unanimidad de la Junta del propietarios (art. 17.1.ª PLH, primitivo art. 16.1.ª LPH), el consentimiento de los propietarios afectados.

La misma idea está presente en la regulación actual, pues, pese a la confusa regulación de los vigentes artículos 3 y 10 LPH, hay que seguir manteniendo que, salvo los casos en los que la ley expresamente exige otra mayoría, la regla general sigue siendo que los actos que modifiquen el título constitutivo exigen la unanimidad (art. 17.6 LPH), por ello, la alteración de las cuotas en la medida en

que supone una modificación del título constitutivo requiere el acuerdo aprobado por unanimidad, salvo que nos hallemos ante alguno de los supuestos regulados en el artículo 10 LPH, en cuyo caso, si el cambio sobrevenido de las circunstancias viene determinado por la «mejora o menoscabo» de los pisos o locales primitivos (art. 3 LPH), por la construcción de nuevas plantas u otras obras de alteración sustancial de los elementos comunes [art. 10.1.d) LPH], o por la unión o división material de pisos o locales [art. 10.1.e) LPH], la regla general que impone el acuerdo por unanimidad se sustituye por el acuerdo aprobado por la mayoría de tres quintas partes [10.3.b) LPH], en atención a que estas alteraciones vienen determinadas por la ejecución de una actuación de rehabilitación o de regeneración y renovación urbanas que cuenta con la oportuna licencia administrativa (art. 10.3 LPH). Ahora bien, también será necesario contar con el consentimiento de los propietarios afectados para modificar las cuotas de sus respectivos pisos o locales. En este sentido, aunque de manera un tanto confusa, la ley exige «el consentimiento de los titulares afectados» en los supuestos en que autoriza las alteraciones contempladas (construcción de nuevas plantas y otras alteraciones de los elementos comunes y de unión o división de pisos o locales) [arts. 10.1.d), 10.1.e) y 10.3.b), párrafo final LPH], especificándose, en el caso de la unión o división de pisos o locales, que estas actuaciones solo caben cuando se cuenta con el consentimiento de los propietarios de los pisos afectados ya que este tipo de actos solo pueden ser «realizados por voluntad y a instancia de sus propietarios» [art. 10.1.e) LPH].

3. La revisión de las cuotas de participación cuando hayan sido fijadas con error, arbitrariedad o injusticia notoria

Como ya hemos señalado, la regla o principio general de invariabilidad o inalterabilidad de las cuotas de participación impide que, una vez fijadas (lo que normalmente sucederá al tiempo del otorgamiento del título constitutivo) puedan ser objeto de alteración posterior, salvo que todos los propietarios consientan de modo expreso e individualizado su alteración en la correspondiente escritura pública de alteración de las cuotas.

En este caso, evidentemente, como el cambio de las cuotas iniciales responde a la libérrima voluntad de los propietarios y no a la presencia de ninguna circunstancia sobrevenida, estamos ante una variación de las cuotas que solo exige que los propietarios respeten los criterios imperativos que la ley exige para la fijación de las cuotas en el párrafo 2.º del artículo 5 LPH, ya que, en definitiva, nos hallaremos ante una suerte de «refundación» del régimen de la propiedad horizontal.

No obstante, pese a la citada regla de la invariabilidad, excepcionalmente, cuando concurran alguna de las circunstancias sobrevenidas que se contemplan en el artículo 3 LPH (mejoras o menoscabos de los pisos o locales) y ahora en

los confusos supuestos que se incluyen en la regulación del artículo 10 LPH (antes regulados en los derogados arts. 8 y 12 LPH), y siempre que concurra el consentimiento expreso de los propietarios afectados, se autoriza a la Junta de propietarios para aprobar la modificación de las cuotas mediante el correspondiente acuerdo que, como regla general, será adoptado por unanimidad (art. 17.6 LPH), salvo que pueda aprobarse por la mayoría de tres quintas partes [art. 10.3.b) LPH].

En estos supuestos, el cambio de las cuotas no se hace porque se discrepe de las cuotas iniciales sino, simplemente, porque el cambio de las circunstancias ha determinado que las primitivas cuotas ya no resulten adecuadas en la medida en que fueron fijadas sin tener en cuenta la nueva realidad producida.

Por ello, fuera de estos supuestos debemos analizar ahora el supuesto en el que la alteración de las cuotas se impone por una exigencia de legalidad, esto es, porque no habiéndose producido ninguna circunstancia sobrevenida y, por consiguiente, hallándonos ante la misma situación fáctica que existía al tiempo en que se fijaron las cuotas se ha comprobado que las cuotas existentes fueron el resultado de un error (por ejemplo, las superficies que se tomaron como punto de referencia fueron mal calculadas o transcritas), o que en su fijación se incurrió en una manifiesta arbitrariedad o injusticia notoria, lo que, en definitiva, significará que las cuotas establecidas vulneran o son contrarias a los criterios imperativos previstos en el artículo 5 LPH.

En estos casos, en ausencia de un acuerdo que cuente con el consentimiento individualizado de todos los propietarios aprobando la revisión o rectificación de las cuotas iniciales, solo será posible obtener la rectificación o revisión de las cuotas a través de la correspondiente «resolución judicial», al estar este modo de fijación de las cuotas expresamente contemplado en el párrafo 2.º del artículo 5 LPH.

En cuanto al procedimiento a seguir, la demanda deberá tramitarse por el cauce del juicio ordinario, al ser procedente este tipo de procedimiento por razón de la materia de acuerdo con lo establecido en el artículo 249.1.8.º LEC.

Al ser las cuotas un elemento que afecta al contenido esencial del derecho de propiedad de cada propietario, en este tipo de procedimientos será necesario demandar y traer al proceso a todos y cada uno de los propietarios que integren la propiedad horizontal de que se trate, en caso contrario, concurrirá la excepción o el defecto procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario y por haber quedado la relación jurídico procesal defectuosamente constituida procederá dictar una sentencia absolutoria que al no entrar en el fondo dejará prejuzgada la pretensión. Así lo ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de febrero de 2004 *(RJ* 2004, 216) y también la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales, en este sentido, puede citarse la SAP de Barcelona (Sección 15.ª), de 3 enero 1996 *(AC* 1996, 79). Esta sentencia, admite que aquellos propietarios que hayan aceptado las nuevas cuotas que se proponen

en la demanda, si consta su aceptación (por ejemplo, mediante la aportación de una escritura pública en la que conste la adhesión o la aceptación de los propietarios correspondientes), no será necesario traerlos al procedimiento, dada su conformidad con las cuotas que se solicitan por el demandante.

Como, en principio, la resolución judicial es un modo subsidiario de fijación de las cuotas ya que, en primer lugar, habrá que estar a la decisión de todos los propietarios, para formular adecuadamente la demanda entendemos que previamente debe solicitarse a la comunidad de propietarios que convoque una Junta en la que apruebe la rectificación o revisión de las cuotas existentes por ser contrarias a los criterios imperativos del párrafo 2.º del artículo 5 LPH.

Si quien tiene interés en la rectificación de las cuotas es la propia comunidad de propietarios, si en la Junta no se aprueba la rectificación o revisión de las cuotas pretendida por unanimidad, entonces lo que procederá es aprobar un acuerdo por el cual se faculta a la comunidad para que pueda interponer la correspondiente demanda ante los tribunales solicitando la rectificación de las cuotas existentes por ser contrarias a los criterios imperativos previstos en el párrafo 2.º del artículo 5 LPH. Este acuerdo podrá ser aprobado con el voto de la simple mayoría de los propietarios al hallarnos ante un acto de mera administración o defensa de los derechos dominicales. En este sentido, la STS de 11 de abril de 1995 *(RJ* 1995, 3185), declaró que el acuerdo por el cuál la comunidad de propietarios, en atención al error técnico consistente en que para la fijación de las cuotas se tuvo en cuenta las superficies construidas y no las superficies útiles, decidió acudir a los tribunales a fin de obtener una sentencia en la que se rectifiquen las cuotas de participación y se corrigieran los errores advertidos en su fijación, no precisa de la unanimidad y puede aprobarse con la simple mayoría al ser un acto de mera administración y defensa de los derechos dominicales de los propietarios.

Por el contrario, si quien tiene interés en solicitar la rectificación es uno o varios propietarios, igualmente, deberá solicitarse previamente a la comunidad que se convoque una Junta en la que se incluya en el orden del día el asunto relativo a la rectificación de cuotas y si por la Junta se deniega esta rectificación, entonces se podrá ya instar la demanda judicial solicitando la rectificación de las cuotas existentes. En esta línea, la STS de 5 de julio de 2005 *(RJ* 2005, 5840), al resolver un pleito en el que diversos propietarios, tras haberles rechazado la Junta su petición de que se rectificasen las cuotas existentes, promovieron una demanda solicitando la rectificación judicial de las cuotas por ser injustas, arbitrarias y discriminatorias, declaró que la modificación de las cuotas por acuerdo unánime de los propietarios no es el único modo de lograr el cambio de las cuotas, ya que el artículo 5 LPH permite obtener la fijación de las cuotas por «resolución judicial» «cumpliendo los requisitos exigibles al respecto».

Visto que es posible la rectificación de las cuotas mediante la oportuna «resolución judicial», evidentemente, también podrá obtenerse la rectificación

de las cuotas a través del correspondiente laudo arbitral ya que el artículo 5 contempla este modo de fijación de las cuotas.

Sobre esta cuestión se ha planteado el problema de precisar los efectos que debe producir el acuerdo de la Junta de propietarios sometiendo las controversias que surjan entre la comunidad de propietarios y los propietarios por razón de la propiedad horizontal. Al respecto se han formulado básicamente dos teorías o soluciones.

Para una primera teoría, dado que la Junta de propietarios, en su condición de órgano rector supremo y soberano de la comunidad de propietarios, tiene competencia para conocer y decidir sobre todos los asuntos de interés general para la comunidad [arts. 13.1.a) y 14.e) LPH], puede aprobar un acuerdo por el cual se decida someter las controversias (todas o algunas determinadas) surgidas entre la comunidad y los propietarios al arbitraje siempre que las cuestiones a decidir por el procedimiento del arbitraje versen sobre materias o cuestiones que sean disponibles por los particulares (art. 2 LA). Para la adopción de este acuerdo bastaría la simple mayoría (art. 17.7 LPH) ya que la ley no contempla para su aprobación ninguna mayoría especial o cualificada. Además, si este acuerdo no es impugnado vincularía a todos los propietarios, incluso a los que votaron en contra o no asistieron a la Junta, ya que los acuerdos no impugnados vinculan a todos (art. 17.9 LPH).

Se afirma también que el acuerdo sería vinculante conforme al actual artículo 17.8 LPH, para los propietarios que no asistieron a la Junta si el ausente, una vez notificado del acuerdo aprobado por los que asistieron a la Junta, guarda silencio y no manifiesta su discrepancia mediante comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de 30 días naturales por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción.

En el plano jurisprudencial, sigue decididamente esta solución el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) de 10 de octubre de 2012 (núm. 310/2012) *(JUR* 2012, 366091).

A nuestro juicio, esta solución no puede aceptarse. En primer lugar, porque decidir si las controversias surgidas entre los propietarios y la comunidad de propietarios por razón de la propiedad horizontal, deben ser resueltas por los órganos jurisdiccionales del Estado o por los árbitros o jueces privados del arbitraje, es una cuestión que queda fuera del ámbito de la competencia de la comunidad de propietarios y, por ende, de la Junta de propietarios, ya que no es un tema de interés general de la comunidad o, si se prefiere, no es una materia que queda dentro del ámbito de la propiedad horizontal, sino una cuestión que atañe al interés particular de cada propietario, máxime cuando el derecho de acceder a los órganos judiciales para la solución de los conflictos intersubjetivos viene reconocido como un derecho fundamental de la persona en el artículo 24 CE, que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos. Por otra parte, al integrar los jueces y tribunales un poder

del Estado (el Poder Judicial), el funcionamiento de los tribunales y la tramitación de los procedimientos es una materia reservada a las leyes orgánicas y procesales que regulan la actividad jurisdiccional (art. 117 CE).

En segundo lugar, porque el sometimiento al arbitraje en la medida en que implica la renuncia al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, ya que impedirá a los propietarios acudir a los tribunales ordinarios de justicia, pues, en el caso de que se haya pactado válidamente el sometimiento al arbitraje, frente a la demanda judicial que pudiera promoverse, los demandados podrían planear la oportuna declinatoria alegando la falta de jurisdicción del tribunal por corresponder el conocimiento del asunto a los árbitros designados en el procedimiento de arbitraje, en cuyo caso el tribunal deberá abstenerse de conocer y sobreseerá el procedimiento (arts. 11 LA y 63.1 y párr. 2.º del art. 65.2 LEC), para que resulte procedente el laudo arbitral será necesario que los propietarios hayan decidido voluntariamente someterse al arbitraje mediante la prestación de su consentimiento al oportuno convenio arbitral.

La determinación de cuando estamos ante un convenio arbitral que obliga a someterse a la decisión o laudo de los árbitros es una materia ajena a la propiedad horizontal que viene específicamente regulada en el artículo 9 LA, según el cual para la perfección del convenio arbitral será necesario que las partes interesadas hayan prestado su consentimiento de someterse al arbitraje por escrito en el correspondiente documento firmado *ad hoc*, ya sea formando parte de una cláusula incorporada a un contrato o como un acuerdo independiente, o bien cuando la prestación del consentimiento de las partes resulte de un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

Por ello, el acuerdo de la Junta de propietarios aprobando el sometimiento al arbitraje solo podría vincular a los propietarios que votaron a favor del acuerdo, pero nunca a los que votaron en contra o a los que no asistieron a la Junta, que nunca prestaron su consentimiento al arbitraje. Además, desde el momento en que la decisión de someterse al arbitraje no viene contemplada en la LPH como uno de los acuerdos para cuya aprobación se exija la unanimidad o una determinada mayoría especial o cualificada, no es posible aplicar el sistema del llamado voto presunto que ahora se regula en el artículo 17.8 LPH, ya que este sistema solo es aplicable para los supuestos en los que la ley exija la unanimidad o una determinada mayoría especial o cualificada para la aprobación del acuerdo, en cuyo caso, el silencio del propietario se puede computar como un voto favorable al acuerdo aprobado por los asistentes a la Junta[39].

Por otra parte, la circunstancia de que no se haya impugnado el acuerdo que aprobó el sometimiento al arbitraje, no determina su obligatoriedad para los propietarios que votaron en contra del acuerdo o que no asistieron a la Junta en la que se aprobó dicho acuerdo, ya que al hallarnos ante una materia ajena a la propiedad horizontal para la que la Junta de propietarios no tiene

competencia, un acuerdo de este tipo, cuando no cuente con el consentimiento real de todos los propietarios, debe considerarse contrario al artículo 9 LA razón por la cual no será aplicable el régimen de anulabilidad de los acuerdos comunitarios contrarios a la ley, según el cual los acuerdos comunitarios no impugnados en tiempo y forma quedan convalidados, ya que esta convalidación solo opera cuando la norma infringida por el acuerdo comunitario sea una de las contenidas en la LPH y no cuando se trate de una norma establecida en otra ley, en cuyo caso habrá de estarse a la sanción general de nulidad de pleno derecho, salvo que en la propia ley infringida se establezca un efecto distinto de la nulidad para el caso de contravención (art. 6.3 del Código Civil), lo que determina que no pueda aplicarse lo previsto en el artículo 17.9 LPH según el cual «(l)los acuerdos válidamente adoptados con arreglo a lo dispuesto en este artículo obligan a todos los propietarios».

En el plano jurisprudencial, se inclinan por la solución de exigir el consentimiento del propietario para que pueda ser aplicable el arbitraje, de modo que el acuerdo de la Junta de propietarios decidiendo someter a arbitraje las controversias solo vinculará a los propietarios que votaron a favor del mismo, pero sin que sea vinculante para los propietarios que votaron en contra o que no asistieron a la Junta, entre otras, las siguientes resoluciones: AAP de Madrid (Sección 12.ª) de 18 de enero de 2012 (núm. 19/2012) *(JUR* 2012, 98079); AAP de Madrid (Sección 12.ª) de 13 de abril de 2012 (núm. 241/2012) *(JUR* 2012, 320035); AAP de Madrid (Sección 12.ª) de 18 de junio de 2012 (núm. 403/2012) *(JUR* 2012, 278443); y APP de Madrid (Sección 19.ª) de 13 de septiembre de 2012 (núm. 259/2012) *(JUR* 2012, 384404).

De todo lo expuesto se sigue que como la fijación de las cuotas es una cuestión que afecta al contenido esencial del derecho de propiedad de cada propietario, para que pueda rectificarse o alterarse las cuotas iniciales mediante laudo arbitral será necesario que el arbitraje haya sido aceptado expresamente y de forma individualizada por todos y cada uno de los propietarios.

Además, aceptado el arbitraje en esta materia por todos los propietarios, será también necesario que al procedimiento arbitral sean llamados y puedan intervenir todos los propietarios al concurrir el supuesto de litisconsorcio pasivo necesario que hemos señalado al estudiar la fijación de las cuotas a través de resolución judicial (art. 29 LA).

Por supuesto, junto a la fórmula del arbitraje propiamente dicho, también sería posible que los propietarios, aceptando que las cuotas fijadas inicialmente no resultan adecuadas por ser erróneas, arbitrarias o manifiestamente injustas, decidan voluntariamente rectificarlas y para ello acuerden someter la cuestión al criterio o propuesta vinculante de un tercero que emitirá el oportuno dictamen técnico elaborado normalmente por un arquitecto o aparejador, ya que con frecuencia la fijación de las cuotas exige mediciones de superficie y otras operaciones técnicas propias de su pericia profesional, dando lugar así a la

figura del llamado arbitrador (*vid*., arts. 1447 y 1690 del Código Civil). La propia LPH remite a esta fórmula del dictamen técnico en otros supuestos (arts. 10.3 *in fine* y 17.10 LPH). Pero para que esta decisión pueda aprobarse, lógicamente, se necesitará que todos los propietarios expresamente aprueben someterse a las nuevas cuotas que proponga el perito o persona designada para emitir el dictamen técnico.

V. CONCLUSIONES

I. La cuota de participación expresa el valor proporcional que cada piso o local tiene en relación con el valor del inmueble en su totalidad y tiene como finalidad servir para ordenar correcta y equitativamente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones y cargas que derivan del régimen de la propiedad horizontal.

II. La cuota debe expresarse en centésimas y fijarse atendiendo a los criterios imperativos que establece el artículo 5 LPH, que no son cerrados ni excluyentes, por lo que pueden tenerse en cuenta otros, especialmente los que atienden al principio de igualdad-proporcionalidad, lo que permite contemplar la función que cumple la cuota como elemento a ponderar en la formación de la denominada mayoría de intereses o de cuotas necesaria para la aprobación de los acuerdos comunitarios.

III. El principio de invariabilidad de las cuotas de participación impide que una vez fijadas puedan ser alteradas, salvo que concurran circunstancias sobrevenidas que autorizan su modificación.

IV. En todo caso, al ser un componente esencial del régimen de la propiedad horizontal, la modificación de las cuotas precisa del consentimiento individualizado de todos los propietarios, al constituir un acto de disposición que afecta al contenido esencial del derecho de dominio de cada propietario. No obstante, cuando las cuotas se hayan fijado incumpliendo los criterios imperativos del artículo 5 LPH, y hayan sido fijadas con error, arbitrariedad o injusticia notoria, podrán ser rectificadas por resolución judicial o por laudo arbitral.

VI. BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO, M. (2002). *Derecho Civil, III. Derecho de Bienes*. Barcelona. 9.ª ed. Librería Bosch.

ALVAREZ ALVAREZ, J. L. (1963). La cuota de participación en la propiedad horizontal (Comentario a la Resolución de la Dirección General de 7 de junio de 1963). *Anuario de Derecho Civil*, pp. 1183-1210.

BATLLE VÁZQUEZ, M. (1973). *La propiedad de casas por pisos*. Alcoy. 7.ª ed. revisada y actualizada. Editorial Marfil.

CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la (1973). *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*. Madrid. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Curso de Conferencias sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas.

CAMY, B. (1970). Notas a la Resolución de 5 de mayo de 1970, *Revista de Derecho Privado,* 827-830.

DÍAZ MARTINEZ, A. (1999). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal,* dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Pamplona, Aranzadi.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil, vol. III, Tomo I, Derechos reales en general*. Madrid. 8.ª ed. Tecnos.

ECHEVARRÍA SUMMERS, F. (1999). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal,* dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Pamplona. Aranzadi.

ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y DE OLANO, F. (1967). Lo imperativo y lo dispositivo en la Propiedad Horizontal, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 1233-1261.

ESPÍN CANOVAS, D. (1978). Titularidad dominical y criterios para la fijación de la cuota de participación en la propiedad horizontal. *Revista de Derecho Privado*, 1053-1063.

FUENTES LOJO, J. V. (1978). *Suma de la propiedad por apartamentos*. Tomo I. Barcelona. 3.ª ed. Librería Bosch.

GÓMEZ CALLE, E. (1992). La significación del título constitutivo en el régimen de la propiedad horizontal, *Anuario de Derecho Civil*, 1533-1589.

— (2011). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal,* dirigidos por José-María Miquel González. Madrid. Civitas.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. (1996). La modificación judicial de las cuotas de participación asignadas en el título constitutivo de la propiedad horizontal, cuando resulten injustas o erróneas. Comentario a la sentencia de 23 de mayo de 1995 de la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid. Ponencia de don José Luis Zarco Olivo, *Actualidad Jurídica Madrid,* núm. 3, 1-15 de febrero de 1996, 11-19.

— (1995). La modificación judicial de las cuotas de participación asignadas en el título constitutivo de la propiedad horizontal, cuando resulten injustas o erróneas. Comentario a la sentencia de 23 de mayo de 1995 de la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid. Ponencia de don José Luis Zarco Olivo, *Revista Jurídica SEPIN*, núm. 154, 55-59.

— (1999). La desafectación de la vivienda del portero y su enajenación como piso privativo: requisitos y efectos cuando existen pisos o locales hipotecados. Comentario a la Resolución de 13 de junio de 1998, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. *Revista Jurídica SEPIN*. núm. 190-B, 26-36.

— (1999). La obligación de contribuir a los gastos generales en la Ley de Propiedad Horizontal, tras la Ley 8/1999, de 6 de abril (I), *Revista Jurídica SEPIN*. Núm. 195-B.

— (2009). Legitimación del propietario ausente para impugnar los acuerdos adoptados por los asistentes a la junta, cuando no manifestó su oposición dentro del plazo de los 30 días, *La Ley*, núm. 7186, 1 de junio de 2009.

— (2010). El conjunto inmobiliario como supuesto de hecho básico para la aplicación del régimen de la propiedad horizontal, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 719, 1001-1052.

— (2011). La mayoría necesaria para aprobar acuerdos de mera administración en la propiedad horizontal. Los efectos de la abstención, los votos en blanco y los votos

nulos en la formación de los acuerdos comunitarios, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, pp. 1370-1377.

GÓMEZ MARTÍNEZ, C. y J. (1999). *La Ley de Propiedad Horizontal*. Navarra. Aranzadi.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (2004). *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos reales, vol. 2.º, Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*. Madrid. 2.ª ed. Dykinson.

VENTOSO ESCRIBANO, A. (2007). *Propiedad Horizontal, Tomo I, comentario al artículo 5 LPH*. Manuales de Formación Continuada, núm. 45, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial.

NOTAS

[1] A efectos de no complicar la exposición, contemplamos solo el paradigma o supuesto típico de la propiedad horizontal (edificio dividido en pisos y locales), por lo que referiremos la cuota a los conceptos de edificio y de piso o local, no obstante, debe tenerse en cuenta que actualmente el régimen de la propiedad horizontal se aplica también a situaciones inmobiliarias distintas del edificio tradicional (por ejemplo, las urbanizaciones privadas o la llamada propiedad horizontal tumbada), por lo que lo que señalemos en este estudio será también aplicable *mutatis mutandis* a estas nuevas realidades jurídico-inmobiliarias. Para una visión general de los supuestos de propiedad horizontal puede verse, GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. (2010).

[2] En la práctica es muy frecuente referirse a la cuota de participación con la palabra «coeficiente». Esta era la terminología que empleaba el Proyecto de Ley de 1960 *(BOCG* núm. 659, del 20 de abril de 1960), cuyo artículo 1.º disponía lo siguiente (la cursiva es nuestra): «A cada apartamento se atribuirá un *coeficiente* en relación con el total representado por el inmueble. Dicho coeficiente servirá de módulo para determinar, en principio, las cargas generales afectas al apartamento, así como los posibles abonos, en especial a la cesación del régimen de propiedad horizontal. Las mejoras o menoscabos de cada apartamento alterarán su coeficiente respectivo, el cual *será invariable*, salvo acuerdo unánime». Nótese como se destacaba el carácter invariable del coeficiente una vez establecido. Igualmente, la EM de la LPH (1960) utiliza como equivalentes las palabras coeficiente y cuota, cuando afirma que «el coeficiente o cuota, …».

[3] La EM de la LPH (1960) se refiere al significado jurídico de la cuota de participación afirmando que «no es ya la participación en lo anteriormente denominado elementos comunes, sino que expresa, activa y también pasivamente, como módulo para cargas, el valor proporcional del piso y a cuanto él se considera unido en el conjunto del inmueble, el cual, al mismo tiempo que se divide física y jurídicamente en pisos y locales se divide así económicamente en fracciones o cuotas».

[4] La doctrina es pacífica en aceptar que el valor que expresa la cuota es el valor proporcional del piso respecto del valor total del edificio, para lo que, en principio, es irrelevante el valor venal, en renta, comercial o de adquisición del piso que puede estar sujeto a variaciones en función del paso del tiempo o de circunstancias sobrevenidas. Por esta razón, la doctrina se suele referir al valor que representa la cuota como *valor funcional*: ESPIN CÁNOVAS, D. (1978), p. 1057. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J. L. (1963), pp. 1188-1189. BATLLE VÁZQUEZ, M. (1973), pp. 87-89; DÍAZ MARTÍNEZ, A. (1999), p. 49. GÓMEZ CALLE, E. (2011), p. 77.

[5] Repárese, por ejemplo, en que antes los pisos bajos eran los más caros y solicitados, dada la ausencia de ascensor y de los estruendos del tráfico y de la vida comercial y nocturna de nuestra época, hasta el punto de que a la primera planta de los inmuebles se les denominaba, en ocasiones, planta «principal». Importancia que hoy todavía siguen teniendo cuando se trata de edificios situados en calles importantes, para ser objeto de oficinas y despachos o consultas de profesionales. Por el contrario, actualmente los pisos altos, especialmente si

cuentan con una cubierta practicable a nivel que permite su utilización como terraza de uso privativo suelen ser los más caros y solicitados.

[6] El párrafo 2.º del artículo 3 LPH, expresamente señala que las mejoras o menoscabos de que sea objeto cada piso o local no alterarán las cuotas de participación atribuidas.

[7] Por ejemplo, en cuanto a los beneficios o ventajas, sirve para distribuir los derechos de uso sobre los elementos comunes o los rendimientos que se obtiene con ellos y, en cuanto a las desventajas, sirve para determinar la contribución a los gastos de conservación o las indemnizaciones que deben abonarse por razón de los elementos comunes. No obstante, en el caso de los gastos, como luego veremos, es posible que en los estatutos se establezca un sistema de reparto de gastos comunes distinto del que resulta de la aplicación de la cuota de participación [arts. 5, párr. 3.º y 9.1.e) LPH].

[8] Tras la vigencia de la LPH (1960), sin embargo, la identificación de la cuota de participación en la propiedad horizontal con la cuota en los elementos comunes estuvo presente durante cierto tiempo en la práctica notarial, ya que en muchas escrituras de división horizontal era frecuente contemplar la cuota de participación como una simple cuota de participación en los elementos comunes en lugar de hacerlo como una cuota de participación en la totalidad del inmueble, como exigen los artículos 3 LPH y 8 LH. Frente a esta práctica, la DGRN respondió inicialmente de un modo excesivamente riguroso, como fue el caso de la resolución de 7 de junio de 1963 *(BOE* del 18 de junio), que confirmó la nota del registrador que había denegado la inscripción de una escritura en la que se dividió horizontalmente un edificio en tres viviendas y un local comercial, porque la mención de la cuota de participación afirmando que «la cuota de su propietario en los elementos comunes del inmueble a los efectos del artículo 396 del Código Civil y 8 de la Ley Hipotecaria es de veinticinco enteros por ciento del valor total de aquellos», resultaba contraria al artículo 3 LPH que exige que la cuota se determine con relación al valor total del inmueble y referida a centésimas del mismo. Por el contrario, en la resolución de 23 de julio de 1966 *(BOE* del 23 de agosto), con un criterio más flexible, se estimó que la referencia en la escritura de que la cuota que se asignaba a cada piso o local en los elementos comunes se fijaba a los efectos del artículo 396 del Código Civil y del artículo 8 LH, resultaba suficiente para cumplir los requisitos legales de los artículos 3 LPH y 8 LH, ya que estaba fuera de toda duda que la cuota así expresada se refería a todo el inmueble y no solo a los elementos comunes.

[9] ESPÍN CANOVAS, D. (1978), p. 1053.

[10] En la misma línea, ECHEVARRÍA SUMMERS, F. (1999), p. 124.

[11] Sobre los problemas que plantea el cómputo de estas dos mayorías puede verse, GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. (2011).

[12] Para comprender la situación de propiedad horizontal con cuota transitoriamente indeterminada o no cuantificada puede resultar de interés traer a colación la situación que se produce en los supuestos de derechos subjetivos que no tienen todavía determinado a su titular o no se conoce aún su identidad. En estos casos, no puede hablarse de derechos sin sujeto porque no es posible la existencia de un derecho subjetivo sin titular, lo que sucederá, simplemente, es que nos hallaremos ante una situación interina en la que el titular está sin determinar o no se conoce pero existe. Este será, por ejemplo, el caso de la herencia yacente o el supuesto de las disposiciones patrimoniales realizadas en favor de una persona concebida pero no nacida (nasciturus). En la herencia yacente el heredero existe, lo que pasa es que esta transitoriamente desconocido o no es hallado, si el llamado no aparece siempre estará el Estado como heredero final (art. 956 del Código Civil). En el caso del *nasciturus* si bien cuando se produce la atribución patrimonial (donación o llamamiento hereditario) todavía el titular no existe, como en un orden normal de las cosas llegará a existir, en tanto se produce el tiempo de la gestación necesaria para que se verifique el nacimiento, que es el hecho que determina el comienzo de la personalidad del nacido (art. 29 del Código Civil) que entonces podrá ya, mediante la aceptación (a través de sus representantes legales), adquirir el derecho que se le atribuyó cuando todavía no había nacido, deben adoptarse una serie de medidas interinas dirigidas a favorecer su derecho (arts. 627, 965 y 966 del Código Civil). En el caso

de la propiedad horizontal sin determinación de cuotas las cosas son más sencillas, bastará con cuantificar la cuota para que todos los efectos que deba producir se desencadenen. El propio artículo 5 LPH admite la existencia de una propiedad horizontal en la que las cuotas todavía no han sido determinadas ya que contempla que su fijación pueda verificarse, entre otros modos, «por acuerdo de todos los propietarios *existentes*», es decir, que se acepta la existencia de la situación de propiedad horizontal, lo cual significa que deberá concurrir la correspondiente cuota de cada propietario, pero, sin embargo, todavía no está fijada en su porcentaje concreto, lo que deberán realizar los propietarios «existentes».

[13] Que es posible una propiedad horizontal sin que se haya otorgado el título constitutivo y sin que se hayan fijado las cuotas de participación se acepta pacíficamente en la doctrina. Por todos, FUENTES LOJO, J. V., (1978), 273 y GÓMEZ CALLE, E. (2011), p. 80.

[14] En la comunidad de bienes, se da preeminencia a las reglas de la autonomía privada sobre la regulación legal. Así lo evidencia el segundo párrafo del artículo 392 del Código Civil cuando dispone que «A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título».

[15] La exigencia de que todas las cuotas de participación sumen 100, sirve en muchas ocasiones en la práctica como un criterio para dilucidar si una determinada parte del edificio es elemento común o no, o si un determinado piso o local es elemento privativo de una propiedad horizontal o pertenece a otra. Así, por ejemplo, la STS de 15 de marzo de 1985 *(RJ* 1985, 1168) resolvió un asunto en el que se discutía si los sótanos de unos edificios eran elementos comunes (pertenecientes a las comunidades de propietarios demandantes) o, por el contrario, se trataba de elementos privativos pertenecientes a la demandada (una Cooperativa de Viviendas que había construido los edificios). Uno de los razonamientos que condujeron a que el Tribunal Supremo rechazase el recurso de casación formulado contra la sentencia que había estimado la demanda y declarado que los sótanos litigiosos eran elementos comunes, fue que las cuotas de todos los pisos en que se dividieron horizontalmente los edificios sumaban 100, razón por la cual los sótanos no podían ser elementos privativos ya que ni tenían asignada cuota en el edificio ni era posible que la tuvieran al estar ya alcanzada la suma de 100 de las cuotas de los pisos.

[16] Consideran, entre otros, que los criterios que señala el párrafo 2.º del artículo 5 LPH para la fijación de las cuotas son imperativos, ALBALADEJO, M. (2002), p. 417; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2012), p. 221; FUENTES LOJO, J. V. (1978), p. 281; GÓMEZ CALLE, E. (1992), pp. 1560 y 1563; LACRUZ BERDEJO, J. L. (2004), p. 420. Por su parte, ESCRIVÁ DE ROMANÍ Y DE OLANO, F. (1967), p. 1252, entiende que los criterios señalados en el artículo 5, párrafo 2.º de la LPH «son meramente orientadores y, por tanto, dispositivos».

[17] En la misma línea, ECHEVARRÍA SUMMERS, F. (1999), p. 125, considera que la enumeración legal «no debe interpretarse como la exclusión de cualquier otro índice de valoración, ya que cuando las circunstancias concurrentes revelen que otros factores imponen una clara diferencia en la valoración de los diferentes pisos o locales, deberán estimarse en la asignación de la cuota. A modo de ejemplo, pueden citarse los criterios de la luminosidad, la orientación, el volumen, la antigüedad (caso de ejercicio del derecho de sobreedificación), etc.»; también GÓMEZ MARTÍNEZ, C. y J. (1999), consideran que la enumeración del artículo 5 LPH no es en absoluto exhaustiva por lo que se podrán tener en cuenta otros criterios de valoración. Igualmente, VENTOSO ESCRIBANO, A. (2007), p. 325, afirma que «A nuestro juicio, tales criterios no son los únicos a ponderar y, de otro lado, pueden tener un distinto significado en atención a las circunstancias».

[18] Lo que decimos en el texto se confirma si atendemos a los antecedentes de la LPH, ya que el artículo 396 del Código Civil, en la redacción que le dio la Ley 26 de octubre de 1939, que fue la que instaura en nuestro Derecho el concepto moderno de la propiedad horizontal como institución alejada de la copropiedad ordinaria, establecía expresamente, en la línea de lo que dispone el artículo 393 del mismo cuerpo legal, que «Las partes en copropiedad no son, en ningún caso, susceptibles de división y, salvo pacto, *se presumen iguales*». Por el contrario, la LPH abandona este criterio supletorio de la igualdad de cuotas, precisamente, porque quiere que cada piso tenga la cuota que le corresponda en función de sus condiciones objetivas.

[19] En el ámbito de la valoración catastral, es frecuente que a la hora de fijar la superficie computable de cada uno de los elementos privativos de la propiedad horizontal se tenga en cuenta como superficie de cada piso o local junto a la superficie útil privativa o exclusiva de cada piso o local propiamente dicha, una determinada superficie de los elementos comunes (espacio del descansillo de la planta en la que se ubica el piso, un porcentaje de la superficie del portal, etc.). Sobre esta cuestión puede verse el artículo 6.2.a) del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario *(BOE* del 8 de marzo).

[20] GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. (1999), p. 34.

[21] En relación con el principio de igualdad y con el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional tiene declarado que el artículo 14 CE reconoce un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que limita a los poderes públicos y les obliga a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. Razón por la cual, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. De esta suerte, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato es necesario que las consecuencias jurídicas que se deriven de la diferenciación sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En suma, el principio de igualdad en la Ley no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad, correspondiendo al que alegue la legitimidad constitucional de la diferencia de trato la carga de razonar y fundamentar su justificación. En esta línea se pronuncian, entre otras, las SSTC 22/1981, de 2 de julio, 184/1990, de 15 de noviembre, 110/1993, de 25 de marzo, 39/2002, de 14 de febrero, y 41/2013, de 14 de febrero.

[22] La igualdad esencial del derecho de todos los propietarios que integran la propiedad horizontal es la que, probablemente, justifica con mayor acierto la propia denominación de esta forma especial de propiedad inmobiliaria que, al calificarse de «horizontal», pone el acento en la idea de que las titularidades jurídicas de todos los propietarios se hallan inicialmente en el mismo plano de igualdad u «horizontalidad». Una manifestación de que, institucionalmente, la ley ha querido que el derecho de los propietarios sea igual e idéntico para todos los titulares de la propiedad horizontal es que para la aprobación de los acuerdos comunitarios, conforme al sistema de la doble mayoría, para alcanzar la mayoría personal o de cabezas el voto personal de cada propietario tiene el mismo valor, sin perjuicio de que, para obtener la mayoría patrimonial o de intereses haya que estar ya al valor de la respectiva cuota de cada propietario.

[23] Como es sabido, en la propiedad horizontal el contenido del derecho de cada propietario está integrado por dos derechos indisolublemente unidos: el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre el piso privativo y el derecho de copropiedad sobre los elementos comunes que lleva inherente la titularidad de la propiedad separada, siendo lo principal el piso privativo y lo accesorio, los elementos comunes, que se hayan vinculados al piso por una relación de accesoriedad jurídica, razón por la cual no pueden ser enajenados, gravados o embargados de forma independiente o separada de la parte privativa de la que son un «anejo inseparable» (arts. 396 del Código Civil y 3 LPH).

[24] Como ya hemos visto anteriormente, junto a la resolución judicial la revisión de las cuotas inicialmente establecidas también podrá realizarse mediante laudo arbitral, cuando los propietarios hayan decidido voluntariamente que la discrepancia surgida entre ellos por esta cuestión sea resuelta sometiéndose al oportuno arbitraje, en cuyo caso, quedará excluida la vía judicial.

[25] En la doctrina, el criterio mayoritario parece inclinarse por la tesis de que, en ausencia de acuerdo unánime de todos los propietarios, debe prevalecer la inalterabilidad o invariabilidad de las cuotas establecidas, salvo que concurran circunstancias excepcionales que autoricen su revisión o rectificación por resolución judicial. Así, BATLLE VÁZQUEZ, M. (1973), p. 87, afirma que la alteración de las cuotas es un remedio «excepcional y debe ser manejado con singular prudencia por los juzgadores y solo para los casos raros de manifiesta iniquidad y referido a las valoraciones iniciales, puesto que las ulteriores, por alteraciones o modificaciones de los pisos o locales, tienen un diferente tratamiento»; ECHEVARRÍA SUMMERS, F. (1999), p. 126, considera que «la ley, al señalar una serie de criterios a tener en cuenta en la concreta asignación de cuotas, parece oponerse a su fijación arbitraria, por lo que la conclusión es que las cuotas de participación fijadas en el título constitutivo pueden impugnarse siempre que se estime que son manifiestamente inequitativas, correspondiendo a aquel que lo alegue la prueba del carácter injustificado de la atribución», precisando que «sin embargo, esta alteración judicial solo debe aplicarse en circunstancias excepcionales que lleven al desequilibrio de las prestaciones o a una excesiva onerosidad sobrevenida de las cuotas; de lo que se deduce que, por lo general, regirá el principio *pacta sunt servanda,* exigiéndose para su modificación del acuerdo unánime de los propietarios (v. art. 17 LPH)»; VENTOSO ESCRIBANO, A. (2007), Tomo I, p. 328, estima que la impugnación de las cuotas solo debe admitirse en supuestos excepcionales, para los casos de arbitrariedad que produzca diferencias significativas o en los casos de error.

En el plano jurisprudencial, puede citarse la SAP de Madrid (Sección 13.ª) de 23 de mayo de 1995 que confirmó la sentencia apelada que había estimado la demanda y había declarado la nulidad de las cuotas inicialmente establecidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal y las había sustituido por otras, con la siguiente motivación: *«… comparte este Tribunal el criterio del Juzgado de procedencia según el cual, en supuestos excepcionales en los que la determinación de las cuotas de participación de los distintos pisos y locales no responda a los criterios previstos al efecto en el segundo párrafo del antedicho artículo 5 y provoque en alguno de los miembros de la comunidad una situación contraria a la equidad, no puede prevalecer la notoria injusticia que ello comporta sobre la indefensión que para tales propietarios supondría la imposibilidad de obtener el acuerdo unánime exigido por el artículo 16.1. En tales casos, el propietario del piso o local que se considere perjudicado por la participación en las cargas y beneficios de la comunidad que le supone la aplicación de la cuota vigente al amparo del título constitutivo, no puede ser privado del derecho a obtener la tutela judicial efectiva —proclamado por el artículo 24.2 (sic) de la Constitución Española— sirviéndose para ello del oportuno juicio declarativo. Y no obsta a lo anterior la alegación de los apelantes según la cual tal posibilidad comprometería la seguridad jurídica, pues esta —aunque garantizada por la propia Constitución Española en su artículo 9.3— no puede alzarse sobre el principio de legalidad, recogido en el mismo precepto constitucional, ni el de justicia que se contempla en al artículo 1 de nuestra Carta Magna como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. A mayor abundamiento se ha de tener en cuenta que, admitiendo el artículo 5, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Horizontal la posibilidad de que por resolución judicial se fije en el título constitutivo la cuota de participación —en el caso de que no se haya hecho por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos o por acuerdo de todos los propietarios existentes— nada impide que igualmente por resolución judicial se pueda modificar dicho título en los supuestos de que no se alcance la unanimidad exigida por el artículo 16.1.º del repetido Cuerpo Legal. Así las cosas, en el caso que nos ocupa se ha probado que el régimen de propiedad horizontal fue constituido el día […] mediante escritura pública otorgada por los dueños del*

inmueble […], teniendo en cuenta unas medidas de superficie que no se ajustaban a las reales y sin especificar criterio alguno por el que se fijaban los porcentajes de participación de los diferentes pisos y locales. También se ha acreditado documentalmente […] que en la misma Notaría, en igual fecha y mereciendo el siguiente número de protocolo, el padre del demandante […] compró el local comercial identificado con el núm. 2 de aquella casa, de donde no cabe inferir —no habiéndose demostrado por ninguna otra prueba— que la parte actora tuviese conocimiento de las cuotas de participación que se habían establecido en el referido título constitutivo antes de adquirir el antedicho local. Por último, no ignora esta Sala que el artículo 5, párrafo segundo de la Ley de Propiedad Horizontal prevé que la cuota de participación se establezca atendiendo no solo a la superficie de los distintos pisos y locales —criterio preferencial seguido en el informe pericial obrante en autos […] aunque no fue el único […]— sino también teniendo en cuenta otras consideraciones tales como su emplazamiento interior o exterior, su situación y el uso que racionalmente se presuma que va a efectuar de los servicios o elementos comunes, ahora bien, comparando los porcentajes establecidos en el título constitutivo y en el informe pericial antedicho, se advierte que el primero se basó en una superficie irreal y en otras consideraciones desconocidas, mientras que el segundo se funda en mediciones auténticas del inmueble y en otros factores previstos en el antedicho precepto de la Ley 49/1960, de 21 de julio, considerando además que este último porcentaje más equitativo que el primero para determinar la participación del actor en los gastos y beneficios de la Comunidad de Propietarios. Finalmente decae la alegación de la parte recurrente según la cual el ejercicio de la acción resulta extemporáneo y contrario a los propios actos del actor en cuanto el mismo —y su padre como anterior propietario del local— han consentido el actual coeficiente durante años pues, de la prueba documental aportada […] así como de la confesión judicial de D.ª. […] se deduce que fueron reiterados los intentos amistosos del actor y su padre encaminados a obtener la modificación de su cuota de participación acudiendo para ello al cauce ordinario cual es dejando constancia de su pedimento en sucesivas Juntas de Propietarios, lo cual impide que la Comunidad de Propietarios pueda aducir que desconocía las pretensiones de aquellos y que la presente actuación judicial crea incertidumbre al respecto». Un comentario a esta sentencia puede verse en GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., 1996 y 1995.

[26] Aunque lo normal es que las cuotas se fijen al tiempo del otorgamiento del título constitutivo, también puede ocurrir que se haya constituido o nacido la propiedad horizontal sin que se hay otorgado el título constitutivo *formal* del artículo 5 LPH [propiedad horizontal de hecho del art. 2.b) LPH] o, más raramente, que habiéndose otorgado el título constitutivo no se hubieran incluido en él las cuotas de participación de cada piso. En estos casos, las cuotas se habrán fijado, como señala el párrafo 2.º del artículo 5 LPH, en un momento posterior al otorgamiento del título constitutivo o del nacimiento de la propiedad horizontal «por acuerdo de todos los propietarios *existentes*».

[27] En la técnica registral la modificación de las entidades hipotecarias o fincas registrales puede llevarse a cabo mediante cuatro operaciones registrales distintas («división», «segregación», «agregación» y «agrupación», *vid*. arts. 45 a 48 RH), de modo que la *división* de fincas es aquella operación registral por la cual se cierra el folio abierto a una finca inscrita a causa de fragmentarse en su totalidad en dos o más porciones con las que se forman nuevas fincas que abren el correspondiente folio registral, mientras que la *segregación* implica que a una finca registral se le separa un trozo con el que se crea una nueva finca, que como tal abrirá el correspondiente folio registral o el trozo segregado se añade a otra finca ya existente (*agregación*), pero de forma que la finca a la que se le separa o segrega un trozo sigue existiendo y conservando su folio registral, siendo la *agrupación* aquella operación por la cual dos o más fincas independientes, que como tales cuentan con su propio folio registral abierto, se unen para formar otra finca nueva que, como tal abre folio registral, dando lugar al cierre de los folios abiertos a las fincas agrupadas. Dejando al margen estos conceptos estrictamente registrales, empleamos la terminología vulgar o común de «unión» o «división» de pisos, de modo que hablamos de división material de un piso para referirnos a aquellos

casos en los que un piso se parte o fragmenta (divide) para formar dos o más pisos nuevos independientes, y de unión material de pisos para expresar el supuesto en el que dos o más pisos se suman (unen) para conformar un único piso independiente. En el plano registral, a fin de conservar en lo posible las originarias fincas independientes creadas al constituir el régimen de la propiedad horizontal, estas alteraciones de los pisos originarios se realizaran acudiendo, en el caso de la división material, a la operación de la segregación, ya que el folio abierto al piso originario se conservará y se abrirá otro folio registral para albergar el nuevo piso creado con el trozo separado o segregado, igualmente, cuando lo que se realice sea la unión de dos (o más) pisos, registralmente, esta operación se llevará a cabo mediante la agregación a uno de los pisos en presencia del otro u otros pisos que se le añaden, de modo que se mantendrá el folio del piso al que se agregan los demás y se cerrará el folio abierto a los pisos agregados.

[28] Nótese como la redacción de este artículo está todavía anclada en la vieja concepción de la cuota como una simple expresión de la participación del piso en los elementos comunes, frente al nuevo concepto de la cuota de participación como un porcentaje que representa el valor proporcional de cada piso o local en la totalidad del inmueble y no solo en las cosas comunes, que es el que instaura la LPH (1960). En todo caso, debe destacarse, para justificar los términos en que está redactado el artículo 16.2 RH que se trata de una norma anterior a la vigencia de la LPH (1960).

[29] El supuesto de desafectación de un elemento común puede también tener otras variantes. Así, cabe que el elemento común objeto de la desafectación no se convierte en un nuevo piso independiente que se enajena a un tercero sino que, por el contrario, su superficie se añade o agrega, en su totalidad o en parte, a uno o a varios de los pisos existentes. En este caso, puede ocurrir que no se modifiquen las cuotas del piso o pisos a los que se agrega o añade, o que se modifiquen las cuotas de los pisos que resultan favorecidos aumentando sus cuotas originales en atención al aumento de superficie que reciben por la adición del espacio común desafectado lo que, lógicamente, exigirá modificar también las cuotas de los restantes pisos a fin de que sumadas todas las cuotas sigan dando 100. También es posible que el elemento común desafectado se enajene a un tercero y salga definitivamente de la comunidad (por ejemplo, lo desafectado es un terreno adyacente al edificio que puede separarse de la propiedad horizontal), en este caso no sería necesario alterar las cuotas existentes.

[30] A nuestro juicio, la doctrina establecida por la citada resolución de 5 de mayo de 1970 *(BOE* del 4 de junio), no resulta acertada ya que desafectar un elemento común (piso del portero), convertirlo en un nuevo piso o elemento privativo, lo que exige atribuirle la correspondiente cuota con la consiguiente modificación (reducción) de todas las cuotas de los pisos y locales del edificio, supone un acto de disposición sobre el régimen de la propiedad horizontal que excede de la competencia de la Junta de propietarios y solo debería realizarse con el consentimiento individualizado de todos los propietarios ya que afecta al contenido esencial del derecho de propiedad de cada propietario. En esta línea se pronunciaron, entre otros, CAMY, B. (1970) y CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la (1973), pp. 148-149. No obstante, la gran frecuencia con la que esta doctrina registral se aplica en la práctica, permite afirmar que esta plenamente consolidada en los usos notariales y registrales por lo que discutir hoy su viabilidad teórica o dogmática resulta ya improcedente.

[31] Sobre esta Resolución puede verse el comentario de GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. 1999, pp. 26-36.

[32] Hoy, tras la reforma operada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, el acuerdo unánime ya no será siempre necesario y cabe la modificación de las cuotas «de acuerdo con lo establecido en los artículos 10 y 17 de esta Ley» (LPH).

[33] Ya ESPÍN CANOVAS, D. (1978), p. 1063, había advertido la excepcionalidad de la alteración de las cuotas inicialmente establecidas al afirmar que «(s)alvo estos supuestos excepcionales (se está refiriendo a los regulados en los arts. 3, 8 y 12 LPH) en que la alteración física del edificio impone una congruente alteración en las cuotas, puesto que se altera el punto de referencia al edificio en su totalidad, la cuota es una relación inalterable de cada

piso o local respecto del edificio, que al formar parte del título constitutivo no puede ser variada más que por un acuerdo unánime de los codueños».

[34] La distinción entre estos dos tipos de actos se reconoce, entre otras, en las resoluciones de 23 de mayo de 2001 *(RJ* 2001, 4804); 12 de diciembre de 2002 *(RJ* 2003, 2171); 4 de marzo de 2004 *(RJ* 2004, 2382); 31 de marzo de 2005 *(RJ* 2005, 3530); 19 de abril de 2007 *(RJ* 2007, 3396) y 27 de diciembre de 2010 *(RJ* 2011, 1327).

[35] En la misma línea, CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la (1973), p. 149, afirmaba que «es indudable que la junta carece de facultades para proceder a la enajenación o gravamen de todo el edificio en su conjunto. El consentimiento de la totalidad de los copropietarios será, por supuesto, indispensable».

[36] La resolución de 19 de abril de 2007 *(RJ* 2007, 3396) afirma al respecto «que las modificaciones de la cuota, en tanto en cuanto afecten al contenido esencial del derecho de dominio, habrán de realizarse con el consentimiento individual y singular de todos los propietarios afectados, en escritura pública, a falta de una norma en que la Ley atribuya expresamente a la Junta de Propietarios competencia para ello». Por su parte, la resolución de 27 de diciembre de 2010 *(RJ* 2011, 1327), declaró que «la modificación de la cuota, en tanto en cuanto afecta al derecho individual de cada uno de los propietarios de los pisos o locales, requiere el consentimiento individualizado y singular de los propietarios afectados, prestado en la escritura correspondiente». En la misma idea, la resolución de 11 de octubre de 2001 *(RJ* 2002, 7921) ya había exigido el consentimiento de los propietarios para la modificación de las cuotas en su día establecidas.

[37] De esta acertada regla general, sin embargo, estaría excluido el supuesto en el que la modificación de las cuotas es consecuencia de la desafectación de un elemento común (vivienda del portero) para su conversión en un nuevo elemento privativo, lo que exigirá la fijación de una cuota para el nuevo piso creado y la consiguiente reducción de las cuotas de todos los pisos del edificio a fin de que sumadas todas las cuotas (las de los antiguos pisos y la cuota asignada al nuevo piso creado) sumen 100. La razón no es otra que el mantenimiento de la errónea doctrina registral que se inició con la Resolución de 5 de mayo de 1970 que, evidentemente, contradice esta regla general, como ya hemos apuntado anteriormente.

[38] En la doctrina, GÓMEZ CALLE, E. (1992), p. 1561, ya había apuntado certeramente este criterio al considerar que la fijación de nuevas cuotas no es una decisión que corresponda a la Junta de propietarios, ya que compete exclusivamente a los propietarios individualmente considerados cuando afirma que «la determinación de la cuota queda dentro de la esfera de decisión de cada propietario, sin que ningún otro condueño pueda fijarla por él (ni aún para el caso de que este no se manifieste en contra de la fijada por aquel): es algo que, en realidad, queda fuera de las materias que pueden ser objeto de acuerdo, entendiendo este como decisión de la Junta como órgano de la Comunidad; cosa distinta de esto es mantener —como pretendemos— que en la fijación de las nuevas cuotas deben intervenir expresamente todos y cada uno de los propietarios, porque solo cada uno de ellos puede decidir en lo que afecta directamente a su propiedad privativa; se llega así a la conclusión de que es preciso un acuerdo unánime pero —insistimos— no como expresión de la voluntad de un órgano comunitario, sino como la suma de las voluntades de cada uno de los propietarios individuales; de ahí que consideremos inaplicables en este ámbito el régimen de la cuasi-unanimidad».

[39] Sobre los requisitos y efectos del voto presunto puede verse, GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. (2009).

(Trabajo recibido el 7-1-2015 y aceptado para su publicación el 6-2-2015)

Derecho de atribución preferente de acciones y participaciones sociales*

The preferential allotment right of shares and other equity interests

por

MARÍA TERESA MARTÍN MELÉNDEZ
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Valladolid

RESUMEN: El presente trabajo tiene por finalidad realizar unas reflexiones sobre el derecho de atribución preferente sobre acciones y participaciones sociales dentro de la partición de la comunidad postganancial, lo cual requiere justificar que este derecho puede tener tal objeto y concretar en qué condiciones existirá y podrá ser ejercitado. No obstante, para conseguir tal objetivo, se hace también preciso referirse a ciertas cuestiones de carácter más general pero que deben ser previamente resueltas porque determinarán el enfoque y las soluciones que podamos dar a los problemas inicialmente planteados. Por esta razón, en una primera parte se aborda el concepto, finalidad, requisitos subjetivos y objeto de la atribución preferente del artículo 1406.2 del Código Civil y, en una segunda, la atribución preferente de las acciones y participaciones sociales, distinguiendo entre tipos de sociedades.

* Este estudio, cerrado el 15 de abril de 2015, es fruto del Proyecto de Investigación subvencionado por la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León (referencia Tipo A, VA028A09), titulado: «La sucesión mortis causa de la empresa familiar en Castilla y León. Problemas que plantea», del cual la autora fue investigadora principal.

ABSTRACT: This paper aims to raising some reflections concerning the preferential allotment right of shares and other equity interests, in the context of an after marriage community property separation. To do so, it shall be indeed required to justify the applicability of such a right for this object, together with those conditions under which the right happens to exist and therefore, could be exercised. Nevertheless, in order to reach this goal, it will be certainly needed to refer to certain broader issues that must be previously addressed, since they shall lead us to the kind of approach and solutions we can take in order to handle the initially raised problems. In these regards, the first part of the document focuses on the concept, purpose, subjective requirements and object of the preferential allotment as included in a. 1406, No. 2 del Código Civil (Spanish Civil Code) while on the second part, the focus shifts towards the preferential allotment of shares and/or other equity interests, stating the difference among the various types of societies legal forms.

PALABRAS CLAVE: Sociedad de gananciales. Comunidad postganancial. Partición. Derecho de atribución preferente. Explotación. Cónyuge. Heredero. Sociedad. Acciones. Participaciones.

KEY WORDS: Marriage community property. After marriage community property. Separation. Preferential allotment right. Enterprise. Spouse. Heir. Society. Shares. Equity interests.

SUMARIO: I. EL DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE DEL ARTÍCULO 1406.2 DEL CÓDIGO CIVIL. 1. CONCEPTO, NATURALEZA Y FINALIDAD. 2. ASPECTO SUBJETIVO: LA GESTIÓN EFECTIVA: *A) Condición de cónyuge y oponibilidad de la cualidad de gestor: ¿puede ser titular del derecho de atribución preferente un heredero? B) Gestión efectiva de la explotación.* 3. ASPECTO OBJETIVO: LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA.—II. LAS ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES COMO OBJETO DE DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE. 1. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 1406.2 DEL CÓDIGO CIVIL A LAS ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES. 2. REFERENCIA ESPECÍFICA A LOS DISTINTOS TIPOS DE SOCIEDADES: *A) Generalidades. B) Derecho de atribución preferente en las sociedades de personas:* a) Derecho de atribución preferente de las participaciones de la Sociedad Colectiva. b) Derecho de atribución preferente de las participaciones de la Sociedad Comanditaria Simple. *C) Derecho de atribución preferente en las sociedades de capital:* a) Derecho de atribución preferente de las acciones de la Sociedad Anónima. b) Derecho de atribución preferente de las participaciones de la Sociedad de Responsabilidad Limitada.—III. CONCLUSIONES.

I. EL DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE DEL ARTÍCULO 1406.2 DEL CÓDIGO CIVIL

1. Concepto, naturaleza y finalidad

El derecho de atribución preferente podemos definirlo como modalidad de la partición de la comunidad postganancial (a la que se refieren los arts. 1406 y 1407 del Código Civil) que concede a su titular la facultad de concretar total o parcialmente el contenido de su lote, decidiendo la inclusión con preferencia en el mismo, de ciertos bienes de carácter ganancial con los que tiene una vinculación especial. Estamos, por tanto, en cuanto a su naturaleza, ante un derecho potestativo o de configuración jurídica (LACRUZ, 1989, 536; DE LOS MOZOS, 1984, 511; GARRIDO DE PALMA, 1985, 16 y 17; RAMS ALBESA, 1985, 1060 y sigs.) constitutivo de una excepción al principio de igualdad cualitativa de los lotes del artículo 1061 del Código Civil que resulta aplicable a la partición de la comunidad postganancial como consecuencia de la remisión del artículo 1410 del Código Civil a las normas sobre liquidación y partición de las herencias (MONTERO, 2014, 508). Por otra parte, el fin de estos derechos, según puso de manifiesto DÍEZ-PICAZO (1984, 1801) seguido después por la generalidad de la doctrina, es «satisfacer intereses personales o de afección que el ordenamiento jurídico considere dignos de tutela y que podrían verse gravemente lesionados con una partición que fuera formalmente igualitaria»[1].

Pues bien, entre los bienes gananciales que un cónyuge tiene derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, está «la explotación que hubiera gestionado efectivamente», a la que se refiere el artículo 1406, núm. 2 del Código Civil[2], y en este caso, el fin del derecho de atribución preferente, es decir, el interés personal o de afección a proteger a que antes nos referíamos, será el interés del cónyuge en la continuación del ejercicio de la empresa o, dicho de otra manera (utilizando las palabras del propio art. 1406, núm. 2 del Código Civil), el interés en continuar dedicándose a la gestión efectiva de la explotación, lo que no es más que facilitarle continuar con su trabajo tal y como hasta entonces lo estaba haciendo (MORALEJA IMBERNÓN, 2006, 1670; RAGEL SÁNCHEZ, 2012, 1410)[3]. No obstante, otro interés que puede tenerse en cuenta a la hora de resolver los distintos problemas que se planteen, conforme a una interpretación de las normas adecuada a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3 del Código Civil), es el de mantener la unidad indivisa de la explotación, pero creemos que este siempre ha de estar supeditado a la consecución del fin primeramente indicado que, en nuestra opinión, es el primordialmente perseguido por el legislador[4], el cual ha atendido más a la situación personal del cónyuge concreto, que a los efectos que puedan tener las disoluciones de las sociedades de gananciales en las que exista una empresa

ganancial, en la economía general. Todo ello no obsta a que, muchas veces, la atribución preferente impida, de forma refleja, la división de la explotación.

2. Aspecto subjetivo: la gestión efectiva

A) Condición de cónyuge y oponibilidad de la cualidad de gestor: ¿puede ser titular del derecho de atribución preferente un heredero?

El artículo 1406 del Código Civil exige expresamente que el titular del derecho de atribución preferente en cualquiera de los supuestos que detalla, sea uno de los esposos integrantes del matrimonio cuya sociedad de gananciales se está liquidando, concretamente, en el caso de su número 2, el que cumpla el requisito de gestionar y haber gestionado efectivamente la explotación. La preferencia en la adjudicación que determina el derecho de atribución preferente a favor de su titular, implica que solo uno de los esposos cumple el requisito exigido por cada número del precepto, pues solo se puede justificar la preferencia de uno frente al otro si uno puede oponer al otro que mientras él cumple tal requisito, el otro no. De este modo, tal falta de oponibilidad excluirá la existencia de derecho de atribución preferente alguno cuando los dos, en nuestro supuesto, gestionaran efectivamente la explotación en pie de igualdad (FONSECA, 1986, 117; DÍEZ BALLESTEROS, 1997, 425 y 426). No obstante, en caso de que la disolución de la sociedad de gananciales se hubiese producido a causa del fallecimiento de uno de los dos esposos gestores o su muerte hubiera tenido lugar después de la disolución pero antes de que se hubiese llevado a cabo la liquidación, aunque los dos esposos se hubieran dedicado a la gestión efectiva de la explotación, el supérstite podrá ejercer su derecho de atribución preferente frente a los herederos del premuerto (DÍEZ-PICAZO, 1984,1802; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, 262; MARTÍNEZ SANCHIZ, 1986, 296; DÍEZ BALLESTEROS, 1997, 426; PÉREZ GARCÍA, 2012, 1198)[5]. Además, si solo uno de los esposos era gestor efectivo y no el otro, el derecho de atribución preferente que podría haberle correspondido al primero no se transmite a sus herederos ya que el artículo 1406 del Código Civil exige que el adjudicatario preferente sea quien gestione (y haya gestionado) efectivamente la explotación, para que él mismo, y no otro, sea quien siga gestionándola, otorgándole así un carácter personalísimo que impide tal transmisión; aparte de esto, si la disolución tiene lugar por muerte del gestor, este no habrá llegado a adquirir tal derecho, con lo cual nada podrá transmitir.

Ahora bien, cabe que quien haya gestionado efectivamente la empresa haya sido un heredero, ya solo, ya junto con uno de los esposos, en cuyo caso se ha planteado si este heredero podría ser titular del derecho de atribución preferente. En nuestra opinión, común a buena parte de la doctrina (MARTÍNEZ

SANCHÍZ, 1986, 292 y 293; DÍEZ-PICAZO, 1984, 1801; FONSECA, 1986, 18; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1989, 307 y 308; GARCÍA URBANO, 1993, 797; GUILLÉN CATALÁN, 2011, 1156; REBOLLEDO VARELA, 2013, 9937 y 9938; discutible lo considera DÍEZ BALLESTEROS, 1997, 416 y 417, nota 73) ha de rechazarse que, incluso en estas circunstancias, los herederos puedan llegar a ser titulares de tal derecho, estimando nosotros que es así por tres razones: 1. El artículo 1406 del Código Civil solo se refiere a los cónyuges, sin mencionar a los herederos; 2. La finalidad del precepto es, como ya hemos dicho repetidamente, el mantenimiento del cónyuge beneficiario del derecho de atribución preferente en su ocupación al frente de la explotación, evitando que la disolución de la sociedad de gananciales de la que él ha sido titular, le afecte negativamente en este aspecto o lo haga lo menos posible; 3. Los derechos de atribución preferente suponen excepciones al principio de igualdad cualitativa de la partición que ha de guiar esta, según se desprende de la remisión del artículo 1410 del Código Civil al derecho de sucesiones y, por consiguiente, aunque pueden ser objeto de interpretación extensiva cuando así lo requiera el espíritu y el fin de la norma, no pueden ser aplicados analógicamente a otros supuestos distintos de los previstos.

No obstante, creemos que hay que distinguir entre varios supuestos pues en unos la solución parece más clara que en otros. Así, no hay duda respecto a la inexistencia de derecho de atribución preferente a favor del cónyuge no gestor pero futuro causante del hipotético heredero que gestione efectivamente la explotación, puesto que tal circunstancia ha de darse personalmente en quien pretende ser titular del derecho de atribución preferente. Tampoco la hay sobre la inexistencia de tal derecho en favor del futuro heredero que gestionó y gestiona efectivamente la explotación si aún vive su hipotético causante, dado que aquel no tiene ningún derecho a que se le atribuyan bienes comunes por no ser cotitular de los mismos y, por tanto, no ser sujeto de la partición. Sin embargo, la incertidumbre puede suscitarse más vivamente cuando la disolución de la sociedad de gananciales tiene lugar por muerte de un esposo[6], causante del heredero gestor, siendo el viudo ajeno a la gestión de la sociedad, pues entonces el heredero gestor pasa a ser sujeto de las operaciones particionales. De este modo, encontramos autores que han defendido que en esos supuestos el heredero pueda ser titular del derecho de atribución preferente. Es el caso RAMS ALBESA (1985, 753, 756 a 758), según el cual los derechos de atribución preferente en general, como excepción al principio de igualdad cualitativa de la partición, solo deben interpretarse restrictivamente en cuanto a la exigencia del nexo entre sujeto y objeto atribuible, anterior y coetáneo a la partición, de modo que la estabilidad del adjudicatario dependa de la atribución, pero este rigor restrictivo no debe aplicarse ni a las personas reconocidas como posibles adjudicatarios, ni a las cosas susceptibles de atribución preferente, razón por la que los derechos de atribución preferente podrán extenderse tanto a los

herederos del cónyuge premuerto que cumplan los requisitos exigidos, como a los bienes que por su naturaleza o función jueguen el mismo papel que los que enumera el artículo 1406 del Código Civil; descarta este autor que puedan extenderse los derechos de atribución preferente a los herederos en los supuestos de los números 1 y 4, del artículo 1406 del Código Civil por su proyección personalista, pero en su opinión sí cabrá tal extensión en los supuestos de los números 2 y 4, de dimensión profesional, si bien para ello los herederos tienen que ser ellos mismos particionarios (pues la atribución preferente es una operación particional), y no simples interesados en la partición, y el nexo que debe mediar entre atributario y objeto debe darse en cabeza del particionario a título propio[7]; con esta interpretación, continúa, se consigue favorecer la colaboración de los hijos mayores en el negocio o la hacienda consorcial y, además, es la concorde con el origen de la institución: posibilitar el mantenimiento de la función aglutinante de la familia que tiene la explotación agrícola familiar. Por nuestra parte hemos de decir que aunque esta tesis nos parece atractiva no nos termina de convencer pues, dejando al margen los supuestos de los números 1 y 4 del artículo 1406 del Código Civil, en los que, dado su objeto, el sujeto favorecido ha de ser necesariamente un esposo, pensamos que tratándose de la explotación ganancial o el local profesional, los requisitos exigidos por el artículo 1406 del Código Civil en sus números 2 y 3 sirven para justificar una preferencia para ser adjudicatario de dichos bienes solo cuando los dos sujetos que pueden pretender la inclusión en su lote son o han sido cónyuges; entonces, partiendo de que ambos tienen esta misma condición, lo que da a uno primacía sobre el otro es haber gestionado efectivamente la explotación o haber ejercido la profesión en el local. Frente a ello, cuando uno de los sujetos de la partición es un heredero y el otro un cónyuge, ya no partimos de dos sujetos de igual condición entre los que solo pueda discriminarse legalmente por razón de la actividad llevada a cabo, sino ante dos sujetos esencialmente diferentes (cónyuge / heredero), tanto desde el punto de vista de su condición personal (lo que es evidente), como desde la perspectiva patrimonial, puesto que uno ya era titular de la explotación ganancial junto con el causante, antes de su muerte y, además, participó, al menos a través de su titularidad sobre los bienes gananciales utilizados, en la fundación o adquisición y mantenimiento de la explotación ganancial, mientras que el otro, es decir, el heredero gestor, no; e igualmente, mientras que el esposo no gestor directamente hizo suyos, junto con el cónyuge gestor, los beneficios de la empresa (art. 1347, núm. 1 y 2 del Código Civil), el heredero por mucho que participara en la gestión de esta, habrá obtenido por ello una simple contraprestación por mediación de la voluntad del esposo gestor. Aparte de estas consideraciones, podemos alegar en favor de nuestra postura que la Ley 7/2003, de 1 de abril, *de la sociedad limitada Nueva Empresa*, a pesar de dar nueva redacción a varios preceptos del Código Civil en sede de derecho de sucesiones, no aprovecha la modificación

del artículo 1406 del Código Civil, para extender el derecho de atribución preferente a los herederos. Y aún podemos añadir algo más significativo: esta Ley modifica el artículo 1056, p. 2 del Código Civil y sigue haciendo depender de la voluntad expresa del causante el que la explotación económica vaya a parar a determinados herederos, sin ofrecer a los que hubieran gestionado la empresa junto al testador ninguna preferencia para obtener la adjudicación de la misma[8], lo que nos permite concluir que si cuando la explotación es privativa del causante no se concede derecho de atribución preferente alguno a los herederos que la gestionaron junto con él, con más razón no se podrá reconocer derecho de atribución preferente alguno a dichos herederos si la explotación o empresa es ganancial y, por tanto, pertenece y pertenecía también (antes de la muerte del esposo gestor fallecido) al otro cónyuge (supérstite) junto al difunto. Por otra parte, la alusión que hace RAMS ALBESA (1985, 758) a la finalidad propia del derecho de atribución preferente de aglutinar a la familia en torno a la explotación, como justificación de que el heredero pueda ser beneficiario del mismo, es válida para el Derecho francés, pero no para el Derecho español, además de que en el Derecho francés el derecho de atribución preferente nace como institución del Derecho de sucesiones con el fin de evitar la división de las explotaciones (arts. 831 y sigs. del Código Civil), y de ahí pasa al Derecho de familia (arts. 1476 y 1542 Código Civil), mientras que en el Código Civil español, los derechos de atribución preferente aparecen directamente en la regulación de la liquidación de la sociedad de gananciales y, por tanto, en el Derecho de familia, no en el de sucesiones, en el que no existen. Por último, podemos añadir la argumentación que realiza MARTÍNEZ SANCHIZ (1986, 292), según la cual «la extensión subjetiva a los herederos del premuerto, se revela excesiva al prolongar una opción, y las consecuencias de unos hechos más allá de sus contornos, porque, finalmente, la doble cualidad de colaborador y heredero, habrá dependido de la sola voluntad del cónyuge titular o dirigente de la explotación».

Todo ello pone de manifiesto que ni el espíritu y ni la finalidad de la norma (que tan solo pretende favorecer a quien tiene la condición de cónyuge y fue titular de la masa ganancial que se liquida, para que siga al frente de la explotación que ya le pertenecía), ni el criterio sistemático (derivado de poner en relación del artículo 1406 del Código Civil con el Derecho de sucesiones y, en particular, con el art. 1056, p. 2 del Código Civil), únicos que permitirían sostener una interpretación extensiva[9] de la misma, juegan a favor de reconocer el derecho de atribución preferente a los herederos, con lo que defender tal solución supondría una aplicación analógica del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, excluida para las normas excepcionales[10] (y esta, lo es) que, por tanto, no puede aceptarse.

Por consiguiente, en nuestra opinión solo los cónyuges pueden llegar a ser titulares del derecho de atribución preferente del artículo 1406, núm. 2 del

Código Civil y, ante ello, la forma de conseguir soluciones óptimas para todos los implicados, distintas de las derivadas de la letra de la ley, es prever estas situaciones en los protocolos familiares (DOMÍNGUEZ REYES, 2013, 203 y sigs.) o en capitulaciones matrimoniales, ordenando la sucesión en la empresa familiar en el primer caso o pactando los cónyuges entre sí la inclusión de la explotación en el lote de uno de ellos y de otros bienes en el del otro, en el segundo. Fuera de esta vía, si quiere reconocerse un derecho de atribución preferente a favor del heredero gestor de la explotación ganancial en la liquidación de la sociedad de gananciales, habrá que esperar a que el legislador así lo establezca.

B) Gestión efectiva de la explotación

La reforma operada por la Ley 7/2003 en el precepto que estudiamos, sustituyó la expresión «que hubiera llevado con su trabajo», por «que gestione efectivamente», mucho más clara y rotunda. La primera, derivada de la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, fue interpretada en el mismo sentido en que estaba redactado el artículo 58.2 de la Compilación de Aragón, antecedente del artículo 1406 del Código Civil. Por tanto, «llevar con su trabajo» significaba «dirigir», y dado que quien tiene el derecho a la dirección de la empresa es el empresario, varios autores (GARRIDO DE PALMA y otros, 1985, 38 y 39; LÓPEZ SÁNCHEZ, 1983, 594; DÍEZ-PICAZO, 1984, 1802; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, 259 y 261. Contra: RAMS ALBESA, 1985, 785 y 786), entendieron que para poder ser titular del derecho de atribución preferente sobre la explotación ganancial, lo que el Código Civil reclamaba era que el esposo interesado fuera empresario. Pues bien, nosotros no creemos que pueda llegarse a esta conclusión, ya tomemos en consideración el concepto económico de empresario, ya su concepto jurídico, y ya partamos de la redacción anterior («que hubiera llevado con su trabajo»), o lo hagamos desde la actual («que gestione efectivamente») del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil.

Efectivamente, desde el punto de vista económico, empresario es «la persona que organiza la empresa, la dirige ejerciendo una función de autoridad sobre los que trabajan en ella y *asume los riesgos* que esa actividad implica, derivados en gran medida del hecho de que los bienes o servicios que produzca la empresa tengan aceptación o no en el mercado» (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2010, 98), mientras que al titular del derecho de atribución preferente lo único que se le exige es que organice y dirija la explotación, no que asuma personalmente los riesgos derivados de esa actividad. Desde el punto de vista jurídico, cabe decir algo parecido: empresario es «la persona física o jurídica (surgida normalmente de la constitución de una sociedad) titular de esa empresa, precisamente porque esa persona (natural o jurídica) es titular del

patrimonio con el que puede *responder del cumplimiento de las deudas* surgidas en el ejercicio de la actividad empresarial» o, más exactamente, «la persona física o jurídica que profesionalmente y en nombre propio ejercita la actividad de organizar los medios precisos para la producción o cambio de bienes o servicios para el mercado» (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2010, 100 y 102). Si tenemos en cuenta las notas características del concepto jurídico de empresario: actividad de organización, actividad profesional y actuación en nombre propio, resultará que el artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, exige expresamente solo la primera, e implícitamente, la segunda, pero no la tercera. Veamos:

— En cuanto a la actividad de organización, será titular del derecho de atribución preferente el cónyuge que organice y haya organizado los elementos personales y materiales necesarios para la producción de bienes y servicios, con vistas a la consecución de unos objetivos dentro del mercado, fijados por él (aisladamente o junto con otros), para lo cual determinará las relaciones que ha de tener la empresa con otras empresas o con terceros en general, o en otras palabras, decidirá lo que será la política de la empresa; esto es lo que exige expresamente el artículo 1406, núm. 2 del Código Civil cuando hoy habla de «gestión» y antes de «llevar con su trabajo»[11]. Se trata, por tanto, de dirigir la empresa, no de un trabajo personal sin más en la misma (REBOLLEDO VARELA, 2013, 9939), sin que ni siquiera baste el haber participado en su constitución[12]. De forma muy clara lo explica REYES LÓPEZ (2004, 177) cuando, refiriéndose a la expresión «hubiera llevado con su trabajo» de la redacción anterior, dice que equivale a dirigir la empresa y «hay que entender que dirige cuando asume las funciones de coordinación con los demás sectores empresariales en la fijación de la política económica-empresarial; la planifica, estableciendo un orden para el futuro desarrollo de la empresa y la organiza y controla según las dimensiones de la empresa»[13].
— Por lo que afecta a que la gestión efectiva ha de constituir una actividad profesional en el esposo que pretende ser titular del derecho de atribución preferente (RAMS ALBESA, J. / MORENO MARTÍNEZ, 2005, 691), es un requisito que se deriva del mismo fin de la atribución preferente que estudiamos: si de lo que se trata es de que el esposo que se dedica a la gestión empresarial no se vea afectado por la disolución del régimen de gananciales o por los avatares del matrimonio y pueda mantener su profesión, tal actividad ha de desarrollarla profesionalmente. Esto significa que ha de tratarse de una ocupación constante o, como dice el artículo 1 CCO, habitual, lo que implica que no cabrá derecho de atribución preferente si el esposo lleva a cabo tareas ocasionales, y

ha de constituir su ocupación principal (RAMS ALBESA, 1985, 788)[14], puesto que la de gestionar la explotación ha de ser su profesión, sin perjuicio de que pueda tener otras ocupaciones secundarias[15].

— Por lo que se refiere a la actuación en nombre propio, no lo requiere el precepto estudiado expresamente, ni puede deducirse de su finalidad. Solo se exige la realización efectiva y profesional de la actividad de gestión, y siendo ello perfectamente separable de la responsabilidad o la actuación en nombre propio, la cual no se menciona, ha de concluirse que no es exigencia del precepto. El esposo que (por figurar a su nombre la licencia fiscal, o la inscripción mercantil u otros documentos de carácter administrativo) aparezca como titular formal de la empresa ganancial, en los casos de empresa individual, será quien, frente a terceros, asumirá la responsabilidad de las deudas derivadas del ejercicio de la actividad empresarial, sea o no él quien gestione efectivamente la explotación, pero no por ello será titular del derecho de atribución preferente. El ser titular formal de la empresa puede ser un indicio de que se gestiona la misma, pero solo eso: el titular del derecho de atribución preferente será quien se pruebe que gestiona efectivamente, sea o no formalmente el cónyuge empresario. No obstante, hay que tener en cuenta que, siendo la empresa individual ganancial, aunque figure como titular formal un solo cónyuge y este no sea quien la gestione, el esposo gestor también, en cierto modo, asume el riesgo derivado de la empresa puesto que, aunque en principio no responda de las deudas de la misma con sus bienes privativos, responderán los bienes gananciales, conforme al artículo 1365, núm. 1 del Código Civil y además estas deudas serán carga de la sociedad, de acuerdo con el artículo 1362, núm. 2 del Código Civil. En el caso de empresa social, el empresario será la propia sociedad en cuanto persona jurídica, y la responsabilidad por las deudas de esta podrá llegar a afectar al patrimonio de los socios según el tipo de sociedad de que se trate, siendo de gran importancia resaltar que el no requerirse la condición de empresario para ser titular del derecho de atribución preferente, es precisamente lo que permite plantearse si este puede alcanzar o no a las acciones o participaciones sociales, pues de no ser así tendríamos que excluir de antemano esta posibilidad.

A corroborar estas conclusiones contribuye el adverbio «efectivamente» utilizado por la nueva redacción del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil: lo que se requiere es la realidad de la gestión, lo que, a su vez, implica que si el titular formal de la empresa no la gestiona *de facto,* por muy titular que sea, no tendrá el derecho de atribución preferente sobre la misma[16]. Esto no quiere decir que el esposo empresario que pretenda ser titular del derecho de atribución preferente no pueda servirse de colaboradores, sino que, aunque se

sirva de ellos, debe seguir ocupándose de la dirección y gestión de la empresa, cogestionándola (REBOLLEDO VARELA, 2013, 9940). Pues bien, esta afirmación ha de mantenerse incluso en los casos en que el empresario formal haya nombrado a un tercero factor o apoderado general (también llamado, director general), siempre que, como hemos dicho, mantenga su labor de dirección y control de la explotación. El factor es definido en el artículo 283 CCO como «el gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial por cuenta ajena, autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él, con más o menos facultades, según haya tenido por conveniente el propietario», sobreentendiéndose, en principio, que el factor está autorizado para el ejercicio de todos los actos que normalmente conciernen al negocio. Cabe que el esposo del titular formal de la empresa haya sido nombrado por este, apoderado con los más amplios poderes o que, tratándose de una empresa con forma social, aun siendo uno de los esposos administrador o miembro del consejo de administración (representación orgánica), el otro sea designado director general (representación voluntaria); si esto ocurre habrá que estar al caso concreto para ver hasta qué punto el empresario formal o el administrador, siguen gestionando y dirigiendo la empresa sin desentenderse de ello, para decidir si cumple o no el requisito de la gestión efectiva del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, puesto que si se produce un abandono, desentendimiento o dejadez en sus funciones por aquellos a favor del esposo, podrá ser este último el titular del derecho de atribución aunque no fuera el empresario formal. Se ha dicho (GARRIDO DE PALMA y otros, 1985, 40; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, 261; MARTÍNEZ SANCHIZ, 1986, 295)[17], en contra de que el esposo nombrado apoderado general por el cónyuge titular formal de la empresa pueda ser titular del derecho de atribución preferente, que el objetivo del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil es evitar que como consecuencia de la liquidación ocurra algo que constante la sociedad conyugal no podría depender de la voluntad del otro cónyuge o de un tercero, mientras que durante la sociedad el cónyuge empresario hubiera podido revocar el poder de su cónyuge factor o apoderado general, con lo que este vería paralizada su actividad. Frente a ello, nosotros no creemos que durante la sociedad de gananciales el cónyuge titular formal pueda por su simple voluntad, retirar el poder a su esposo, puesto que, conforme al artículo 1375 del Código Civil, para esto se requeriría la actuación conjunta de ambos cónyuges. Por otra parte, si de la colaboración resulta que la empresa es cogestionada por los dos esposos, no habrá derecho de atribución preferente a favor de ninguno de ellos[18]. Si la empresa está constituida por varias explotaciones y el esposo no empresario formal ha sido nombrado factor para dirigir una explotación concreta, la cuestión será más problemática, si bien creemos defendible, puesto que en nuestra opinión el derecho de atribución preferente no ha recaer necesariamente en estos casos sobre toda la empresa, que el cónyuge factor designado para dirigir una explotación específica pueda

llegar a ser titular de un derecho de atribución preferente sobre la misma, teniendo en cuenta el criterio que acabamos de exponer[19]. Lógicamente, si quien ha gestionado efectivamente la empresa no ha sido ninguno de los esposos, sino un tercero, ninguno de los cónyuges (ni siquiera el que, en su caso, fuera único titular formal) tendrá derecho de atribución preferente sobre ella, por no reunir el requisito exigido.

En cuanto al momento en que se ha de haber gestionado efectivamente la explotación, del texto del precepto se desprende que ha haberse dado con anterioridad a la disolución, mantenerse en ese momento y continuar en el de la partición, sin embargo, la jurisprudencia ha entendido que también se da este requisito cuando al menos se prueba que la gestión se ha ejercitado durante la comunidad postganancial[20]. Ahora bien, si la actividad gestora no va a continuar tras la atribución, parece justificado pensar que no cabrá derecho de atribución preferente, dada la finalidad de esta (REBOLLEDO VARELA, 2013, 9940).

3. Aspecto objetivo: la explotación económica

El objeto del derecho de atribución preferente del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil es «la explotación económica». Antes de la reforma de la Ley 7/2003, de 1 de abril, el artículo 1406, núm. 2 del Código Civil se refería a «la explotación agrícola, comercial o industrial», no obstante, la doctrina (GARRIDO DE PALMA y otros, 1985, 35; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, 258) dio a esta enumeración carácter meramente ejemplificativo y, teniendo en cuenta tales consideraciones, la redacción actual dejó claro que cualquier tipo de empresa puede ser atribuida preferentemente. Por otro lado, como es obvio, para poder ser objeto de atribución preferente, la explotación ha de ser ganancial, puesto que estamos tratando de la partición de la comunidad postganancial, y en el caso de que pertenezca a la sociedad de gananciales solo una parte de ella, sobre la misma también podrá ejercitarse tal derecho, incluso aunque en el resto fuera privativa de uno de los esposos, sin que este tenga, por solo esta razón, preferencia alguna (REBOLLEDO, 2013, 9948).

Ahora bien, ¿cuál es el sentido que ha de darse al término «explotación»? Para responder a esta pregunta es necesario tener en cuenta que el Código Civil utiliza en otros preceptos incluidos en la regulación de la sociedad de gananciales, términos que, al menos en una primera aproximación, tienen un significado cercano al de explotación y con los que pretende designar unidades económicas[21]. Así: «establecimiento o explotación» (art. 1346, núm. 8 del Código Civil); «Las Empresas y establecimientos» y «La Empresa o establecimiento» (art. 1347, núm. 5); «explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa» (art. 1360); «establecimientos mercantiles» (art. 1389). De la falta de precisión y propiedad con que el Código utiliza estos términos al equipararlos utilizando

la partícula «o» (salvo en el art. 1347, núm. 5 del Código Civil, primera frase), no cabe más que deducir que no los ha empleado en un sentido técnico y que con ellos se ha referido a un mismo concepto. No obstante, de la primera parte del artículo 1347, núm. 5 del Código Civil en la que se usa la partícula copulativa «y», podría deducirse que «Empresa» y «establecimiento» se refieren a conceptos distintos, sin embargo, el empleo en su segunda parte de la partícula «o» llevaría a no poder decantarnos por una u otra solución con base en dicho precepto (como entiende DÍEZ BALLESTEROS, 1997, 67).

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, creemos que el precepto que más claridad puede aportar para determinar qué ha de entenderse por la «explotación» del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, es el artículo 1360 del mismo cuerpo legal, que utiliza este término junto al de «establecimiento mercantil» y equipara ambos a «empresa», con lo que el problema se traslada a la concreción del significado con el que el legislador ha empleado esta palabra («empresa»). Y es que, en efecto, desde hace tiempo se viene manteniendo un debate por la doctrina mercantilista sobre el propio concepto de empresa[22], el cual tiene su origen en la falta de un estatuto jurídico unitario sobre la misma y ha dado lugar al mantenimiento de posiciones muy diferentes[23]. En general, podemos distinguir dos grandes corrientes al respecto:

— Según una de ellas, la denominada «organicista», encabezada en España por GARRIGUES (1962, 144 y 145), «la empresa es ante todo un círculo de actividades regido por la idea organizadora del empresario actuando sobre un patrimonio y dando lugar a relaciones jurídicas y a otras de puro hecho»; o lo que es lo mismo, «es un conjunto organizado de actividades industriales, de bienes patrimoniales y de relaciones materiales de valor económico». Frente a la empresa, se configura el establecimiento como la base física de esta, «como lugar donde habitualmente se ejerce una industria mercantil» (GARRIGUES, 1962, 169 y 170); se trataría del «local» o «tienda» a que se refiere el artículo 85 CCO o, tal y como establecía el artículo 2.1 de la Ley 7/1996, de la Ley *de Ordenación del Comercio Minorista*, en su redacción proveniente de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de «los locales y construcciones o instalaciones de carácter fijo y permanente, destinadas al ejercicio regular de actividades comerciales, ya sea de forma continuada o en días o temporadas determinadas o, ya en su versión derivada de la Ley 3/2014, de 13 de marzo, «toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma permanente; o toda instalación móvil de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma habitual».
— Según la otra postura, a cuyo frente se encuentra URÍA, en la empresa es preciso distinguir dos aspectos: subjetivo y objetivo. Desde el primer punto de vista, la empresa se configura como la actividad del empresario

> o, más concretamente, como «el ejercicio profesional de una actividad económica planificada, con la finalidad de intermediar en el mercado de bienes o servicios». Desde el segundo, la empresa se identifica con el establecimiento mercantil, entendido este como «un conjunto de bienes y de servicios» coordinados por el empresario «y dispuestos del modo más adecuado a la finalidad peculiar de su empresa» (entendida, en esta definición, en su aspecto subjetivo); a este concepto se le asignan diversos nombres, tales como: negocio, establecimiento comercial o industrial, casa de comercio, tienda, industria, hacienda, explotación… y, como puede observarse, tiene un contenido mucho más amplio que el de simple local en cuanto inmueble de la postura anterior, el cual es simplemente una parte del negocio (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2010, 270).

Siguiendo esta segunda postura, que es la mayoritaria, y las distinciones que la misma plantea, es obvio que si la explotación ha de poder ser calificada de ganancial o privativa y, en el primer caso, llegar a ser objeto de atribución preferencial, no podemos entender por tal la empresa en sentido subjetivo, puesto que la actividad propia del empresario (o, en su caso, por las razones que ya expusimos anteriormente, gestor empresarial) no puede ser adjudicada a él mismo, ni a su cónyuge. Lo que puede atribuirse preferentemente ha de ser, por consiguiente, el conjunto de elementos de valor económico de los que se sirve el empresario para desarrollar su actividad, es decir, la empresa en sentido objetivo. Pero, no solo se desprende esta conclusión del propio sentido de la atribución preferente, sino también del artículo 1346, núm. 8 del Código Civil, cuando habla de instrumentos que sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación, lo que pone de manifiesto, además, que la palabra «establecimiento» no se utiliza en el sentido de simple base física de la empresa; lo mismo ocurre con el artículo 1389 del Código Civil, en el que se distingue la disposición de inmuebles, por un lado, y de establecimientos mercantiles, por otro; o con el mismo artículo 1406 del Código Civil, que diferencia, en sus números 3 y 4, entre la atribución preferente de la explotación y la del local. De todo ello se deduce que establecimiento mercantil no es equiparable a local de negocio (bien inmueble) y que establecimiento se equipara a explotación y ambos a empresa en sentido objetivo. Pero además, hay que tener en cuenta que, tras la reforma del Código Civil operada por la Ley de 24 de abril de 1958, ya se planteó qué había que entender por «establecimientos mercantiles» a la luz de su nuevo artículo 1413 del Código Civil, referido a las facultades de disposición del marido sobre «bienes inmuebles y establecimientos mercantiles», para lo que dicho precepto requería consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial; concretamente, se trataba entonces de aclarar si por «establecimiento mercantil» había que entender el local o la

empresa en sentido objetivo[24], concluyendo la RDGRN de 23 de octubre de 1959[25] que había que decantarse por este último significado, dado que si no, se produciría una reiteración con relación a los «bienes inmuebles», postura que fue recogida posteriormente por la STS de 12 de julio de 1983[26]. Pues bien, en nuestra opinión, hay que suponer que el legislador conocía este debate y que cuando utilizó todos estos términos en la reforma de 13 de mayo de 1981 lo hizo con el sentido por el que se habían decantado la Dirección General y el Tribunal Supremo, es decir como empresa en sentido objetivo. Por otra parte, otro argumento a favor de considerar el término «explotación», como empresa en sentido objetivo (GARRIDO DE PALMA y otros, 1985, 32), lo encontramos en la Ley 49/1981 de 24 de diciembre, *del Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes,* ya que su legislador fue el mismo que el de la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981 y concibió en su artículo 1, a) a las explotaciones agrarias como unidades empresariales, y que su artículo 2 consideró la explotación como empresa en sentido objetivo, al definir la explotación familiar agraria como «conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular para la producción agraria». Esta Ley, que modificó la *Ley de Reforma y Desarrollo Agrario* (cuyo texto fue aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero), fue derogada por la Disposición Derogatoria única de la Ley 19/1995, de 4 de julio, *de Modernización de Explotaciones Agrarias*[27], la cual nuevamente define la explotación agraria haciendo hincapié en su aspecto objetivo.

Sin embargo, decir que la empresa a la que se refieren los preceptos del Código Civil reguladores de la sociedad de gananciales —y entre ellos, el artículo 1406, núm. 2, con el término «explotación»— es la empresa en sentido objetivo, no es suficiente. Es preciso algo más. Así, RAMS ALBESA (1989, 782), considera que la explotación ha de constituir una unidad económica autónoma, es decir, diferenciada del resto del patrimonio consorcial, por ser gestionada separadamente como conjunto, bastando para ello con que tenga una contabilidad separada (las pérdidas y ganancias serán de la empresa, no del patrimonio ganancial) y diferenciable en cuanto *universitas*, como si fuera un patrimonio separado integrado por todos los elementos que le están afectos y no por los que no tengan el mismo fin económico. Igualmente, PÉREZ GARCÍA (2012, 1197), seguido de REBOLLEDO VARELA (2013, 9939), considera que la expresión «explotación económica» del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, ha de interpretarse de forma amplia, incluyendo «todas las unidades económicas susceptibles de ser gestionadas de forma separada respecto del resto del patrimonio ganancial»[28]. En un sentido semejante a este se explica PEÑA BERNALDO DE QUIROS (1991a, 644), al estimar que el conjunto de bienes adscritos al oficio o la profesión, debe haber alcanzado la categoría de «unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas», tal y como esta-

blecía el artículo 3 de la Ley *de Arrendamientos Urbanos* de 1964. En conclusión, podemos decir que la empresa o explotación ha de constituir una unidad económica y de gestión, o bien, cuando está constituida por varias porciones de terreno o inmuebles, la unidad orgánica a que aluden los artículo 8.2 LH y 44 RH, que frente al concepto de finca material, recogen el concepto de finca funcional, permitiendo, tal y como declara la RDGRN de 23 de abril de 2005, «la inscripción como una sola finca de porciones físicamente independientes, pero entre las que existe una relación de dependencia funcional u orgánica que justifica su tratamiento jurídico unitario»[29].

Lo que acabamos de apuntar nos lleva a poner de manifiesto que no hay que perder nunca de vista que esta empresa en sentido objetivo es una entidad dinámica, capaz de producir, como consecuencia de la actividad de quien la gestione, bienes y servicios. Tal actividad es, ante todo, una actividad organizadora, y tal organización, que se establece en aras de la consecución de un determinado fin económico, es precisamente la que da unidad a todo el conjunto de bienes que la constituyen al dirigirlos a un destino común, quedado convertidos así en partes integrantes de ese nuevo ente que es la empresa (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2010, 272).

Pero, siendo esto así, ¿cuál es la naturaleza jurídica de la empresa? ¿Es un bien diferente de la diversidad de elementos que la componen o es un simple conjunto de elementos que no pierden su individualidad por el hecho de estar agrupados y que, por consiguiente, no constituyen un bien distinto y superior a todos ellos, siendo su unidad puramente formal[30]? Pues bien, en lo que al tema que tratamos afecta, puede decirse que está claro que el legislador de 1981 consideró a la empresa, establecimiento o explotación como un bien unitario, tal y como lo ha entendido la doctrina (EGEA IBÁÑEZ, 1982, 1293; LÓPEZ SÁNCHEZ, 1983, 588; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, 1991b, 678; RAMS ALBESA, 1985, 767)[31] y la jurisprudencia[32]. Así se desprende de la asignación a la misma, como un todo, de naturaleza ganancial o privativa. En efecto, los artículos 1346, núm. 8, 1347, núm. 5 (en cuanto se refieren a ella expresamente, aunque utilizando distintos términos) y el 1354 del Código Civil, atribuyen a la empresa como bien unitario (y no a cada uno de los elementos que la forman), carácter privativo, ganancial o mixto (es decir, en parte ganancial y en parte privativo); concepción unitaria que además se manifiesta (más allá de su constitución o adquisición), en el régimen de las mejoras o incrementos patrimoniales realizados en la empresa cuando proceden de un patrimonio conyugal diferente de aquel al que esta pertenece, dado que el principio de la accesión impone la incorporación de la mejora o incremento en la empresa y, por tanto, la extensión a aquellos, en cuanto quedan en ella englobados, del mismo carácter o naturaleza de esta (arts. 1359 y 1360 del Código Civil). Por otro lado, la consideración de la empresa como bien distinto de los elementos que la componen, es decir, como un todo, se deduce además del artículo 1346, núm.

8 del Código Civil, que tras establecer que son privativos «los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio» de cada cónyuge, introduce la salvedad de que «estos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común»; el hecho de que los nuevos bienes adquiridos para la empresa sean definidos como «partes integrantes» (art. 1348, núm. 8 del Código Civil) o, más claramente aún, «incrementos» (art. 1360 del Código Civil) de la misma, deja de manifiesto esta idea. Igualmente, puede citarse el propio artículo 1406, núm. 2 del Código Civil al configurarla (en cuanto sinónimo de explotación) como posible objeto de atribución preferente. Por tanto, a los efectos de la sociedad de gananciales y, fundamentalmente, a los efectos de su calificación como ganancial o privativa, la empresa constituye una *universitas* (DÍEZ-PICAZO, 1984, 1802; TORRALBA SORIANO, 1984, 1607; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, 1991.ª, 648; GARCÍA CANTERO, 1995, 89; DÍEZ BALLESTEROS, 1997, 44 y sigs.; MILLÁN SALAS, 1994, 240)[33], un todo unitario, si bien, a otros efectos, ello no impide que cada bien mantenga su propio régimen jurídico (GIRÓN TENA, 1981, 301 y sigs.)[34] (así, por ejemplo, si algún elemento era arrendado, la transmisión de la empresa como un todo que lo engloba, deberá reunir los requisitos necesarios, según la legislación arrendaticia, para la transmisión del arrendamiento en ese caso).

Por tanto, desde la perspectiva del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, en nuestra opinión por empresa y explotación habrá que entender el conjunto organizado de bienes y relaciones materiales e inmateriales dotados de valor económico y objeto de una gestión propia y separada respecto del resto del patrimonio al que pertenece, constitutivos a su vez de un solo bien unitario calificable en su conjunto como ganancial, privativo o mixto, del que se sirve el empresario para ejercer su actividad de tal, es decir, una actividad económica planificada cuyo fin sea intervenir en el mercado de bienes o servicios con el ánimo de obtener una ganancia (constituyendo esto último, la empresa como actividad organizadora o empresa en sentido subjetivo).

No obstante, tal y como señala GARRIDO DE PALMA (1985, 32), en puridad de conceptos, no cabe afirmar absolutamente la equivalencia entre explotación y empresa en sentido objetivo, pues hay empresas que disponen solo de una explotación y otras que cuentan con varias. La empresa es una unidad económica y la explotación es una organización técnica. En este sentido, se habla de explotación para aludir a las diversas unidades técnicas de actividad productiva o comercial que operan bajo la gestión y directrices generales de una empresa. Por tanto, para que varias explotaciones constituyan una empresa, lo importante es que formen, tal y como subraya el autor citado seguido por SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2002, 258 y 259), una verdadera unidad económica y de gestión, bien por producir el mismo artículo, bien por producir artículos que se complementan; si no existe esta unidad estaremos, no ante una sola empresa, sino ante varias empresas independientes. Ante todo ello, es necesario plantearse

si cabe el ejercicio del derecho de atribución preferente no sobre toda la empresa sino sobre alguna o algunas de sus explotaciones. En nuestra opinión, siguiendo en este punto a GARRIDO DE PALMA, no cabe duda de que en el caso de que las explotaciones constituyan verdaderas empresas independientes cabrá el ejercicio sobre una o varias de ellas (por ejemplo, si una misma empresa produce en tres explotaciones distintas, motos, pianos y electrodomésticos). El problema se plantea cuando esto no es así (por ejemplo, una misma empresa está constituida por una explotación en la que se fabrican piezas y otra en la que se montan esas piezas para formar el producto de que se trate). Los autores apuntados, en estos casos no se decantan por la respuesta positiva, ni la negativa. Nosotros creemos que, dado el límite cuantitativo que se desprende del 1406 del Código Civil para nuestro caso (al que no se aplica el art. 1407 del Código Civil), habría que diferenciar si la totalidad de la empresa cabe o no en el lote del esposo en el que se reúnen los requisitos para ser titular del derecho de atribución preferente. Si cabe, entonces estimamos que no podrá exigir que se le atribuya solo una de las explotaciones, pues aunque el artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, habla de «explotación», ya hemos visto que por tal ha de entenderse «empresa» y de este modo se consiguen los dos objetivos de la norma: el primordial, la continuidad del esposo en la ocupación a la que venía dedicándose durante la sociedad de gananciales y el secundario y reflejo del mantenimiento de la unidad de la empresa. Ahora bien, en los casos en los que la empresa con todas sus explotaciones, exceda del valor del lote del esposo que podría ser beneficiario, dado que la finalidad del derecho de atribución preferente del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil es, principalmente y antes que el mantenimiento de la unidad de la empresa, que el esposo que la gestionaba efectivamente pueda seguir con esa misma ocupación, podría atenderse a si la empresa es indivisible o no lo es, en el sentido de que la atribución separada de una o varias de las explotaciones suponga o no un importante desmerecimiento de la empresa como unidad constituida por las restantes o impida que la empresa originaria pueda continuar funcionando sin la explotación sustraída (art. 1062 del Código Civil); es decir, habrá que atender a la viabilidad económica de las unidades empresariales resultantes de la división para determinar si cabe esta. Si la empresa fuera divisible, entonces el cónyuge que la gestionó efectivamente, podrá solicitar la atribución de la explotación que quepa en su lote, de modo que así se conseguiría el fin fundamentalmente perseguido por la norma (que el esposo adjudicatario pueda mantener la misma actividad que antes de la disolución de la sociedad de gananciales), pudiendo seguir funcionando el resto de la empresa como nueva unidad, adjudicándosela al otro esposo o sus herederos. Si las explotaciones que constituyen la empresa desmerecieran mucho por la separación de alguna o algunas de ellas, entonces, creemos que el esposo gestor podrá exigir que se le atribuya la cuota del total de la empresa que quepa en su lote. Fuera como fuere, de *lege ferenda* sería aconsejable incluir expresamente en el Código Civil

una regulación para casos como el planteado, si bien dejando al juez un margen para decidir si cabe o no la atribución preferente, apreciando hasta qué punto las explotaciones restantes se ven afectadas con la sustracción de las elegidas por el beneficiario, si son viables o, incluso, teniendo en cuenta si los resultados de la atribución son equitativos para todos los implicados.

Lo que acabamos de decir para las explotaciones es aplicable, con más razón, a las sucursales, establecimientos secundarios de la empresa que gozan de autonomía organizativa respecto de esta, aunque tengan cierto grado de dependencia. Destaca MARTÍNEZ SANCHIZ (1986, 304) que para que estemos ante una verdadera sucursal se requiere: una instalación material distinta, una clientela propia, una persona al frente (factor) y que se destine a la misma actividad que la empresa matriz. El derecho de atribución preferente podrá, por tanto, ejercerse sobre una sucursal de la empresa por parte del esposo que la estuviera gestionando efectivamente, siendo la divisibilidad de la empresa —en el sentido antes expresado—, el supuesto más probable en estos casos.

En cuanto al término «establecimiento», a veces se utiliza, no como empresa, sino en un sentido más restringido similar al de la explotación como unidad técnica aplicado al «almacén» o «tienda abierta al público» a que se refieren los artículos 85 a 87 CCO. Desde este punto de vista, varios establecimientos podrán constituir una empresa en los mismos términos que vimos cuando hablamos de las explotaciones en general[35]. Otras veces, como ya hemos visto, dichas palabras se usan con el significado de sede física de la empresa[36].

Por último, hay que plantearse también si la «Empresa» (con mayúsculas) a la que se refiere el artículo 1347, núm. 5 del Código Civil es diferente de la «empresa» en general (con minúsculas) a que se refieren otros preceptos (art. 1056, p. 2 del Código Civil o 1360 del Código Civil), cuestión a la que, siguiendo a DÍEZ BALLESTEROS (1997, 63 y sigs.), estimamos que ha de responderse negativamente, pues la utilización de la mayúscula se debe a un error al transcribir la única enmienda realizada al artículo 1347, núm. 5 del Proyecto de 14 de septiembre de 1979, ya que ni en la citada enmienda (la número 324, presentada por el Grupo Socialista), ni en el citado proyecto, ni en el anterior de 4 de octubre de 1978, aparecía.

II. LAS ACCIONES Y PARTICIPACIONES SOCIALES COMO OBJETO DE DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE

1. Aplicabilidad del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil a las acciones y participaciones sociales

Las siguiente líneas las dedicaremos a esclarecer si, en caso de que la empresa tenga forma social, puede ser objeto de atribución preferente, no ya la

explotación con sus elementos de todo tipo —puesto que esta pertenece, no a la sociedad de gananciales, sino a la persona jurídica que constituye la sociedad a considerar—, sino las participaciones o acciones sociales cuando estas son de carácter ganancial pero figura como socio solo uno de los esposos[37].

Se trata de un problema sobre el que no existe unanimidad en la doctrina, puesto que en ella encontramos posiciones contrapuestas. Así, GARRIDO DE PALMA (1985, 49), seguido por SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2002, 259), MARTÍNEZ SANCHIZ (1986, 297) o RIVERA FERNÁNDEZ (2010, 2566) ha negado, con carácter general, que quepa derecho de atribución preferente sobre las acciones o participaciones sociales porque, ante el silencio del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, falta la identidad de razón que podría justificar su aplicación analógica en estos casos y porque el cónyuge socio puede conseguir quedarse con las participaciones por otros mecanismos. Frente a ello, otros autores, tales como CADARSO PALAU (1993, 165), al que sigue REYES LÓPEZ (2005, 135), entienden, que cabe la aplicación analógica del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil a las acciones y participaciones sociales, dada la aproximación de «la situación de aquellas personas casadas que han inscrito su actividad empresarial en el cuadro de una estructura societaria a la de aquellas otras que, simplemente, ejercen la misma actividad a título individual»; y en la misma línea, pero limitando la aplicación analógica al caso de que la mayoría de las acciones o participaciones de la sociedad sean gananciales, se sitúa REVERTE NAVARRO (2004, 112), pues según él «la mayoría de las empresas de una mínima entidad están constituidas como sociedades, con lo que si no se admitiera que el artículo 1406, núm. 2 se aplica también a las acciones y participaciones, casi no tendría aplicación. Además, no hay diferencia real entre que un cónyuge regente, como empresario individual una tienda de verduras y frutas… o que el negocio se haya constituido en sociedad de responsabilidad limitada (quizá unipersonal) que de hecho, es gestionada por el mismo cónyuge»; y, para REBOLLEDO VARELA (2013, 9947), la aplicabilidad del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil a las acciones y participaciones ha de defenderse con base en las reglas de la buena fe (art. 7.1 del Código Civil). Por su parte, RAMS ALBESA (1985, 789 y sigs.) entiende que para resolver si existe o no en el caso concreto derecho de atribución preferente, es preciso analizar hasta qué punto la creación de la sociedad impide o no que la empresa sea llevada con el trabajo del cónyuge (utilizando la expresión del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil antes de la reforma de 2003) o rompe la relación personal con la cosa que requiere el derecho que estudiamos; la presencia de una persona jurídica interpuesta debe impedir, en principio, la atribución preferente, pero cabrá esta si siguen existiendo las condiciones de pertenencia de la explotación a la masa ganancial y llevanza con su trabajo por el cónyuge atributario; para que quepa derecho de atribución preferente se requiere que «la sociedad sea tan solo una especie de «veste» que recubre una realidad económica concreta: la de

la gestión fructífera de la explotación sola o en conjunto con otras, y que les preste funciones accesorias a ella: limitación de responsabilidad, facilidades de crédito, mayor o mejor posición comercial como oferentes o como adquirentes, etc., pues si la sociedad tiene una estructura organizativa más compleja que la que requiere este fin limitado, la gestión es una parte pequeña en el volumen de operaciones o las finalidades efectivamente perseguidas superan el estrecho margen que ofrece la explotación, habrá que negar de plano el derecho de atribución» (RAMS ALBESA, 1985, 792)[38].

Por nuestra parte, creemos que no cabe aplicación analógica del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, puesto que estamos ante una norma excepcional que se aparta del principio de igualdad cualitativa que debe presidir la configuración de los lotes en la partición del patrimonio ganancial (arts. 1410 y 1061 del Código Civil), pero sí es posible una interpretación extensiva que lleve a la misma conclusión, puesto que entendemos que atendiendo al espíritu y finalidad de la norma (art. 3.1 del Código Civil), resulta que esta dice menos de lo que debería y a la «explotación económica» han de unirse las acciones y participaciones gananciales. En efecto, estas, además de expresar el vínculo derivado del contrato de sociedad, la medida de la aportación a la misma y una parte alícuota de su capital, materializan los derechos que los socios (en nuestro caso, personas físicas: los cónyuges) pueden tener respecto a la explotación de tipo social[39] y entre ellos puede estar, el de poder gestionarla. De este modo, si antes dijimos que la explotación puede definirse como el conjunto de elementos de valor económico de los que se sirve el empresario para desarrollar su actividad, de modo que en la empresa individual su adjudicación permitirá al esposo gestor continuar con su profesión, motivo por lo que se establece el artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, muchas veces, la titularidad de las acciones y participaciones sociales será lo que permitirá que el cónyuge gestor siga desarrollando su actividad gestora en la empresa social y, por ello, igualmente deberán serle adjudicadas preferentemente si lo solicita. Y es que, verdaderamente, el fin de la norma es más mantener al cónyuge en su actividad profesional que adjudicarle la propiedad de la empresa: lo que persigue es atribuirle un poder sobre ella que le permita seguir gestionándola, ya sea este la propiedad de la misma, ya otras titularidades respecto a ella que le conduzcan al mismo objetivo (acciones y participaciones). A corroborar esta tesis contribuye otro argumento, cual es el reconocimiento legislativo de las sociedades unipersonales (arts. 12 y sigs. de la Ley *de Sociedades de Capital*), que pueden constituirse originariamente como tales y a través de las que el empresario individual no busca otra cosa que limitar su responsabilidad al patrimonio afecto al ejercicio de la empresa o patrimonio mercantil, dejando a salvo el resto de sus bienes (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 664), gestionando *de facto* la empresa como si él fuera su titular y esta no tuviera forma social, no habiendo diferencia en cuanto a su actividad respecto a si la empresa fuera

individual; pues bien, si no admitiéramos el derecho de atribución preferente sobre las acciones y participaciones sociales, ni siquiera estas empresas fundadas y gestionadas por uno de los esposos, podrían ser atribuidas preferentemente a este, sino que correrían la suerte de cualquier bien ganancial ajeno al artículo 1406 del Código Civil[40].

Ahora bien, defendida la extensión del objeto del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil a las acciones y participaciones de la empresa con forma social, hay que tener en cuenta que, tal y como ya vimos más atrás, tal derecho de atribución preferente solo cabrá cuando dichas acciones o participaciones sean gananciales, el esposo que lo pretenda haya gestionado efectivamente la sociedad y con la adjudicación preferente se persiga el mismo objetivo que con la atribución de la empresa no social, es decir, posibilitar el mantenimiento del cónyuge en el ejercicio de su profesión empresarial (RAGEL SÁNCHEZ, 2012, 1412) y, solo en un segundo término, la conservación de la explotación. Pero, además, han de tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Que es preciso distinguir entre tipos de sociedades.
2. Que, aunque las participaciones o acciones sean gananciales, para la sociedad el único titular de las mismas es el socio[41], razón por la que desde su punto de vista, la adjudicación al cónyuge no socio es una transmisión, aunque desde la perspectiva de la sociedad de gananciales y su liquidación, la partición no sea un acto traslativo, sino declarativo y especificativo de derechos[42].
3. Que solo podemos plantearnos si cabe derecho de atribución preferente cuando la acción o la participación o, en general, la posición de socio es transmisible. Si no lo es, el esposo socio podrá seguir siéndolo (salvo que la causa de disolución de la sociedad de gananciales haya sido su muerte, claro está), pero no porque tenga ningún derecho de atribución preferente, sino como consecuencia de esa intransmisibilidad. A este respecto, será además necesario distinguir entre la transmisibilidad *inter vivos* y *mortis causa*.
4. Que si se da la transmisibilidad, el derecho de atribución preferente solo podrá existir a favor del cónyuge socio si este era administrador, si gestionaba efectivamente la empresa social, tal y como exige el artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, pero cuando sea posible que la administración pueda ser llevada por un no socio y, por tanto, el ejercicio de tal actividad no esté vinculado a dicha condición (tal y como ocurre en la sociedad anónima y en la sociedad de responsabilidad limitada, artículo 212.2 Ley de *Sociedades de Capital*), habrá que plantearse qué ocurre si el esposo no socio es administrador y, si es el cónyuge socio quien es administrador, distinguir entre si es retribuido por su actividad gestora o no, pues en este último caso es lógico pensar que si es administrador

y desarrolla su trabajo de gestión gratuitamente, será precisamente por ser socio, lo cual justificaría el derecho de atribución preferente a favor del cónyuge socio administrador, pues de otro modo, lo más probable será que deje de ser administrador al dejar de ser socio.

5. Que, como ya justificamos, el derecho de atribución preferente no es transmisible a los herederos del esposo que cumplía los requisitos exigidos por el artículo 1406 del Código Civil, y tampoco puede darse en los herederos que gestionaron con él, razón por la que solo nos lo podemos plantear a favor de los cónyuges.
6. Que antes de llevar a cabo la partición de la herencia del esposo difunto casado en régimen de gananciales es preciso determinar qué bienes o derechos la componen, para lo que previamente ha de realizarse la liquidación y partición de la sociedad de gananciales, de la que resultará qué bienes y derechos gananciales quedarán incluidos en su lote y, por consiguiente, formarán parte de su herencia[43].

2. Referencia específica a los distintos tipos de sociedades

A) Generalidades

Antes de entrar a ver cuándo cabe el derecho de atribución preferente sobre las acciones y participaciones de las distintas sociedades, es preciso diferenciar, a grandes rasgos, entre sociedades personalistas y sociedades de capital, recordando que en las sociedades de personas, la condición de socio tiene carácter personal y no puede transmitirse *inter vivos* sin el consentimiento de todos los socios y la transmisión *mortis causa* puede llegar a ser motivo de la disolución de la sociedad; frente a ello, en las sociedades de capital la condición de socio en principio es transmisible, si bien pueden existir limitaciones a la libre disponibilidad. Desde el punto de vista de la gestión social, en las sociedades de personas la administración corresponde a los socios, mientras que en las sociedades de capital, la administración se lleva por un órgano que puede estar constituido por una o varias personas que pueden ser socios o no (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 329; PAZ-ARES, 2012a, 341 y sigs.). Pues bien, dentro de las sociedades de personas, nos referiremos a la sociedad colectiva y a la sociedad comanditaria simple; de entre las sociedades de capital abordaremos el tema en la sociedad de responsabilidad limitada y en la sociedad anónima[44].

Puede llamar la atención que, dada la escasa utilización que, en la práctica, se hace de la sociedad colectiva y de la sociedad comanditaria debido a la responsabilidad ilimitada de todos o parte de sus socios, les dediquemos también a ellas unas líneas, sin embargo, encontramos dos razones que justifican su

tratamiento en este trabajo junto al de las sociedades de capital. Primera: que lo que aquí concluyamos será de aplicación a esas pocas sociedades colectivas o comanditarias simples que todavía siguen existiendo; segunda y más importante: que lo que aquí digamos igualmente será aplicable a esas otras entidades que ejercen su actividad empresarial sin acogerse ni a la figura del empresario individual, ni a la de la sociedad legalmente constituida, sino adoptando una forma intermedia entre una y otra, cuales son las sociedades irregulares y las comunidades de bienes. En efecto, a las sociedades irregulares les resultan aplicables las normas de la sociedad colectiva conforme al artículo 39.1 de la Ley de Sociedades de Capital y, de las llamadas comunidades de bienes para empresa[45], cabría decir lo mismo, puesto que realmente son sociedades irregulares (FERNÁNDEZ DE BILBAO, 2011, 57)[46].

B) Derecho de atribución preferente en las sociedades de personas

a) Derecho de atribución preferente de las participaciones de la Sociedad Colectiva

La sociedad colectiva puede definirse como «sociedad personalista que desarrolla una actividad mercantil bajo una razón social, con la particularidad de que del cumplimiento de las deudas sociales responden de forma subsidiaria todos los socios personal, ilimitada y solidariamente» (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2010, 338; de forma similar PAZ-ARES, 2012b, 360) (arts. 122 y sigs. CCO). En la sociedad colectiva, solamente el cónyuge socio puede cumplir el requisito de haber gestionado efectivamente la explotación (art. 1406, núm. 2 del Código Civil), puesto que la administración corresponde a todos los socios, salvo pacto de encomendársela a alguno o algunos de ellos (art. 299 RRM). Distingamos:

1. Si la disolución de la sociedad de gananciales fue por causa distinta de la muerte del cónyuge socio, la adjudicación de la posición de socio al esposo del socio sería un caso de transmisión *inter vivos*, la cual no cabe sin el consentimiento de todos los socios y sin que quepa pacto en contra (art. 212 RRM). Por tanto, en principio la posición de socio es intransmisible, lo que hace que no pueda entrar en juego derecho de atribución preferente alguno y el cónyuge socio haya de ser necesariamente adjudicatario de la participación en la sociedad sin necesidad de aquel. Ahora bien, cabría pensar en la posibilidad de que se cumpliera el requisito de la unanimidad, en cuyo caso ello implicaría que también el cónyuge socio habría dado su consentimiento, lo que significaría que no tiene interés en seguir siendo socio y, por consiguiente, aunque tuviera derecho de atribución preferente como administrador, no lo ejercitaría;

en estas condiciones, la posición de socio en la partición podría ir a parar a uno u otro cónyuge según las reglas generales. Incluso si se pensara que el dar su consentimiento es para el esposo socio un acto debido cuando se trata de liquidar la sociedad de gananciales, de modo que pudiera acudirse al juez para que lo diera en su lugar en caso de negativa, el esposo socio, una vez hecha transmisible la participación por haberse conseguido el consentimiento de todos a la transmisión, tendría un derecho de atribución preferente en cuanto administrador que le llevaría a mantenerse como socio, razón por lo que la que la vía de acudir al Juez en estos casos carecería de sentido. Lo que hemos dicho respecto al cónyuge no socio, es extensible a los herederos de este (del esposo no socio) cuando la causa de disolución de la sociedad de gananciales haya sido su muerte.

2. Si la disolución de la sociedad de gananciales tuvo por causa la muerte del cónyuge socio, en principio esta producirá la extinción de la sociedad colectiva (art. 222, 1.º CCO), en cuyo caso, lo que hubiera correspondido al cónyuge socio en la liquidación de esta, será ganancial y respecto a ello no cabrá derecho de atribución preferente alguno pues ya no estaríamos ante ninguno de los supuestos del artículo 1406 del Código Civil. No obstante, cabe que en la escritura constitutiva se haya pactado la continuación de la sociedad colectiva con los herederos del socio difunto o la continuación entre los sobrevivientes (art. 222, 1.º CCO): A) En el primer supuesto, estando los herederos (o alguno de ellos) interesados en convertirse en socios[47], la participación ganancial en la sociedad deberá incluirse en la liquidación de la sociedad de gananciales en el lote correspondiente en la misma a estos, a los cuales pasará la posición de socio sin que juegue el derecho de atribución preferente y, una vez que la posición de socio se encuentra en el patrimonio hereditario del difunto, se adjudicará a todos o a quien se determine dentro de la partición hereditaria; si se estima que la expresión «herederos» comprende al cónyuge sobreviviente[48] y este también está interesado, dado que no puede ser administrador, tampoco tendrá un derecho de atribución preferente, razón por la que la adjudicación de la participación social en la liquidación de la sociedad de gananciales al lote de uno (viudo) u otros (herederos) se realizará de acuerdo con las reglas generales, pudiéndose, en última instancia, a falta de acuerdo, acudir al juez para que decida lo más conveniente; lógicamente, si ni herederos ni cónyuge están interesados en adquirir la condición de socio, se podrá solicitar que se liquide la cuota correspondiente al cónyuge socio fallecido, la cual ingresará en la masa ganancial y se repartirá según las reglas generales. B) En el caso de continuación de la sociedad con los sobrevivientes, será ganancial la cuota del haber social que correspondiera al cónyuge socio difunto en función de la aportación ganancial realizada, según balance llevado a cabo el día de la muerte del socio (MADRID PARRA, 2010, 373) y sobre la cual no existirá derecho de atribución preferente alguno.

b) Derecho de atribución preferente de las participaciones de la Sociedad Comanditaria Simple

Por lo que se refiere a la sociedad comanditaria simple, se trata de una «sociedad de tipo personalista que ejercita una actividad mercantil y se caracteriza por la coexistencia de socios colectivos, que responden ilimitadamente de las deudas sociales y cuyo nombre ha de servir para formar la razón social, y de los socios comanditarios cuya responsabilidad es limitada y no pueden intervenir en la gestión de la sociedad» (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2010, 351; similarmente PAZ-ARES, 2012b, 376). Por consiguiente, solo si el cónyuge socio lo es colectivo, puede participar en la gestión y cumplir el requisito para un hipotético derecho de atribución preferente, no si es comanditario (art. 148, p. 4 CCO)[49], razón por la que no nos referiremos al caso de que el esposo socio fuera solo comanditario. Partiendo de aquí:

1. Si la disolución de la sociedad de gananciales fue por causa distinta de la muerte del cónyuge socio, la adjudicación de la posición de socio al esposo del socio sería un caso de transmisión *inter vivos*, la cual no cabe sin el consentimiento de todos los socios colectivos y, respecto a los socios comanditarios, se estará a lo que disponga la escritura (art. 212, 1.º y 2.º RRM), entendiéndose que su consentimiento es también necesario salvo disposición en contra. En este punto estimamos que podemos repetir, *mutatis mutandi*, lo que dijimos para el cónyuge socio de una sociedad colectiva[50].

2. Si la disolución de la sociedad de gananciales tuvo por causa la muerte del cónyuge socio colectivo, también podrá traerse aquí lo señalado a propósito de la sociedad colectiva[51].

C) Derecho de atribución preferente en las sociedades de capital

a) Derecho de atribución preferente de las acciones de la Sociedad Anónima

Pasando a la sociedad anónima, antes de tratar las posibilidades de que exista un derecho de atribución preferente a favor de alguno de los esposos, recordaremos, aunque sea muy ligeramente, algunos aspectos que tendrán trascendencia a la hora de dar una solución al problema que nos planteamos. Pues bien, la sociedad anónima puede definirse como «tipo de sociedad mercantil cuyo capital, que como mínimo ha de ser de 60.000 euros, está dividido en acciones y en la que únicamente responde su patrimonio del cumplimiento de las deudas sociales» (arts. 1.3 y 4.2 Ley *de Sociedades de Capital*) (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2010, 329; IGLESIAS / GARCÍA DE ENTERRÍA, 2012a, 382). Pueden ser: cerradas (sociedades familiares

o de pocos socios), en las que suelen ser relevantes las características personales de los socios, los estatutos establecen cláusulas que limitan la libre transmisibilidad de las acciones[52] y la junta general es efectivamente el órgano soberano de la sociedad; y abiertas, constituidas por un número elevado de socios, en las que las acciones son libremente transmisibles y se refuerza el poder de los administradores, produciéndose una división entre propiedad y control de la sociedad y una disminución del poder efectivo de la junta general. Además, las sociedades anónimas (como las de responsabilidad limitada) pueden ser unipersonales, aplicándoseles las especialidades del capítulo III, del Título I de la Ley *de Sociedades de Capital*.

Por otra parte, las sociedades anónimas, como sociedades de capital, tienen una organización corporativa que les permite desarrollar su actividad y que está constituida por la junta general y el órgano de administración. En cuanto a la primera, está formada por los socios que, por la mayoría legal o estatutariamente establecida, decidirán en los asuntos propios de su competencia (art. 159.1 LSC)[53] y (al igual que ocurre en la sociedad de responsabilidad limitada) podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin limitar el poder de representación correspondiente a los administradores (art. 161 LSC)[54]. En cuanto a los administradores, son nombrados por la junta general y, salvo disposición contraria en los estatutos (art. 212.2 LSC), no es necesario que sean socios, razón por la que, tal y como declaró la STS de 13 de abril de 2000[55], la pérdida de la cualidad de accionista no conllevará la de administrador. Les corresponde tanto la gestión en sentido estricto, dirigida al desarrollo del objetivo social[56], como la representación de la sociedad (art. 233 LSC). El cargo de administrador será gratuito, salvo que los estatutos establezcan una retribución, la cual puede consistir en una participación en los beneficios o en una remuneración fijada para cada ejercicio por la junta general conforme a lo previsto en los estatutos (art. 217 LSC) y que, en la sociedad anónima, puede sustanciarse en la entrega de acciones o derechos de opción sobre las mismas (art. 219 LSC). El cargo de administrador en la sociedad anónima tiene una duración limitada que fijarán los estatutos, no pudiendo exceder de seis años, si bien cabe la reelección una o varias veces, por plazos de la misma duración máxima (art. 221 LSC) Con carácter general, establece el artículo 210.1 LSC que la administración puede confiarse a un solo administrador, a varios para que actúen conjunta o solidariamente o a un consejo de administración, sin embargo, tratándose de una sociedad anónima, el artículo 210.2 LSC determina que si los administradores son dos, actuarán mancomunadamente y si son más, constituirán consejo de administración. En este último caso, no solo cabe el nombramiento de los administradores por acuerdo mayoritario de la junta, sino que también (a diferencia de lo que ocurre en las sociedades de responsabilidad limitada) cabe del nombramiento por cooptación (art. 244 LSC)[57] y acudir al sistema

de representación proporcional (art. 243 LSC), que posibilita que los socios minoritarios agrupados puedan también conseguir un número de representantes en el consejo proporcional al número de acciones de que son titulares[58], sistema este que funciona sobre todo en sociedades de pocos socios, pues cuando se trata de grandes sociedades, se produce un gran absentismo entre los accionistas y las minorías organizadas pueden dominar la sociedad, no interesándoles el sistema de representación proporcional. El consejo toma sus decisiones por mayoría (art. 248 LSC), pero, si los estatutos no dicen otra cosa y sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona, podrá designar de entre sus miembros una comisión delegada o ejecutiva o uno o más consejeros delegados (art. 249.1 LSC), en los que puede delegar buena parte de sus funciones[59], si bien el consejo vigilará la actuación de los delegados y no perderá las facultades delegadas (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2010, 515 y 520).

Por otra parte, es también de gran interés a los efectos del objeto de nuestro estudio, tener en cuenta la distinción tradicional que, dentro de las sociedades cotizadas, se hace entre accionistas empresarios y accionistas inversores-ahorradores. Los primeros, interesados en el control de la sociedad e implicados directamente en su administración, suelen concertar pactos de sindicación con el fin de influir en la dirección de la sociedad, lo que normalmente implica condicionamientos en la negociación de sus acciones (así, únicamente podrán ser enajenadas a otro participante en el sindicato). Frente a ellos, los segundos, muy minoritarios, tienen como único objetivo rentabilizar su inversión y su protección se lleva a cabo, sobre todo, desde la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio). Ante ello, es evidente que solo podremos reconocer un derecho de atribución preferente sobre las acciones sociales gananciales, si el cónyuge socio pertenece al primer tipo de accionistas, nunca si lo es al segundo[60].

Hechas estas consideraciones de carácter general, pasemos ya a tratar del problema que nos ocupa, distinguiendo como hicimos con las sociedades personalistas, según la causa de disolución de la sociedad de gananciales, pero teniendo en cuenta dos cosas: a) Que, puesto que para ser administrador en principio no se requiere ser socio, puede ser que el esposo no socio haya gestionado, solo o junto con otros, la vida de la sociedad o que, incluso, ambos esposos hayan sido administradores, aunque solo uno tuviera la condición de socio. Por este motivo, dedicaremos un punto (el punto 3) al caso de que ambos cónyuges hayan gestionado la sociedad, refiriéndose los puntos 1 y 2 al supuesto en el que solo uno de ellos fuera administrador; b) Que cuando hablamos de cónyuge administrador nos referimos a un cónyuge que ha gestionado efectivamente la empresa (tal y como exige el art. 1406, núm. 2 del Código Civil), ya sea como simple administrador (único o mancomunado), como miembro del consejo de administración (si son tres o más los administradores, art. 210. 2 LSC), o como delegado de este; por eso, cuando uno de los esposos pertenece al consejo de

administración y hay delegación, para que pudiera existir un derecho de atribución preferente a su favor, habría que comenzar por determinar si, en ese caso concreto, ese cónyuge sigue gestionando efectivamente la empresa, ya por ser él delegado, ya por continuar de algún modo con la gestión a pesar de esa delegación; lo mismo cabe decir si existe director general. Veamos:

1. Disolución de la sociedad de gananciales por causa distinta de la muerte del cónyuge socio:

a) Por causa diferente al fallecimiento del cónyuge no socio: Ya sabemos que, en principio, las acciones son libremente transmisibles razón por la que podrán incluirse en el lote de uno u otro esposo. Si uno de ellos gestionaba la sociedad en el momento de la disolución del régimen, conforme al tenor literal del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, debería corresponderle un derecho de atribución preferente independientemente de que fuera socio o no, pero esta desvinculación de la cualidad de socio y, por tanto, de la titularidad de las acciones que, salvo pacto en los estatutos, se da respecto al nombramiento y mantenimiento en el cargo de administrador, hace que la finalidad perseguida por el derecho de atribución preferente que estudiamos (la permanencia del cónyuge que gestionaba efectivamente la sociedad en su profesión) no justifique su existencia (la del derecho de atribución preferente) con la salvedad de lo que diremos en el punto 4 sobre los paquetes de control; ahora bien, si el cónyuge socio ostenta el cargo de administrador y este es gratuito, creemos razonable pensar que era administrador por ser socio y, a pesar de la desvinculación a la que nos referíamos más arriba, podría estar justificada la atribución preferente de las acciones a su favor. Si el cargo de administrador requiriese ser titular de acciones de la sociedad, creemos que debe afirmarse el derecho de atribución preferente a favor del esposo socio y administrador. Podría alegarse en contra de la existencia de derecho de atribución preferente que el cargo de administrador no es por tiempo indefinido, lo que chocaría con el carácter permanente de la atribución de las acciones en la partición de la sociedad de gananciales, frente a lo que cabe oponer que, como hemos visto, cabe y de hecho es frecuente, la reelección, y que reconocer un derecho de atribución preferente al cónyuge socio administrador, al fin y al cabo es la forma de conseguir, al menos provisionalmente, la finalidad principal del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, es decir, que el cónyuge gestor mantenga su profesión. Si se trata de una sociedad anónima cerrada, con restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones[61], habría que ver hasta qué punto el cónyuge no socio podría cumplir los requisitos exigidos para la transmisión; si los cumple podrá plantearse la posibilidad de existencia de un derecho de atribución preferente a favor de uno de los esposos, concretamente del que hubiera gestionado la sociedad, si es que alguno de ellos lo hizo; nuevamente deberemos plantearnos aquí, además, si el cargo de administrador está o no

vinculado a la condición de socio, de modo que en este último caso (salvo que el cónyuge socio sea administrador y no esté retribuido por ello) no cabría derecho de adquisición preferente a favor del administrador puesto que podría seguir ejerciendo tal cargo aunque las acciones se atribuyeran al otro. Si el esposo no socio no cumple los requisitos exigidos por las cláusulas estatutarias para la transmisibilidad, las acciones deberán ser atribuidas en la liquidación de la sociedad de gananciales al cónyuge socio, independientemente de que fuera o no administrador, e independientemente de que lo fuera o no el otro esposo, si es que se da el caso. Si la cláusula que restringe la libre transmisibilidad de las acciones consiste en otorgar un derecho de adquisición preferente a la sociedad o a alguno de los socios, pensamos que (salvo que se sepa de alguna manera que ni sociedad ni ninguno de los socios va a ejercer ese derecho), lo más aconsejable sería la atribución al cónyuge socio, ya que: si el no socio era administrador, eso quiere decir que no requeriría la atribución de las acciones para mantenerse en su cargo; si el socio era administrador y se exigía para ejercer dicho cargo ser titular de acciones de la sociedad, tendría derecho de atribución preferente, con lo que las acciones permanecerían en su titularidad, y si el cónyuge socio era administrador pero no se requería ser socio para gestionar la sociedad, el dar la posibilidad de que el esposo no administrador pueda, igual que el que lo es, ser adjudicatario de las acciones puede suponer que, al ejercer su derecho de adquisición preferente la sociedad o alguno de los socios, las acciones no fueran ni para uno, ni para otro esposo, y terminaran saliendo del patrimonio «familiar»[62]; no obstante, no desconocemos que es posible que existan desavenencias entre los cónyuges al liquidar la sociedad de gananciales y que estas pueden llevar al esposo no socio a preferir esto último, antes de que sea el otro quien se quede con las acciones.

b) Disolución de la sociedad de gananciales por muerte del cónyuge no socio: En este supuesto, si el otro esposo era administrador y socio, cabe decir lo mismo que hemos dicho en el apartado a), sustituyendo al esposo no socio por sus herederos, pues aunque la disolución del régimen de gananciales haya concluido por la muerte del esposo no socio, la adjudicación de las acciones a los herederos del esposo no socio fallecido no es para la sociedad anónima una transmisión *mortis causa*, al no tener por causa la muerte del cónyuge socio. Si el no socio fallecido era administrador y no lo era el cónyuge supérstite socio, los herederos del primero en ningún caso podrán tener derecho de atribución preferente sobre las acciones gananciales en la liquidación del régimen económico matrimonial, por un lado porque el derecho de atribución preferente del artículo 1406 del Código Civil no se hereda, por otro porque ni siquiera el fallecido hubiera tenido derecho de atribución preferente por no estar vinculada la administración a la titularidad de las acciones y tampoco lo tendrá el socio no administrador, precisamente por no serlo, si bien, al igual que dijimos líneas atrás en el apartado a), en casos de sociedad cerrada, puede ser aconsejable

no promover las posibilidad de transmisión de las acciones y dejar estas en poder del supérstite que venía siendo socio. Lógicamente, si el único heredero del cónyuge no socio era precisamente el esposo socio, en cualquier caso las acciones permanecerán en el poder de este, ya no solo como titular formal, sino también como único titular material de las mismas.

2. Cuando la causa de disolución de la sociedad de gananciales fue la muerte del cónyuge socio, si las acciones eran libremente transmisibles y el cónyuge socio fallecido era administrador, no siéndolo el esposo sobreviviente, las acciones podrán adjudicarse en la liquidación de la sociedad de gananciales al cónyuge viudo o a los herederos del premuerto sin derecho de atribución preferente a favor de ninguno de ellos y, por tanto, según las reglas generales. Si el viudo no socio era administrador de la sociedad anónima, carecerá de derecho de atribución preferente porque no lo necesita para mantener su cargo, razón por la que podrán adjudicarse las acciones a este o a los herederos del fallecido según las reglas generales. Si existían cláusulas restrictivas de la transmisibilidad establecidas en los estatutos (art. 124.1 LSC), la sociedad anónima, para evitar que las acciones pasen al viudo o a los herederos, podrá presentar «un adquirente de las acciones u ofrecerse a adquirirlas ella misma por su valor razonable en el momento en que se solicitó la inscripción…» (art. 124.2 LSC), y si no lo hace, ni viudo, ni herederos tendrán (de acuerdo con lo apuntado más arriba) derecho de atribución preferente. Si el viudo era el único heredero del cónyuge socio fallecido y no existen disposiciones estatutarias limitativas de la transmisibilidad de las acciones, él pasará a ser titular formal y material de estas, y en el caso de existencia de dichas disposiciones la sociedad podrá presentar un adquirente u ofrecerse a adquirirlas ella misma conforme al artículo 124.2 LSC, en cuyo caso el viudo adquiriría la cantidad correspondiente en sustitución de las acciones.

3. Si los dos esposos son administradores y solo uno socio, disuelta la sociedad viviendo ambos, ninguno de los dos tendrá derecho de adquisición preferente, no solo porque el propio supuesto implica que el cargo de administrador no está vinculado a la titularidad de las acciones, sino también porque, cuando ambos esposos gestionan efectivamente la explotación ninguno de ellos tiene derecho de atribución preferente. Si los dos eran administradores siendo solo uno socio y fallece el cónyuge no socio, tendríamos que repetir lo que dijimos más atrás para el caso de fallecimiento del cónyuge no socio y no administrador y supervivencia del cónyuge socio administrador (punto 1, apartado b), pues los herederos del administrador premuerto nunca podrían heredar un hipotético derecho de atribución preferente. Si quien fallece es el cónyuge socio y sobrevive el no socio, sería trasladable aquí lo que dijimos para el caso de fallecimiento del cónyuge socio y supervivencia del cónyuge no socio administrador (punto 2).

4. Si las acciones gananciales de las que es titular formal uno solo de los esposos constituyen un paquete de control, de modo que, aunque este esposo socio no ocupe un cargo de administrador, de hecho tenga poder para dirigir la vida de la sociedad, es opinión doctrinal generalizada, seguida incluso por autores que niegan que quepa derecho de atribución preferente cuando la empresa tiene forma social[63], que dicho cónyuge tendrá un derecho de atribución preferente de las acciones gananciales. Se vuelven a unir en este caso titularidad y control de la sociedad.

b) Derecho de atribución preferente de las participaciones de la Sociedad de Responsabilidad Limitada.

Para pasar a tratar la cuestión en la sociedad de responsabilidad limitada, empezaremos por su definición, conforme al artículo 1.2 LSC, como «sociedad mercantil de capitales, de carácter cerrado, con un capital mínimo de 3.000 euros, dividido en participaciones sociales y cuyos socios no responderán de las deudas sociales» (SÁNCHEZ CALERO / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2010, 607). Las participaciones sociales, como las acciones de la sociedad anónima, son «partes alícuotas indivisibles y acumulables del capital social» (art. 90 LSC) pero, a diferencia de las acciones, «no podrán estar representadas por medio de títulos o anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones, y en ningún caso tendrán el carácter de valores» (a] 92.2 LSC) y, aunque son transmisibles, lo son con fuertes limitaciones fundadas en la tendencia a la estabilidad de las personas de los socios, dado que en estas sociedades tiene gran importancia el *intuitus personae*. Concretamente, y en cuanto a nosotros interesa, conforme al artículo 107.1 LSC, la transmisión voluntaria *inter vivos* será libre cuando se realice entre socios, o a favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o a favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente; en los demás casos, la transmisión estará sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos y, en su defecto, las establecidas en la Ley *de Sociedades de Capital*. El régimen de la transmisión *mortis causa* se recoge en el artículo 110 LSC, conforme al cual «la adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio», pero «los estatutos podrán establecer a favor de los socios sobrevivientes, y, en su defecto, a favor de la sociedad, un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor razonable que tuvieren el día del fallecimiento del socio, cuyo precio se pagará al contado…»[64].

La organización de la sociedad de responsabilidad limitada, como la de la sociedad anónima, responde al principio de organización corporativa, de modo que nos encontraremos con una junta de socios y un órgano de administración. Las competencias de la junta en principio son las mismas que las de la junta

general de la sociedad anónima (arts. 160 y 161 LSC), pero además, en la sociedad de responsabilidad limitada, la junta general podrá acordar anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a sus socios y administradores (art. 162.1 LSC).

La administración de la sociedad de responsabilidad limitada se regula en la Ley *de Sociedades de Capital* junto a la de la sociedad anónima (Título VI, arts. 209 y sigs. LSC), estableciendo, en su caso, las especialidades concretas de una u otra. Caben, por tanto, en la sociedad de responsabilidad limitada las formas de organizar la administración enumeradas por el artículo 210.1 LSC: administrador único, varios administradores que actúen solidariamente o de forma conjunta o consejo de administración, siendo posible en la sociedad de responsabilidad limitada que los estatutos atribuyan a la junta general la facultad de alterar la forma de administración determinada en ellos sin necesidad de modificación estatutaria, bastando con que el acuerdo de la junta conste en escritura pública (arts. 210.3 y 4 LSC). Como otra peculiaridad frente a la sociedad anónima, el consejo de administración en la de responsabilidad limitada, no podrá tener más de doce miembros (art. 242.2 LSC) y cabrá que más de dos administradores actúen conjuntamente sin que sea necesario que constituyan consejo de administración (art. 210.2 LSC). Los administradores no será necesario que tengan la condición de socio, salvo que los estatutos dispongan lo contrario, y serán nombrados por la junta de socios, salvo que estén designados en la escritura pública de constitución de la sociedad (arts. 212.2 y 214 LSC), no cabiendo los sistemas de nombramiento por cooptación y de representación proporcional, reservados para la anónima (arts. 243 y 244 LSC). Como en la anónima, el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario fijando el sistema de retribución (art. 217.1 LSC) y cuando este tenga por base una participación en los beneficios, en la sociedad de responsabilidad limitada los estatutos deberán concretar la participación o el porcentaje máximo de la misma, que en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios (arts. 218.1 y 2 LSC). Tal y como establece el artículo 221.1 LSC, a diferencia de los administradores de la sociedad anónima, los «de la sociedad de responsabilidad limitada ejercerán su cargo por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado, en cuyo caso podrán ser reelegidos una o más veces por periodos de igual duración». Como en la sociedad anónima, corresponde a los administradores de la de responsabilidad limitada, la representación de esta (art. 233 LSC), con alguna especialidad respecto a la anónima cuando hubiera más de dos administradores conjuntos (art. 233.2.c LSC).

Hecho este acercamiento general a las sociedades de responsabilidad limitada, veamos los distintos supuestos con los que podemos encontrarnos a la hora de decidir si cabe o no derecho de atribución preferente a favor de alguno de los esposos, teniendo en cuenta que seguiremos el mismo esquema que utilizamos

al tratar del tema en las sociedades anónimas, de modo que en los puntos 1 y 2, solo uno de los cónyuges fue administrador, en el 3, lo fueron los dos y en el 4, nos referiremos al caso de existencia de paquete de control. Veamos entonces:

1. Disolución de la sociedad de gananciales por causa distinta a la muerte del cónyuge socio:

a) Disolución por causa distinta a la muerte del cónyuge no socio: En este caso, la adjudicación de las participaciones al cónyuge no socio supondría una transmisión *inter vivos* que, como hemos visto (art. 107.1 LSC), aunque puede estar limitada para otros supuestos, cuando se realiza a favor del cónyuge (cual es el caso), ascendientes o descendientes del socio, es libre, con lo que se da el requisito para que podamos plantearnos la existencia de derecho de atribución preferente que es la libre transmisibilidad de las participaciones. Al igual que ocurría en la sociedad anónima, puesto que en principio no se requiere ser socio para ser administrador, si atendemos a la finalidad fundamental del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil (que el cónyuge que gestionaba la sociedad pueda mantenerse en su profesión), resultará que para que se consiga esta no es necesario que las participaciones sean adjudicadas al cónyuge socio administrador, razón por la que, salvo que ejerciera tal función gratuitamente y podamos pensar que el desempeño de la misma se debe a su condición de socio, no estaría justificada la existencia de un derecho de atribución preferente de las participaciones a su favor. Ahora bien, si para mantener el cargo de administrador se requiere ser socio, el esposo socio administrador tendrá un derecho de atribución preferente de las participaciones con cuyo ejercicio podrá asegurar el mantenimiento en su profesión, sin que quepa aquí hacer objeciones derivadas de que el cargo de administrador se asigne por un plazo de tiempo determinado, puesto que, a diferencia de lo que ocurre en la sociedad anónima, en la de responsabilidad limitada el nombramiento es por tiempo indefinido. Si el cónyuge socio no fue administrador (y tampoco el no socio) entonces no existirá derecho de atribución preferente a favor de ninguno de los esposos y la adjudicación de las participaciones en un lote u otro se hará de acuerdo con las reglas generales.

b) Si la disolución de la sociedad fue por muerte del cónyuge no socio y el socio era administrador, cabrá repetir aquí lo que dijimos en al apartado a) para el caso en que el socio fuera administrador, distinguiendo entre si para ser administrador es necesario o no ser socio y sustituyendo al cónyuge no socio por sus herederos siempre que estos fueran descendientes o ascendientes del cónyuge socio (art. 107.1 LSC); ahora bien, si el heredero o herederos del premuerto son otras personas distintas a los descendientes o ascendientes del socio, cabe que existan límites a la transmisibilidad de las participaciones de modo que si se trata, por ejemplo, de exigir ciertos requisitos a los posibles adquirentes y los herederos no los cumplen, la participaciones tendrán que quedar en manos

del cónyuge socio, independientemente de que su cargo de administrador esté vinculado a la condición de socio o no, y si se trata de que existe en esos casos un derecho de adquisición preferente de las participaciones a favor de los otros socios o de la sociedad, aun no estando vinculado el cargo de administrador a la condición de socio y, por tanto, no teniendo el viudo derecho de atribución preferente, sea recomendable —antes de exponerse a que las participaciones no sean ni para los herederos, ni para el viudo—, que las participaciones sean adjudicadas en la liquidación, sin más, al cónyuge viudo socio y administrador. Si el cónyuge socio no era administrador y sí lo era el cónyuge no socio fallecido, los herederos del cónyuge fallecido no tendrán por ello derecho de atribución preferente de las participaciones y el cónyuge socio, tampoco, debiéndose dar por repetido aquí lo que acabamos de decir respecto a la distinción entre el supuesto de que los herederos del esposo no socio fallecido sean descendientes o ascendientes del socio, y el caso de que no lo sean. Lógicamente, si el único heredero del esposo premuerto no socio, era su viudo y socio, a este le corresponderían las participaciones en todo caso (art. 107.1 LSC).

2. Cuando la causa de disolución de la sociedad de gananciales fue la muerte del cónyuge socio, si las participaciones eran libremente transmisibles y el fallecido era administrador, no siéndolo el esposo sobreviviente, las participaciones podrán adjudicarse en la liquidación de la sociedad de gananciales al cónyuge viudo o a los herederos del cónyuge socio premuerto sin derecho de atribución preferente a favor de ninguno de ellos y, por tanto, según las reglas generales. Si el viudo no socio era administrador de la sociedad de responsabilidad limitada, carecerá de derecho de atribución preferente porque no lo necesita para mantener su cargo, razón por la que podrán adjudicarse las participaciones a este o a los herederos del socio fallecido según las reglas generales. Si en los estatutos se había establecido, tal y como permite el artículo 110 LSC, un derecho de adquisición preferente de las participaciones a favor de los socios o de la sociedad, estos podrán ejercitarlo, caso en el que ingresará en la masa a dividir la cantidad abonada conforme al citado precepto. Si el único heredero del cónyuge socio fallecido era el viudo, a él corresponderán las participaciones, salvo el caso de existencia en los estatutos de un derecho de adquisición preferente a favor de los socios sobrevivientes o la sociedad, y ejercicio por estos del mismo en las condiciones ya vistas. Si los dos esposos son administradores y solo uno socio, disuelta la sociedad viviendo ambos, ninguno de los dos tendrá derecho de adquisición preferente, no solo porque el propio supuesto implica que el cargo de administrador no está vinculado a la titularidad de las acciones, sino también porque cuando ambos esposos gestionan efectivamente la explotación ninguno de ellos tiene derecho de atribución preferente. Si los dos eran administradores siendo solo uno socio y falleciera el cónyuge no socio, puesto que no se requeriría ser socio

para ser administrador, el viudo no tendría derecho de atribución preferente (salvo que su administración fuera gratuita) y los herederos del premuerto o socio, tampoco. Si quien fallece es el cónyuge socio y sobrevive el no socio, sería trasladable aquí lo que dijimos para el caso de fallecimiento del cónyuge socio y supervivencia del cónyuge no socio administrador (segundo caso de este punto 2): carecerá de derecho de atribución preferente porque no lo necesita para mantener su cargo.

3. Si los dos esposos son administradores y solo uno socio, disuelta la sociedad viviendo ambos, no podrá haber límite alguno a la libre transmisibilidad de las participaciones por ser un cónyuge el posible adquirente de las mismas (art. 107.1 LSC), sin embargo ninguno de los dos tendrá derecho de atribución preferente sobre las participaciones por iguales razones, salvo que el socio no cobrara retribución alguna y pudiera razonablemente estimarse que su cargo de administrador lo detenta por ser socio. Si los dos eran administradores siendo solo uno socio y fallece el cónyuge no socio, tendríamos que repetir lo que dijimos más atrás para el caso de fallecimiento del cónyuge no socio y no administrador y supervivencia del cónyuge socio administrador (punto 1, apartado b), pues los herederos del administrador premuerto nunca podrían heredar un hipotético derecho de atribución preferente. Si quien fallece es el cónyuge administrador socio y sobrevive el cónyuge administrador no socio, sería trasladable aquí lo que dijimos para el caso de fallecimiento del cónyuge socio y supervivencia del cónyuge no socio administrador (punto 2).

4. Respecto al paquete de control de participaciones sociales, cabe repetir aquí lo que dijimos al tratar de las acciones de la sociedad anónima.

III. CONCLUSIONES

I. El fin perseguido por el artículo 1406, núm. 2 del Código Civil es el de proteger el interés personal del cónyuge que venía gestionando efectivamente la explotación en continuar dedicándose a tal actividad, lo que de forma refleja supondrá en ocasiones evitar la división de aquella. Sin embargo, esto último no es un fin del precepto, dado que el legislador ha atendido más a la situación personal del cónyuge concreto, que a los efectos que puedan tener las disoluciones de las sociedades de gananciales en las que exista una empresa ganancial, en la economía general.

II. La preferencia en la adjudicación que determina el derecho de atribución preferente a favor de su titular, implica que solo uno de los esposos cumple el requisito exigido por cada número del precepto, pues solo se puede justificar la preferencia de uno frente al otro si uno puede oponer al otro que mientras él cumple tal requisito, el otro no.

III. El derecho de atribución preferente no se transmite a los herederos y ni siquiera lo ostenta el heredero que hubiera gestionado, solo o junto al cónyuge fallecido, la explotación.

IV. Será titular del derecho de atribución preferente el cónyuge que organice y haya organizado los elementos personales y materiales necesarios para la producción de bienes y servicios, con vistas a la consecución de unos objetivos dentro del mercado, fijados por él (aisladamente o junto con otros), para lo cual determinará las relaciones que ha de tener la empresa con otras empresas o con terceros en general, o en otras palabras, decidirá lo que será la política de la empresa. No se requerirá ser empresario, pero sí que se ejerza la actividad descrita (gestión efectiva) profesionalmente, que la haya ejercido en el pasado, la ejercite en el presente y piense continuar con ella en el futuro.

V. El objeto del derecho de atribución preferente del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil es la empresa, entendiendo por tal el conjunto organizado de bienes y relaciones materiales e inmateriales dotados de valor económico y objeto de una gestión propia y separada respecto del resto del patrimonio al que pertenece, constitutivos a su vez de un solo bien unitario calificable en su conjunto como ganancial, privativo o mixto, del que se sirve el empresario para ejercer su actividad de tal, es decir, una actividad económica planificada cuyo fin sea intervenir en el mercado de bienes o servicios con el ánimo de obtener una ganancia.

VI. Si una empresa (unidad económica) está constituida por varias explotaciones (unidades técnicas) habría que diferenciar si la totalidad de la empresa cabe o no en el lote del esposo en el que se reúnen los requisitos para ser titular del derecho de atribución preferente: si cabe, entonces el esposo gestor no podrá exigir que se le atribuya solo una de las explotaciones, sino que si ejerce su derecho de atribución preferente le serán adjudicadas todas las que forman la empresa; en los casos en los que la empresa con todas sus explotaciones, exceda del valor del lote del esposo que podría ser beneficiario, habrá que atender a la viabilidad económica de las unidades empresariales resultantes de la división, para determinar si se le adjudican las explotaciones que quepan en su lote o la cuota de la empresa que no exceda de este.

VII. Las acciones y participaciones de la empresa con forma social pueden ser también objeto de atribución preferente con base en una interpretación extensiva del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, pero tal derecho solo cabrá cuando dichas acciones o participaciones sean gananciales, transmisibles, el esposo que lo pretenda (sea o no socio) haya gestionado efectivamente la sociedad y con la adjudicación preferente se persiga posibilitar el mantenimiento del cónyuge en el ejercicio de su profesión empresarial y, solo en un segundo término, la conservación de la explotación. Además, habrá que tener en cuenta el tipo de sociedad y la causa de disolución de la sociedad de gananciales.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS:

- RDGRN de 23 de octubre de 1959, *RJ* 1959, 3516
- STS de 24 de marzo de 1981, *RJ* 1981, 1073
- STS de 13 de diciembre de 1982, *RJ* 1982, 9033
- RDGRN de 20 de marzo de 1986, *RJ* 1986, 1562
- STS de 12 de julio de 1983, *RJ* 1983, 4217
- STS de 21 de julio de 1986, *RJ* 1986, 3788
- STS de 20 de diciembre de 1986, *RJ* 1986, 7755
- STS de 4 de julio de 1988, *RA* 1988, 5555
- STS de 5 de abril de 1989, *RJ* 1989, 2993
- STS de 21 de mayo de 1990, *RJ* 1990, 3827
- STS de 8 de octubre de 1990, *RJ* 1990, 7482
- STS de 5 de marzo de 1991, *RJ* 1991, 1718
- STS de 29 de mayo de 1991, *RJ* 1991, 3943
- STS de 13 de febrero de 1992, *RJ* 1992, 841
- STS de 13 de febrero de 1992, *RJ* 1992, 842
- STS de 17 de febrero de 1992, *RJ* 1992, 1258
- RDGRN de 28 de febrero de 1992, *RJ* 1992, 2881
- STS de 28 de mayo de 1992, *RJ* 1992, 4391
- STS de 20 de octubre de 1992, *RJ* 1992, 8089
- STS de 10 de junio de 1993, *RJ* 1993, 5403
- STS de 18 de junio de 1993, *RJ* 1993, 4685
- STS de 28 de septiembre de 1993, *RJ* 1993, 6657
- STSJ de Navarra, de 1 de diciembre de 1993, *RJ* 1993, 10093
- SAP de Valladolid, de 28 de marzo de 1995, *AC* 1995, 411
- STS de 25 de febrero de 1997, *RJ* 1997, 1328
- STS de 13 de octubre de 1998, *RJ* 1998, 8252
- STS de 30 de diciembre de 1998, *RJ* 1998, 9763
- STS de 11 de octubre de 1999, *RJ* 1999, 7324
- STS de 13 de abril de 2000, *RJ* 2000, 1829
- RDGRN de 18 de abril de 2000, *RJ* 2000, 5817
- STS de 11 de mayo de 2000, *RJ* 2000, 3926
- STS de 20 de noviembre de 2000, *RJ* 2000, 9346
- STS de 28 de junio de 2001, *RJ* 2002, 1463
- RDGRN de 8 de marzo de 2005, *RJ* 2005, 3481
- STS de 21 de marzo de 2005, *RJ* 2005, 2605
- RDGRN de 6 de febrero de 2008, *RJ* 2008, 637
- STS de 9 de mayo de 2008, *RJ* 2008, 2970
- RDGRN de 22 de mayo de 2009, BOE-A-2009-10008
- RDGRN de 2 de junio de 2009, *RJ* 2009, 3012
- SAP de Barcelona, de 10 de febrero de 2009, *AC* 2009, 718

- SAP de Asturias (Sección 7.ª), de 20 mayo de 2009, *JUR* 2009, 303011
- SAP de Cuenca (Sección 1.ª), de 30 de junio de 2009, *JUR* 2009, 31855
- RDGRN de 9 de noviembre de 2009, *RJ* 2009, 78
- SAP de Murcia, de 10 de junio de 2011, *AC* 2011, 266398
- RDRN de 10 de diciembre de 2012, *RJ* 2013, 714
- SAP de Palencia (Sección 1.ª), de 20 de mayo de 2013, *JUR* 2013, 197380
- SAP de Cantabria (Sección 4.ª), de 27 de mayo de 2013, *JUR* 2014, 32192
- SAP de Barcelona (Sección 18.ª), de 13 de marzo de 2013, *JUR* 2013, 173628
- RDGRN de 14 de mayo de 2013, *RJ* 2013, 4846
- RDGRN de 26 de marzo de 2014, *JUR* 2014, 2376

BIBLIOGRAFÍA

BROSETA PONT, M. (1985). *Manual de Derecho mercantil*. Madrid: Tecnos.

CADARSO PALAU, J. (1993). *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*. Madrid: Tecnos.

CANO ZAMORANO, L. (2014). La comunidad de bienes y su relación con el Registro Mercantil. En: M. J. Reyes López (coord.), *Comunidad de bienes*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 703-730.

DÍEZ-PICAZO, L. (1984). Artículo 1406. En: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia,* vol. II. Madrid: Tecnos, pp. 1801-1802.

DÍEZ BALLESTEROS, J. (1997). *La empresa individual en el régimen de gananciales*. Madrid: Montecorvo.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013). Artículo 8. En: A. Domínguez Luelmo (coord.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Valladolid: Lex Nova-Thomson Reuters, pp. 82-98.

DOMÍNGUEZ REYES, J. F. (2013). El legado de empresa familiar (Primera parte). *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 85, 149-219.

EGEA IBÁÑEZ, R. (1982). La empresa o establecimiento mercantil. Bienes gananciales o privativos. Reforma del Código Civil. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 58, 1281-1308.

FERNÁNDEZ DE BILBAO, J. (2011). «Comunidades de bienes» y «Sociedades civiles» para empresa. La sociedad irregular. *JADO: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Año 10, núm. 22, 55-131.

FONSECA, R. (1986). Las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil (I Parte). *Revista de Derecho Privado*, enero, 8-46.

— (1986b). Las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil (II Parte). *Revista de Derecho Privado*, febrero, 107-131.

GARCÍA CANTERO, G. (1995). Empresa familiar y sociedad de gananciales. En: V. M. Garrido de Palma (dir.), *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la IIMP.* Madrid: Civitas, pp. 83-96.

GARCÍA URBANO, J. M. (1993). Artículo 1406. En: *Comentario al Código Civil,* II. Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 796-799.

GARCÍA RUBIO, M. P. (2002). *Introducción al Derecho civil*. Barcelona: Cálamo.

GARRIDO DE PALMA, V. M y otros (1985). *La disolución de la sociedad conyugal (Estudio específico de las atribuciones preferentes de los arts. 1406 y 1407 del Código Civil)*. Madrid: Reus.

GARRIDO DE PALMA, V. M. (2004). Los nuevos artículos 831 y 1056, 2.º del Código Civil. Algunas aplicaciones. En: J. M. González Porras y F. P. Méndez González (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García,* T. I. Murcia: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, pp. 2021-2029.

GARRIGUES, J. (1962). *Curso de Derecho mercantil*, *I*. Madrid.

GIRÓN TENA, J. (1981). Sobre las características generales desde los puntos de vista político-jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa. En: *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*. Madrid: EDERSA, pp. 281-306.

GUILLÉN CATALÁN, R. (2011). Artículo 1406. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. III, Libro IV, Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (arts. 1088 a 1444)*. Madrid: Civitas-Thomsom-Reuters, pp. 1155-1158.

GUTIÉRREZ JEREZ, L. J. (2009). La sucesión en la explotación agraria. *Revista de Estudios jurídicos*, núm. 9, 337-346.

IGLESIAS, J. L. / GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (2012a). Las sociedades de capital. Aspectos básicos. En: A. Menéndez y A. Rojo (dirs.). *Lecciones de Derecho mercantil*, vol. I. Pamplona: Aranzadi, pp. 379-395.

— (2012b). Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (I). En: A. Menéndez y A. Rojo (dirs.). *Lecciones de Derecho mercantil*, vol. I. Pamplona: Aranzadi, pp. 417-438.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (1989). *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia,* fasc. 2.º. Barcelona: Bosch.

LECIÑENA IBARRA, A. (2014). Diferencias entre sociedad y comunidad. En:.M. J. Reyes López (coord.), *Comunidad de bienes*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 59-83.

LOJENDIO OSBORNE, I. / NÚÑEZ LOZANO, P. L. (2010). Las sociedades colectiva y comanditaria simple. En: G. J. Jiménez Sánchez (coord.), *Derecho mercantil I, vol. 2.º, III, Las sociedades mercantiles*. Madrid: Marcial Pons, pp. 27-38.

LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A. (1983). La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la ley de 13 de mayo de 1981. *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 585-617.

MADRID PARRA, A. (2010). Disolución y liquidación de las sociedades mercantiles. En: G. J. Jiménez Sánchez (coord.), *Derecho mercantil I, vol. 2.º, III, Las sociedades mercantiles*. Madrid: Marcial Pons, pp. 369-388.

MARTÍN-CASALS, M. / SOLÉ FELIU, J. (2010). Artículo 1903. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova, pp. 2055-2062.

MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (1995). *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*. Madrid: Mc. Graw-Hill.

MARTÍN MORÓN, M. T. (2014). Concepto de comunidad. En:.M. J. Reyes López (coord.), *Comunidad de bienes*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 33-58.

MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2005). La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés. En: M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill (coords.), *El patri-*

monio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, T. IV. Barcelona: Bosch, pp. 305-357.

MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (1986). Influencia del Derecho público sobre el Derecho de familia, *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio, 7-240.

MILLÁN SALAS, F. (1994). La empresa y la sociedad de gananciales. *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 4, 235-249.

MONTERO AROCA, J. (2014). *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MORALEJA IMBERNÓN, M., (2006). Sección 5.ª. De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Artículos 1392 a 1410. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios al Código Civil*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, pp. 1656-1674.

MOZOS, J. L. DE LOS (1984). Artículos 1404 a 1407. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, T. XVIII, vol. 2.º, Artículos 1344 a 1410 del Código Civil*. Madrid: EDERSA, pp. 497-514.

NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A. (2010). *Introducción al Derecho agrario. La organización jurídica de las explotaciones agrarias. Supuestos prácticos y materiales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

PAZ-ARES, C. (2012a). Las sociedades mercantiles. En: A. Menéndez y A. Rojo (dirs.). *Lecciones de Derecho mercantil,* vol. I. Pamplona: Aranzadi, pp. 341-358.

— (2012b). La sociedad colectiva y la sociedad comanditaria. En: A. Menéndez y A. Rojo (dirs.). *Lecciones de Derecho mercantil,* vol. I. Pamplona: Aranzadi, pp. 359-378.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989). *Derecho de familia*. Madrid: Universidad Complutense.

— (1991a). Artículo 1346. En: *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 637-644.

— (1991b). Artículo 1360. En: *Comentario del Código Civil,* T. II. Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 678-679.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2008). Capítulo 4.º. La aplicación de las normas jurídicas. En: P. De Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho civil, I, Derecho Privado, Derecho de la Persona*. Madrid: Colex, pp. 131-184.

PÉREZ GARCÍA, M. J. (2012). Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. En: G. Díez-Picazo Giménez (coord.), *Derecho de familia*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, pp. 1165-1204.

RAGEL SÁNCHEZ, F. (2011). La sociedad de gananciales (5). La disolución de la comunidad de gananciales. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la familia, vol. III, Los regímenes económicos matrimoniales (I), Disposiciones generales. La vivienda familiar. Capitulaciones familiares. La sociedad de gananciales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 1241-1498.

RAMS ALBESA, J. (1985). Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales. (Régimen y naturaleza) (I). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 568, 727-835.

— (1985b). Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales. (Régimen y naturaleza) (II). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 569, 927-1070.

— (1989). La empresa en la sociedad de gananciales. En: *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*. Murcia: Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, pp. 715-729.

RAMS ALBESA, J. / MORENO MARTÍNEZ, J. A. (2005). *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*. Madrid: Dykinson.

REBOLLEDO VARELA, A. (2013). Artículo 1406. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, T.VII (arts. 1265 a 1484)*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 9937-9948.

REVERTE NAVARRO, A. (2004). *Sucesión «mortis causa» en la empresa y sucesión legitimaria (Notas al nuevo artículo 1056, II del Código Civil)*. Murcia: Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia.

REYES LÓPEZ, M. J. (2004). Economía del matrimonio y empresa familiar. En: M. J. Reyes López (coord.), *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, (Monografía asociada a *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 11). Cizur Menor: Aranzadi, pp. 97-190.

— (2005). El patrimonio del empresario familiar individual. En: M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill (coord.) *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, Tomo IV, Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar*. Barcelona; Boch, pp. 95-154.

RIVERA FERNÁNDEZ, M. (2010). Artículo 1406. En: M. Pasquau Liaño (Dir.), *Jurisprudencia civil comentada, T. II (arts. 1088 a 1976)*. Granada: Comares, pp. 2566-2567.

— (2008). Recorrido práctico sobre el activo de la sociedad legal de gananciales. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 40, 23-125.

SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2010). *Instituciones de Derecho mercantil,* vol. I. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2002). Tema 6. La sociedad de gananciales. En: J. F. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho privado, T. IV, Familia,* vol. 2.º. Madrid: Civitas, pp. 204-275.

TORRALBA SORIANO, V. (1984). Artículo 1347. En: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, vol. II*. Madrid: Tecnos, pp. 1602-1613.

TORRES GARCÍA, T. F. (1975). Arrendamientos rústicos que versan sobre cosas que no son fincas ni fincas rústicas. *Rivista di Diritto Agrario*, núm. 54, 1078-1090.

— (2008). Una aproximación al artículo 1056.II Código Civil. (Posible sucesión *mortis causa* de la empresa). En: J. Gómez Gállego (coord.), *Homenaje al Profesor D. Manuel Cuadrado Iglesias*, T. II. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, Registradores de España, pp. 1653-1671.

TORRES GARCÍA, T. F. / DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2005). El patrimonio agrario: constitución, titularidad y transmisión unitaria. En: M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill (Coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos. Constitución, Gestión, Responsabilidad, Continuidad y Tributación, T. II, Patrimonios personales, familiares, sucesorios y profesionales*. Barcelona: Bosch, pp. 767-833.

URÍA, R. (1989). *Derecho mercantil*. Madrid: Pons.

VELASCO SAN PEDRO, L. A. (2006). Gobierno corporativo. En: C. Alonso Ledesma (Dir.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid: Iustel, pp. 666-671.

NOTAS

[1] *Vid*., también: STS de 30 de diciembre de 1998, *RJ* 1998, 9763.

[2] La redacción actual del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil procede de la Disposición Final 1.3 de la Ley número 7/2003, de 1 de abril, *de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, y resulta más clara que la anterior que, procedente la Ley de 13 de mayo de 1981, se refería a «la explotación agrícola, comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo».

[3] En la jurisprudencia menor, muy clara respecto a esto (aunque el reparto que hace de las acciones sea discutible) resulta la SAP de Palencia (Sección 1.ª), de 20 de mayo de 2013, *JUR* 2013, 197380: «…si a día de hoy Fabel Maquinaria Industrial ha venido funcionando a satisfacción en el tráfico mercantil gestionada por el esposo la igualdad perseguida se podría truncar de aprobarse definitivamente la distribución de las acciones tal como lo hace la Contadora (241/259), pues podría darse el caso que quién ha desempeñado el cargo de administrador en esa sociedad los últimos veinte años perdiera su puesto de trabajo y esto si supondría un grave desequilibrio no compensable con los 8.345,70 euros que recibiría de más por las 9 acciones que recibiría de menos, y puesto que interés común a ambos contendientes debe ser que dicha sociedad siga funcionando como hasta ahora, que esto se consiga dependerá en mayor medida de que continúe como administrador el que mejor conoce los entresijos de la empresa y esto a día de hoy solo se puede garantizar distribuyendo las 500 acciones de la sociedad al 50% y se compense a la Sra. Agueda en lo que pudiera resultar perjudicada, solución que ya apuntó la juzgadora y en esta alzada se confirma».

[4] Mantenemos, por tanto, de una postura semejante a la de RAMS ALBESA, J. (1985). Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales. (Régimen y naturaleza) (I). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 568, 765 y 768; MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (1986). Influencia del Derecho público sobre el Derecho de familia, *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio, 294; o FONSECA, R. (1986). Las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil (I Parte). *Revista de Derecho Privado*, 25 y 26, que consideran que ambos son fines perseguidos por el artículo, pero que el principal es el mantenimiento del cónyuge en su actividad. Otros autores, hablan de ambas finalidades sin considerar una de ellas como principal, por ejemplo: GARRIDO DE PALMA, V. M y otros (1985). *La disolución de la sociedad conyugal (Estudio específico de las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil)*. Madrid: Reus, p. 30; DÍEZ BALLESTEROS, J. (1997) *La empresa individual en el régimen de gananciales*. Madrid: Montecorvo, p. 401; GARCÍA URBANO, J. M. (1993). Artículo 1406. En: Comentario al Código Civil, II. Madrid: Ministerio de Justicia (p. 198); FONSECA, R. (1986). Las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil (I Parte). *Revista de Derecho Privado*, enero, *op. cit*., p. 114. Otros, solo reconocen como finalidad la del mantenimiento del esposo gestor en su actividad, como MORALEJA IMBERNÓN, M. (2006). Sección 5.ª. De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Artículos 1392 a 1410. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios al Código Civil*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, p. 1670. Por su parte, si bien refiriéndose únicamente al derecho de adjudicación preferente aragonés del artículo 85.2.c de la Ley 2/2003, de las Cortes de Aragón, *de régimen económico matrimonial y viudedad*, MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2005). La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés. En: M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos,* T. IV. Barcelona: Bosch, p. 322, solo reconoce como finalidad la conservación de la empresa con independencia de los avatares del matrimonio.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha declarado que la conservación de la empresa como unidad económica es el fundamento del derecho potestativo del artículo 1406, núm. 2 del Código Civil, en STS 28 de mayo de 1992, *RJ* 1992, 4391.

[5] Por su parte, FONSECA, R. (1986). Las atribuciones preferentes…, *op. cit.,* 18, 116 y 117, piensa que si la explotación fue llevada por los dos esposos y uno fallece, el viudo no

tendrá derecho de atribución preferente, puesto que el artículo está pensando en el caso en el que solo uno de los cónyuges haya dirigido la empresa, sin embargo, critica que el viudo no pueda ejercer el derecho que estudiamos frente a los herederos del fallecido.

[6] Lo mismo ocurriría si la muerte tuviera lugar durante la comunidad postganancial, habiéndose disuelto la sociedad de gananciales por otra causa.

[7] Por su parte, NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A. (2010). *Introducción al Derecho agrario. La organización jurídica de las explotaciones agrarias. Supuestos prácticos y materiales*. Valencia: Tirant lo Blanch p. 290, refiriéndose a la explotación agrícola, entiende que tendrían derecho de atribución preferente los herederos colaboradores con el cónyuge adjudicatario.

[8] Sobre el artículo 1056, p. 2 del Código Civil puede consultarse: TORRES GARCÍA, T. F. (2008). Una aproximación al artículo 1056.II Código Civil. (Posible sucesión mortis causa de la empresa). En: J. Gómez Gálligo (coord.), *Homenaje al Profesor D. Manuel Cuadrado Iglesias*, T. II. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, Registradores de España, pp. 1653 y sigs.; TORRES GARCÍA, T. F. / DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2005). El patrimonio agrario: constitución, titularidad y transmisión unitaria. En: M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos. Constitución, Gestión, Responsabilidad, Continuidad y Tributación, T. II, Patrimonios personales, familiares, sucesorios y profesionales*. Barcelona: Bosch (pp. 813 y sigs.); GARRIDO DE PALMA, V. M. (2004). Los nuevos artículos 831 y 1056, 2.º del Código Civil. Algunas aplicaciones. En: J. M. González Porras y F. P. Méndez González (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, T. I. Murcia: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, pp. 2021-2029.

[9] La cual —frente a la opinión de RAMS— sí cabe en las normas excepcionales, como pone de manifiesto entre la doctrina, por ejemplo, GARCÍA RUBIO, M. P. (2002). *Introducción al Derecho civil*. Barcelona: Cálamo. pp. 149 y sigs. Ahora bien, recogiendo las palabras de PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2008). Capítulo 4.º. La aplicación de las normas jurídicas. En: P. De Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho civil, I, Derecho Privado, Derecho de la Persona*. Madrid: Colex, p. 137, «en cuanto la interpretación correctora [restrictiva o extensiva] implica la aplicación de una norma otorgándole un significado diferente al que se deriva de su sentido literal, ello solo puede llevarse a cabo fundamentando dicha solución, bien en un canon de interpretación que revista carácter normativo —canon sistemático—, o bien en algún elemento de interpretación al que la ley otorgue preferencia respecto de la literalidad de la norma —el espíritu y finalidad…—», lo que no ocurre en nuestro caso.

[10] *Vid.,* al respecto PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2008). Capítulo 4.º. La aplicación de las normas jurídicas., *op. cit.,* p. 135.

[11] *Vid.,* SAP Asturias (Sección 4.ª), 11 de julio de 2006, *JUR* 2006, 245853, según la cual: «Es cierto que doña Daniela desempeñaba allí trabajos como administrativa, ocupándose de la contabilidad, pero estos no implican la identificación con el negocio propia de quien ejerce la actividad empresarial, quien contrata y negocia con los clientes con los que mantiene una relación personal, y, por tanto, quien se encuentra más capacitado y con mejores condiciones para continuar al frente de la empresa. Además, esta es la pauta legal expresada en el artículo 1406.2 del Código Civil, al establecer que el cónyuge que gestione efectivamente una explotación económica tiene derecho preferente a que se incluya en su haber; sin que pueda confundirse esa gestión con los trabajos administrativos o contables que llevaba la esposa». No obstante, esta sentencia impone la atribución al marido, olvidando que el derecho de atribución preferente constituye una facultad que puede ejercerse o no por su titular.

[12] *Vid.,* STS de 9 de mayo de 2008, *RJ* 2008, 2970.

[13] Recientemente, PÉREZ GARCÍA, M. J. (2012). Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. En: G. Díez-Picazo Giménez (coord.), *Derecho de familia*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters (p. 1197), ha entendido también que el artículo 1406, núm. 2 CCO no exige que el cónyuge sea empresario sino «que haya realizado el trabajo organizativo y de dirección de la explotación económica o del negocio»; igualmente, RAMS ALBESA, J. / MORENO MARTÍNEZ, J. A. (2005). *El régimen económico del matrimonio (Comentarios*

al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial). Madrid: Dykinson, p. 691.

[14] Por su parte, PÉREZ GARCÍA, M. J. (2012). Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, *op. cit.,* p. 1197, no se pronuncia sobre este punto, diciendo simplemente que la gestión efectiva de la explotación por un cónyuge es «compatible con la realización de otra actividad u oficio».

[15] *Vid.:* SAP de Cantabria (Sección 4.ª), de 27 de mayo de 2013, *JUR* 2014, 32192, según la cual: «la simple titularidad de una tercera parte de la mitad indivisa del local y del negocio, unido al hecho de que la apelante no ejerza directa y continuamente las labores propias de quien explota, impiden tenerla como titular de un derecho de adquisición preferente. El tercer argumento de la apelante (que trae causa del hecho de «colaborar en el negocio») no puede ser atendido, porque «colaborar» no es «gestionar efectivamente», condición que difícilmente puede darse en quien, como ella, no explota de modo real, efectivo, directo y continuo el negocio, ni actualmente (lo explotan los arrendatarios), ni tampoco antes», razones estas por las que se atribuye la explotación al marido.

[16] *Vid.,* STS de 9 de mayo de 2008, *RJ* 2008, 2970, que entiende que la mujer tiene derecho de atribución preferente sobre la mitad ganancial de la explotación (comunidad de bienes) fundada por el marido y uno de los hijos, por ser ella la que lo gestionaba efectivamente junto con el hijo.

[17] No obstante, estos tres autores terminan admitiendo que en caso de absentismo del esposo titular formal de la empresa podría reconocerse el derecho de atribución preferente en el cónyuge apoderado general o aplicar la misma solución que cuando ambos gestionan la explotación.

[18] No obstante, GARRIDO DE PALMA, V. M y otros (1985). La disolución de la sociedad conyugal…, *op. cit.,* p. 45, cree que cuando sea posible, habrá que respetar los intereses empresariales de los dos: p. ej.: atribuyendo la empresa en proindiviso ordinario.

[19] Contra: MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (1986). Influencia del Derecho público…, *op. cit.,* 296, según el cual no cabe ejercicio parcial y compartido del derecho de atribución preferente, debido a su indivisibilidad y, en esos casos, ha de acudirse al criterio de la oponibilidad: «la función auxiliar del que dirige la explotación frente al que lleva toda la empresa, evidencia que solo este último deberá ser el único titular». Por su parte, GARRIDO DE PALMA, V. M y otros (1985). La disolución de la sociedad conyugal…, *op. cit.,* p. 46, entiende que si uno de los cónyuges es el empresario y lleva la empresa con su trabajo y el otro lleva una explotación, este será el auxiliar de aquel, con lo que el auxiliar no tendría derecho de atribución preferente; ahora bien, si se admite que el titular de la empresa con varias explotaciones puede utilizar el derecho de atribución preferente parcialmente el empresario podría ejercerlo sobre toda la empresa salvo la explotación llevada por su consorte; añade que si los dos son empresarios y cada uno lleva distintas explotaciones, cabrían en teoría distintas soluciones: negárselo a los dos, admitir que cada uno pueda ejercerlo sobre la explotación que llevaba, permitir que uno lo ejerza sobre toda la empresa… Pero cree que habrá que resolver en el caso concreto, teniendo en cuenta los distintos intereses en juego.

[20] *Vid.:* STS de 9 de mayo de 2008, *RJ* 2008, 2970, de la que se desprende, además, que la efectividad de la gestión debe probarse en la instancia.

[21] Fuera de la regulación de los regímenes económicos matrimoniales, dentro de la normativa sobre responsabilidad civil extracontractual, el artículo 1903 CCO, en su párrafo 4.º, se expresa de forma similar, al referirse a la de «los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes», habiéndose interpretado que «establecimiento o empresa» equivale a «explotación económica». *Vid.,* en este sentido: MARTÍN-CASALS, M. / SOLÉ FELIU, J. (2010). Artículo 1903. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova, p. 2059.

[22] *Vid.,* sobre los problemas existentes existentes para dar para dar un concepto de empresa: GIRÓN TENA, J. (1981). Sobre las características generales desde los puntos de vista político-jurídico y conceptual de los problemas actuales en torno a la empresa. En:

Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo. Madrid: EDERSA, pp. 281 y sigs.

[23] Ya tratamos de esta cuestión en: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T. (1995). *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*. Madrid: Mc.Graw-Hill, pp. 481 y sigs.

[24] *Vid*., un panorama de las posturas doctrinales que hubo al respecto en: DÍEZ BALLESTEROS, J. (1997). *La empresa individual…, op. cit.,* pp. 69 y sigs.

[25] *RJ* 1959, 3516.

[26] *RJ* 1983, 4217.

[27] Tal y como señala GUTIÉRREZ JEREZ, L. J. (2009). La sucesión en la explotación agraria. *Revista de Estudios jurídicos*, núm. 9, 338, esta ley «queda… como legislación básica, y por tanto, susceptible de ser desarrollada por las Comunidades Autónomas con competencia en materias agrícolas. Particularmente destaca en este sentido lo dispuesto en el artículo 23 apartado 2.º cuando atribuye a las Comunidades Autónomas facultades para la determinación de la extensión de la unidad mínima de cultivo para secano y para regadío en cada municipio o comarca de su ámbito territorial. En segundo lugar, la Ley 19/95 es de plena aplicación en el territorio nacional, en todo lo relativo al régimen de las unidades mínimas de cultivo y su determinación, pero muy especialmente, en lo referente a la transmisión de la explotación y su inscripción registral».

[28] SAP de Asturias (Sección 7.ª), de 20 de mayo de 2009, *JUR* 2009, 303011: «Cierto es que, según se refleja en el informe de valoración de dicha finca, emitido por el perito D. Miguel, D.ª Eva María viene criando gallinas, conejos y ovejas, y tiene un huerto en el que cultiva distintas especies vegetales (tomates, patatas, lechugas, etc.), pero de ahí no se puede extraer la conclusión de que D.ª Eva María venga explotando negocio o empresa agropecuaria alguna, pues no consta que obtenga ningún rendimiento de dicha actividad».

[29] La RDGRN de 23 de abril de 2005 *(RJ* 2005, 5367) continúa diciendo: «…el propio Centro Directivo ha estimado que la constitución de la finca funcional exige la observancia de dos requisitos: la declaración de voluntad del interesado en orden a que se constituya la finca única y el establecimiento de cuál sea esa relación de dependencia que es la base del trato unitario, no siendo suficiente la mera decisión del propietario (en este sentido, las resoluciones de 24 de mayo de 1895 y 29 de octubre de 1947 *[RJ* 1948, 621]). Igualmente, *vid.,* RDGRN de 14 de mayo de 2013, *RJ* 2013, 4846, sobre acreditación de la unidad orgánica o funcional en caso de una explotación agrícola.

Sobre el concepto de finca funcional, *vid.:* DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013). Artículo 8. En: A. Domínguez Luelmo (coord.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Valladolid: Lex Nova-Thomson Reuters, pp. 86 y sigs.; TORRES GARCÍA, T. F. (1975). Arrendamientos rústicos que versan sobre cosas que no son fincas ni fincas rústicas. *Rivista di Diritto Agrario,* núm. 54, pp. 1080 y sigs.

[30] *Vid*., sobre las distintas teorías existentes en relación con la naturaleza de la empresa: GARRIGUES, J. (1962). *Curso de Derecho mercantil, I*. Madrid, pp. 138 y sigs.; BROSETA PONT, M. (1985). *Manual de Derecho mercantil*. Madrid: Tecnos, pp. 95 y 96; URÍA, R. (1989). *Derecho mercantil*. Madrid: Pons, *op. cit.,* pp. 40 y 41. Más recientemente, considerándola como un bien unitario: SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2010). *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. I. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi., p. 101, al afirmar que la empresa, como tal, en sentido objetivo puede ser objeto de tráfico jurídico.

En la jurisprudencia, a favor de considerarla como un todo susceptible de ser transmitido unitariamente: STS de 24 de marzo de 1981, *RJ* 1981, 1073; STS de 20 de diciembre de 1986, *RJ* 1986, 7755; STS de 13 de febrero de 1992, *RJ* 1992, 842; STS de 21 de marzo de 2005, *RJ* 2005, 2605; SAP de Barcelona, de 10 de febrero de 2009, *AC* 2009, 718; SAP de Valladolid, de 28 de marzo de 1995, *AC* 1995, 411; STSJ de Navarra, de 1 de diciembre de 1993, *RJ* 1993, 10093; SAP de Murcia, de 10 de junio de 2011, *AC* 2011, 266398

[31] Concretamente, señala RAMS ALBESA, J. (1985). Las atribuciones preferentes en la liquidación…, *op. cit.,* 767: «La unidad formal no está en la esencia y naturaleza del derecho de atribución; su raíz hay que encontrarla en la unidad material por destinación de las cosas a una concreta actividad cuya contemplación por la norma da lugar al nacimiento del derecho». En la doctrina mercantilista puede verse: SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2010). Instituciones de Derecho mercantil, *op. cit.,* pp. 101 y 272, al afirmar que la empresa, como tal, en sentido objetivo puede ser objeto de tráfico jurídico como tal empresa. No obstante, *vid.,* sobre las dificultades para considerar a la empresa como objeto de tráfico jurídico, dada la variedad y disparidad técnico-jurídica de los elementos que la componen: GIRÓN TENA, J. (1981). Sobre las características generales…, *op. cit.,* pp. 301 y sigs.

[32] Por ejemplo: STS de 20 de noviembre de 2000, *RJ* 2000, 9346, en la que, tratándose de una óptica constituida durante la sociedad de gananciales, se le atribuyó carácter ganancial «al consistir la empresa o negocio en un bien, en una cosa nueva, distinta de cada uno de los elementos —entre ellos bienes o cosas materiales— que lo integran, aglutinados por la actividad organizadora del empresario, y producirse la adquisición de modo originario, por la creación o fundación de la empresa, hasta entonces inexistente». *Vid.,* también: STS de 13 diciembre de 1982, *RJ* 1982, 9033; STS 5 de abril de 1989, *RJ* 1989, 2993; STS 29 de mayo 1991, *RJ* 1991, 3943; STS 13 de febrero de 1992, *RJ* 1992, 841; STS 20 de octubre de 1992, *RJ* 1992, 8089; STS 10 de junio de 1993, *RJ* 1993, 5403; STS 18 de junio de 1993, *RJ* 1993, 4685; STS 20 de noviembre de 2000, *RJ* 2000, 9346.

[33] Igualmente la jurisprudencia considera que la empresa es un todo unitario a los efectos de la sociedad de gananciales. Así: STS de 20 de noviembre de 2000, *RJ* 2000, 9346, considera que la óptica creada durante la sociedad de gananciales tiene naturaleza ganancial, «al consistir la empresa o negocio en un bien, en una cosa nueva, distinta de cada uno de los elementos —entre ellos bienes o cosas materiales que la integran, aglutinados por la actividad organizadora del empresario y producirse la adquisición de modo originario, por la creación o fundación de la empresa, hasta entonces inexistente».

[34] En este sentido se expresa la RDGRN de 20 de marzo de 1986, *RJ* 1986, 1562, según la cual: «Considerando que aun cuando el establecimiento mercantil como conjunto de elementos de diversa índole organizados y dispuestos para el desarrollo de una actividad de este tipo, puede considerarse —como asimismo señala el recurrente— como una unidad con vida propia e independiente, tal unificación no puede llegar al extremo de afirmar el nacimiento de un objeto jurídico nuevo, de modo que la titularidad que recaiga sobre el mismo haga desaparecer las titularidades sobre cada uno de los elementos que lo integran, pues esta titularidad sigue subsistiendo y solamente se produce una modalización de su régimen jurídico de cada una de ellas en aras de la necesidad del mantenimiento de aquella unidad, y así es como hay que entender los artículos 39-1.º y 51 —este último en redacción anterior a la Ley de 21 de mayo de 1985 y por ello la compraventa de inmuebles que puedan pertenecer a una explotación, aunque pueda calificarse de acto comercial superando el obstáculo que supone el artículo 325 del Código de Comercio, su mercantilidad —como declaró la Resolución de 13 de diciembre de 1985— sería puramente teórica, dada su absoluta falta de regulación legal en el Código de Comercio, y la propia exposición de motivos así lo reconoce al indicar que se sujetará a las formalidades establecidas en las leyes especiales sobre adquisición y transmisión de la propiedad territorial»

[35] En este sentido, STS de 28 de mayo de 1992, *RJ* 1992, 4391, considera aplicable el artículo 1406 CCO a los tres establecimientos dedicados a la venta al por menor de electrodomésticos por entender que constituían una unidad económica.

[36] Rechazando este significado para el caso: STS de 12 de julio de 1983, *RJ* 1983, 4217.

[37] En Aragón, según el artículo 267.2.d del Código del Derecho foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, *por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas*), «Cada cónyuge tiene derecho a que se incluyan en su lote, sin perjuicio de las compensaciones que procedan, los siguientes bienes: … d) Las acciones, participaciones o

partes de sociedad adquiridas exclusivamente a su nombre, si existen limitaciones legales o pactadas para su transmisión al otro cónyuge o sus herederos, o cuando el adquirente forma parte del órgano de administración de la sociedad». Este artículo (antiguo art. 85.2, d de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de *Régimen Económico Matrimonial y Viudedad*) ha sido valorado muy positivamente por la doctrina. Así, MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2005). La sucesión de la empresa familiar…, *op. cit.,* p. 323, (refiriéndose al art. 85.2.d citado) entiende que este precepto supone el reconocimiento de la realidad actual en la que buena parte de las empresas familiares tienen forma de sociedad mercantil, resuelve las dudas que en el Código Civil provoca la falta de un artículo semejante (el art. 1406 CCO no lo trata), y además la duda de qué sucede si el valor de la empresa excede del haber del cónyuge adjudicatario (cuestión no abordada tampoco por el art. 1407 CCO).

[38] Añade RAMS ALBESA, J. (1985). Las atribuciones preferentes en la liquidación…, *op. cit*., 793, esta interesante observación: «La gestión de la explotación agrícola, comercial o industrial de dimensión familiar, es decir, de tamaño y magnitud económica media o pequeña, es en más del noventa por ciento de los casos el fin primero y último del hecho asociativo mercantil, que se refugia así, unas veces, de los efectos potencialmente ruinosos que lleva consigo en estos tiempos de crisis la responsabilidad patrimonial universal, acantonándola por la interposición de una sociedad anónima o limitada a la explotación de que se trate; otras, evitando que los rendimientos del negocio familiar se sumen sin más a los profesionales obtenidos por uno o ambos cónyuges y alcancen un montante tal que los agresivos tipos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas dejen a la explotación falta de los recursos y reservas que su continuidad y buena marcha requiere. Negar, en estos abundantes supuestos, el derecho de atribución a favor del cónyuge gestor… sería tanto como otorgar el derecho a los gestores poco avisados, cuando no necios, y negarlo para los prudentes, para aquellos que se sirven de las armas que les presta el ordenamiento jurídico para la más conveniente defensa de sus intereses».

[39] *Vid.:* IGLESIAS, J. L. / GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (2012b). Las sociedades de capital. Las acciones y las participaciones sociales. Las obligaciones (I). En: A. Menéndez y A. Rojo (dirs.). *Lecciones de Derecho mercantil,* vol. I. Pamplona: Aranzadi, pp. 420 y 421, señalan que la acción y participación reflejan «un derecho subjetivo de naturaleza compleja, pues atribuye a su titular una posición jurídica —la condición de socio— con un determinado contenido patrimonial y personal que puede ser objeto de negocios jurídicos (compraventa, prenda, etc.)». El artículo 93 LSC enumera los derechos del socio.

[40] La jurisprudencia aplica el artículo 1406, núm. 2 CCO a las acciones y participaciones sociales sin plantearse mayor problema. *Vid.:* SAP de Palencia (Sección 1.ª), de 20 de mayo de 2013, *JUR* 2013, 197380, que atribuye preferentemente las acciones gananciales de la sociedad anónima al marido administrador de la misma durante los últimos veinte años; SAP de Barcelona (Sección 18.ª), de 13 de marzo de 2013, *JUR* 2013, 173628, que atribuye todas las participaciones gananciales en una sociedad limitada y atribución de una comunidad de bienes para empresa al marido administrador; SAP de Cuenca (Sección 1.ª), de 30 de junio de 2009, *JUR* 2009, 31855, que atribuye preferentemente todas las participaciones gananciales en la sociedad limitada al marido administrador, incluso aunque la ley que regula ese tipo de sociedades laborales establezca un número máximo de participaciones por socio porque «la circunstancia de que la ley reguladora de esta clase de mercantiles establezca, como criterio general, un límite respecto al número máximo de participaciones que puede reunir un socio … no es óbice, en absoluto para que si, como consecuencia de una liquidación de la sociedad de gananciales, de la disolución de cualquier otra comunidad de bienes, de una trasmisión *mortis causa,* etc., algún socio viniera en titular de un porcentaje de las participaciones sociales superior al legalmente establecido, la propia ley contemple mecanismos para restablecer el equilibrio en las participaciones o acomodar, si así se optara por ello, la mercantil a una forma social diversa»; STS de 9 de mayo de 2008, *RJ* 2008, 2970, atribuye preferentemente una comunidad de bienes para empresa.

[41] *Vid.,* en este sentido el artículo 104. 2 de la Ley *de Sociedades de Capital* que, refiriéndose a la sociedad de responsabilidad limitada, dice: «La sociedad solo reputará socio a quien se halle inscrito en dicho libro [Libro Registro de socios]».

[42] Así lo han establecido, en sede de partición hereditaria: STS de 21 de julio de 1986, *RJ* 1986, 3788; STS de 13 de octubre de 1998, *RJ* 1998, 8252; STS de 21 de mayo de 1990, *RJ* 1990, 3827; STS de 5 marzo de 1991, *RJ* 1991, 1718; STS de 28 de junio de 2001, *RJ* 2002, 1463; RDGRN de 22 de mayo de 2009, BOE-A-2009-10008. En materia de partición de la comunidad postganancial, pueden verse: STS de 8 de octubre de 1990, *RJ* 1990, 7482; STS de 17 de febrero de 1992, *RJ* 1992, 1258; STS de 28 de septiembre de 1993, *RJ* 1993, 6657; STS de 25 de febrero 1997, *RJ* 1997, 1328; STS de 11 de octubre de 1999, *RJ* 1999, 7324; STS de 11 de mayo de 2000, *RJ* 2000, 3926; RDGRN de 28 de febrero de 1992, *RJ* 1992, 2881; RDGRN de 1 de diciembre de 1998, *RJ* 1998, 10484; RDGRN de 6 de febrero de 2008, *RJ* 2008, 637; RDGRN de 2 de junio de 2009, *RJ* 2009, 3012; RDGRN de 9 de noviembre de 2009, *RJ* 2009, 78; RDRN de 10 de diciembre de 2012, *RJ* 2013, 714; RDGRN de 26 de marzo de 2014, *JUR* 2014, 2376.

[43] *Vid.,* RDGRN de 26 de marzo de 2014, *JUR* 2014, 2376.

[44] El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital* derogó, a través de su Disposición derogatoria única: la sección 4.ª del título I del libro II (arts. 151 a 157) del CCO de 1885, relativa a la sociedad en comandita simple; el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley *de Sociedades Anónimas*; la Ley 2/1995, de 23 de marzo, *de Sociedades de Responsabilidad Limitada* y el título X (arts. 111 a 117) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, *del Mercado de Valores*, relativo a las sociedades cotizadas, con excepción de los apartados 2 y 3 del artículo 114 y los artículos 116 y 116 bis. La Ley *de Sociedades de Capital*, a su vez, ha sido modificada en varias ocasiones, habiendo sido de especial calado la operada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, *de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas* y la que llevó a cabo la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, *por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*.

[45] Llamadas así por primera vez en el artículo 57.2 del Decreto 1018/1967, de 6 de abril, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley y Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados*, tal y como señala FERNÁNDEZ DE BILBAO, J. (2011). «Comunidades de bienes» y «Sociedades civiles» para empresa. La sociedad irregular. *JADO: Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Año 10, núm. 2, 57.

[46] *Vid.,* sobre las diferencias entre sociedad y comunidad: LECIÑENA IBARRA, A. (2014). Diferencias entre sociedad y comunidad. En: M. J. Reyes López (coord.), *Comunidad de bienes*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 59-83; MARTÍN MORÓN, M. T. (2014). Concepto de comunidad. En:.M. J. Reyes López (coord.), *Comunidad de bienes*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 54 y sigs.; CANO ZAMORANO, L. (2014). La comunidad de bienes y su relación con el Registro Mercantil. En: M. J. Reyes López (coord.), *Comunidad de bienes*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 703-730.

[47] Tal y como señala MADRID PARRA, A. (2010). Disolución y liquidación de las sociedades mercantiles. En: G. J. Jiménez Sánchez (coord.), *Derecho mercantil I, vol. 2.º, III, Las sociedades mercantiles*. Madrid: Marcial Pons, *op. cit.,* (372), refiriéndose al pacto de continuación con los herederos, «a pesar de lo dispuesto en el artículo 1257 del CCO, no basta la existencia de este pacto en el contrato de sociedad para que el heredero adquiera la condición de socio tras la muerte del causante. El heredero ha de aceptar esta estipulación, que constituye para él un derecho y una carga (responderá como socio colectivo, solidaria e ilimitadamente, de las deudas sociales, aunque haya aceptado la herencia a beneficio de inventario)», citando a continuación la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1959.

[48] Opinión que nos parece acertada y que defiende, por ejemplo: REYES LÓPEZ, M. J. (2005). El patrimonio del empresario familiar individual. En: M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill (coord.) *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, Tomo IV, Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar*. Barcelona; Boch

(135), argumentando que carecería de sentido eliminar a quien ya ostentaba un derecho sobre la participación social (el viudo) y admitir a los herederos que solo lo adquieren por muerte del causante.

[49] No obstante, el socio comanditario podrá llevar a cabo actos de administración con simple alcance interno, si así lo estableciera la escritura, lo que parece confirmado por el artículo 210, 3.º RRM. *Vid.:* SÁNCHEZ CALERO, F. / SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2010). *Instituciones de Derecho mercantil, op. cit.,* p. 356; LOJENDIO OSBORNE, I. / NÚÑEZ LOZANO, P. L. (2010). Las sociedades colectiva y comanditaria simple. En: G. J. Jiménez Sánchez (coord.), *Derecho mercantil I, vol. 2.º, III, Las sociedades mercantiles*. Madrid: Marcial Pons, (36).

[50] En cuanto a la transmisión de la posición de socio comanditario, se aplican las mismas reglas que a los socios colectivos. En este sentido: LOJENDIO OSBORNE, I. / NÚÑEZ LOZANO, P. L. (2010). Las sociedades colectiva y comanditaria simple, *op. cit.,* p. 37. No obstante, en ningún caso el socio comanditario podrá llegar a tener un derecho de atribución preferente dado que no puede ser administrador.

[51] La muerte del socio comanditario, a pesar del silencio al respecto del artículo 222 CCO, se entiende que conlleva la disolución de la sociedad comanditaria simple, salvo pacto, en la escritura, de continuación con los herederos o con los socios sobrevivientes.

[52] Por ejemplo: derecho de adquisición preferente a favor de los demás socios o de la sociedad; necesidad de autorización de la transmisión por la sociedad —concretamente por los administradores, aunque cabe pacto de que la acuerde la junta general (art. 123.3, p. 2 LSC)—, siempre que en los estatutos se determine las causas por las que se podrá denegar la autorización (art. 123.3, p. 1 LSC); establecimiento de ciertas condiciones o requisitos que ha de cumplir el adquirente… En cuanto a las restricciones a la transmisibilidad de las acciones *mortis causa*, igualmente deberán estar establecidas en los estatutos (art. 124.1 LSC) y para evitar la transmisión «la sociedad deberá presentar al heredero un adquirente de las acciones u ofrecerse a adquirirlas ella misma por su valor razonable en el momento en que se solicitó la inscripción…» (art. 124.2 LSC).

[53] Según el artículo 160 LSC: «Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: a) La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social. b) El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos. c) La modificación de los estatutos sociales. d) El aumento y la reducción del capital social. e) La supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente. f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado. g) La transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero. h) La disolución de la sociedad. i) La aprobación del balance final de liquidación. j) Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos».

[54] Artículo referido inicialmente a las sociedades de responsabilidad limitada, pero que tras su modificación por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, se refiere también a las sociedades anónimas.

[55] *RJ* 2000, 1829.

[56] Tal y como ponen de manifiesto, LOJENDIO OSBORNE, I. / NÚÑEZ LOZANO, P. L. (2010). Las sociedades colectiva y comanditaria simple, *op. cit.,* p. 245, les corresponden a los administradores, además de las facultades que les atribuye la ley (convocatoria de la junta, formulación de las cuentas anuales y del informe de gestión y su depósito en el Registro Mercantil), «todas las facultades de dirección, control y mando necesarias para el funcionamiento de la sociedad»

[57] Dice el artículo 244 LSC: «En la sociedad anónima si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes sin que existieran suplentes, el

consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera junta general».

[58] Dice el artículo 243 LSC: «1. En la sociedad anónima las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción. 2. En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del consejo».

[59] El artículo 249.bis LSC, procedente de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, establece las facultades que nunca podrán ser objeto de delegación.

[60] *Vid*., sobre los problemas que genera en las sociedades cotizadas la disociación entre propiedad y poder y sus posibles remedios a través de controles internos y externos: VELASCO SAN PEDRO, L. A. (2006). Gobierno corporativo. En: C. Alonso Ledesma (Dir.), *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid: Iustel, pp. 666-671.

[61] Lo cual solo cabe cuando se trata de acciones nominativas y siempre que dichas limitaciones estén recogidas expresamente en los estatutos (art. 123.1 LSC).

Bajo la vigencia de la Ley *de Sociedades Anónimas* de 1951, la STS de 4 de julio de 1988, *RA* 1988, 5555, declaró, en un supuesto de disolución de la sociedad de gananciales por causa distinta al fallecimiento de uno de los esposos, que si las acciones son gananciales, aunque solo un cónyuge sea socio, la adjudicación al no socio no constituye transmisión a los efectos de aplicar una cláusula limitativa de la libre transmisibilidad de las acciones (en el caso, se trataba de un derecho de retracto a favor de la sociedad anónima).

[62] Sin embargo, frente a lo que acabamos de decir en el texto, bajo la vigencia de la Ley *de Sociedades Anónimas* de 1951, la STS de 4 de julio de 1988 *(RJ* 1988, 5555), en un caso en que existían limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones y, más concretamente, se establecía un derecho de retracto a favor de la sociedad anónima en caso de transmisión de acciones ordinarias *inter vivos* a favor de extraños, y se adjudicaron en la liquidación de la sociedad de gananciales la mitad de las acciones de naturaleza ganancial a la esposa no titular formal de las mismas, ante la intención de la sociedad anónima de ejercer el derecho de retracto, declara: «este Tribunal Supremo ya estableció en su sentencia de 17 de abril de 1967 *(RJ* 1967, 1871)… "que la cláusula referida no puede estar en condiciones de impedir la atribución a la esposa de la mitad de las acciones que figuraban a nombre del marido, porque este no ostentaba respecto de las mismas otro carácter que el de administrador de la sociedad legal de gananciales a que aquellas pertenecían y en cuyo patrimonio tenían ambos cónyuges una cotitularidad indiscriminada, lo que hace que, cuando se verifica la adjudicación separada como consecuencia de la liquidación de lo que era ganancial, no se enajena ni se vende nada a favor de la esposa, que tampoco lo adquiere como resultado del ejercicio de una acción judicial, que son los supuestos contemplados en los estatutos, sino que recibe lo que era suyo y no solo del marido como se pretende en el recurso, adquiriendo la titularidad individual y concreta sin previo acto dispositivo, sino meramente declarativo sobre dichas acciones en cuanto bienes muebles… de que no puede ser privada con abono de su importe, so pretexto de unas alegadas cualidades o condiciones personales, «*intuitu personae*», derivadas de la restricción pactada, que servirá, en su caso, para cerrar al exterior la sociedad de que se trata respecto a futuros adquirentes, pero que no es bastante para transformar la esencia de la acción a los efectos aquí contemplados"; quiere decirse con lo expuesto que admitido el carácter ganancial de las acciones, cosa no negada por la Audiencia ni por la sociedad recurrente, no hay enajenación ni transmisión, sino adjudicación especificativa, por acto declarativo, a quien tiene una cotitularidad real, frente a la que no puede primar la meramente formal que alega la sentencia de instancia».

[63] Así, GARRIDO DE PALMA, V. M y otros (1985). La disolución de la sociedad conyugal…, *op. cit.,* pp. 51 y 52, apoya la aplicación del artículo 1406, núm. 2 CCO en estos casos con los siguientes argumentos: «Importancia que la conservación del «poder de dirección» o de «control» (paquete mayoritario —en términos absolutos o relativos— de acciones o

participaciones de una empresa social) puede tener para la vida de la empresa misma, para el cónyuge socio e incluso para la familia…— el término «llevar con su trabajo» [se refiere a la dicción del artículo 1406, núm. 2 antes de la reforma de la Ley 7/2003]… puede equivaler a dirigir. Y el socio titular de participaciones dominantes de una empresa social tiene el poder de dirección…— El velo jurídico de la forma social no debe impedir que lleguemos hasta la realidad que encubre. — En relación con el artículo 1056, 2.º del Código Civil [se refiere a su redacción anterior a la reforma de la Ley 7 /2003]… muchos autores… mantienen idéntica solución». También, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C. (2002). Tema 6. La sociedad de gananciales. En: J. F. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho privado, T. IV, Familia*, vol. 2.º. Madrid: Civitas, p. 259; MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (1986). Influencia del Derecho público…, *op. cit.,* 298.

Por nuestra parte, no creemos muy coherente admitir el derecho de atribución preferente de acciones y participaciones sociales en este caso y no en todos los demás, puesto que el objeto de atribución en todos ellos es el mismo (acciones y participaciones sociales) y no la empresa o explotación en sentido estricto.

[64] Sobre ello, *vid*., RDGRN de 18 de abril de 2000, *RJ* 2000, 5817: «En nuestro sistema legal, la transmisibilidad *inter vivos* de participaciones sociales es esencialmente limitada, de modo que la transmisión de las mismas está sujeta a las restricciones establecidas por disposición legal o estatutaria (con las salvedades prevenidas en la misma Ley —cfr. arts. 29, 30 y 31 [LSRL]—). En cambio, tratándose de transmisión *mortis causa,* el principio general es el de libertad —la adquisición de alguna participación "confiere al heredero o legatario la condición de socio", *ex* art. 32.1—, si bien se permite que los estatutos establezcan en favor de los socios sobrevivientes un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido —art. 32.2—, de suerte que se respeta el fenómeno sucesorio, dejando a la autonomía de la voluntad de los socios la posibilidad de introducir restricciones estatutarias que no entorpezcan la adquisición de las participaciones por fallecimiento de un socio ni la vida de la sociedad».

(Trabajo recibido el 15-4-2015 y aceptado para su publicación el 6-5-2015)

Los principios de confusión y de separación de patrimonios en el derecho hereditario español

The principles of confusion and separation of assets in the Spanish inheritance law

por

CARMEN MINGORANCE GOSÁLVEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Córdoba

RESUMEN: El Derecho de Sucesiones ha de tener en cuenta que la sociedad moderna fundada en el crédito no podría subsistir si las deudas se extinguieran al fallecer el deudor. Y es aquí donde surgen las dos grandes posibilidades históricas y geográficas de organizar la sucesión que, desde luego, han de tenerse bien presentes en el encuadramiento de nuestras opiniones y en el análisis de los diferentes problemas que se examinan. Esas dos vertientes se resumen en aquellas legislaciones positivas que se inspiran en la idea de producir una transmisión por igual del activo y del pasivo del causante, de suerte que los sucesores se convierten en titulares activos y pasivos de las relaciones jurídicas transmisibles del difunto. Otros sistemas jurídicos hacen del pago de las deudas del causante una operación previa y fundamental, que precede a la adquisición del activo remanente. No hace falta insistir. Se trata de los dos conocidos sistemas romano y anglosajón. A nuestro juicio las distancias entre el sistema romano de nuestro Código Civil y el anglosajón en el pago de las deudas hereditarias

son más cortas de lo que muchas veces se nos dice apresuradamente, pues en ambos casos de lo que se trata es de asegurar y armonizar el interés de los acreedores con el de los sucesores y eso está completamente garantizado en cualquiera de los dos sistemas.

ABSTRACT: Inheritance Law must take into account that modern society founded on credit could not survive if debts were extinguished upon the death of debtors. This is gives rise to the two main historical and geographical systems of organising inheritance that must, of course, be taken into account when formulating our opinions and analysing the different problems discussed. These two systems are summarised in positive legislation inspired by the idea of ensuring the equal transmission of the assets and liabilities of the deceased, whereby the heirs become actively and passively responsible for the transmissible legal relationships after the person has died. Under other legal systems, the settlement of the debts of the deceased is a prior and fundamental operation that precedes the appropriation of the remaining estate. It goes without saying that we are referring to the two well-known systems: the Roman system and the Anglo-Saxon system. In our view, the distances between the Roman system, on which our Civil Code is based, and the Anglo-Saxon system, in terms of the settlement of inherited debts, are smaller than we are often hastily told, since both systems seek to secure and harmonise the interests of creditors and heirs, and that is fully guaranteed in both systems.

PALABRAS CLAVE: Principio de confusión. Principio de separación. Deudas hereditarias. Herencia yacente. Acreedores de la herencia.

KEY WORDS: Principle of confusion. Principle of separation. Inherited debts. Recumbent inheritance. Creditors of the estate.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DELIMITACIÓN DEL TÉRMINO «DEUDAS HEREDITARIAS».—III. SITUACIÓN DE LA HERENCIA YACENTE.—IV. ACEPTACIÓN DE HERENCIA. RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO POR LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA PURA Y SIMPLEMENTE O CON BENEFICIO DE INVENTARIO: 1. La responsabilidad del heredero que acepta pura y simplemente. 2. La responsabilidad del heredero que acepta a beneficio de inventario.—V. LOS PRINCIPIOS DE CONFUSIÓN Y DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS CON RELACIÓN AL PAGO DE LAS DEUDAS: 1. El principio de confusión de patrimonios. 2. El beneficio de separación de patrimonios.—VI. CONCLUSIONES.—VII. RELACIÓN DE RESOLUCIONES CONSULTADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Ordenamiento jurídico, nuestro Código Civil en concreto, al tener que regular el destino de las relaciones jurídicas de una persona fallecida debe que tener en cuenta muchas y variadas circunstancias concurrentes, qué bienes se dejan, qué deudas se han de pagar…, cuestiones todas ellas de política jurídica que contribuyen a la debida organización de la sociedad, pues el legislador, el jurista, ha de ser, sobre todo, un organizador de la vida social y no solo un investigador del pasado.

Pero la elección del tema objeto de este estudio está motivado por la convicción de que el Derecho de Sucesiones ha de tener en cuenta que la sociedad moderna fundada en el crédito no podría subsistir si las deudas se extinguieran al fallecer el deudor. Y es aquí donde surgen las dos grandes posibilidades históricas y geográficas de organizar la sucesión que, desde luego, han de tenerse bien presentes en el encuadramiento de nuestras opiniones y en el análisis de los diferentes problemas que se examinan. Esas dos vertientes se resumen en aquellas legislaciones positivas que se inspiran en la idea de producir una transmisión por igual del activo y del pasivo del causante, de suerte que los sucesores se convierten en titulares activos y pasivos de las relaciones jurídicas transmisibles del difunto. Otros sistemas jurídicos hacen del pago de las deudas del causante una operación previa y fundamental, que precede a la adquisición del activo remanente.

No hace falta insistir. Se trata de los dos conocidos sistemas romano y anglosajón. El sistema romano o llamado también de *civil law* regula la sucesión entendiendo que la muerte del causante es un hecho que no afecta a la relación de créditos y deudas, de suerte que la deuda subsiste con el nuevo deudor (el heredero y también el o los legatarios *ex* art. 891 de nuestro Código Civil) que se ha colocado en el puesto que tenía el causante que era el primitivo sujeto pasivo de la obligación. El sistema anglosajón o *common law* es diferente y entiende que el fallecimiento de la persona física, causante de la apertura del fenómeno sucesorio, señala el instante para satisfacer las deudas y, en general, se puede decir que para extinguir el pasivo del caudal relicto a base del activo. En todo caso, siempre se ha de pagar antes de heredar, si bien los criterios de organizar el pago de las deudas hereditarias sea diferente, debido, claro es, a que la tradición romanista —que sigue nuestro Código Civil— funda la organización sucesoria en la idea, de que la posición jurídica que ocupaba el causante se mantiene inalterable al colocarse el sucesor en su mismo puesto. El sistema anglosajón en cambio opina que los sucesores no son otra cosa que unos «destinatarios del remanente» o saldo activo que quede tras la oportuna liquidación y pago de las deudas que haya.

Una primera consideración de cuanto íbamos leyendo y reflexionando acerca de estas dos maneras de organizar socialmente la sucesión, y muy concretamente

el tema que me preocupaba del pago de las deudas hereditarias, nos hizo pensar que eran sistemas situados en polos opuestos… ¡pero bien miradas las cosas no era así! En la práctica profesional las distancias se acortan, pues en resumidas cuentas en cualquier caso siempre se atiende al mismo problema, a iguales necesidades. Se puede indicar (no afirmar dogmáticamente y menos nosotros) que más que la técnica seguida en cada sistema para atender al pago de las deudas hereditarias, lo que puede ser más útil, pero no es el propósito de este trabajo, es una consideración política o mejor, de técnica legislativa. Recordaba la doctrina que las comparaciones entre diferentes sistemas jurídicos no debe realizarse entre estructuras jurídicas por razón de su aparente semejanza o no, sino en virtud de la unidad de la función que pueden desempeñar incluso las que aparecen como formas diferentes de actuar. Esto nos puede pasar al comparar uno y otro sistema, que confundamos la forma con la esencia. A nuestro juicio y tras las convenientes lecturas de fondo, antes de entrar en el detalle de los problemas sustantivos, creemos que las distancias entre el sistema romano de nuestro Código Civil y el anglosajón son más cortas de lo que muchas veces se nos dice apresuradamente, y sobre todo en el punto que a nosotros nos interesaba, el del pago de las deudas hereditarias, pues en ambos casos de lo que se trata es de asegurar y armonizar el interés de los acreedores con el de los sucesores y eso está completamente garantizado en cualquiera de los dos sistemas. Incluso algún Ordenamiento jurídico como el alemán se nutre de normas de uno y otro sistema[1].

II. DELIMITACIÓN DEL TÉRMINO «DEUDAS HEREDITARIAS»

Lo primero que resulta necesario al tratar de analizar el fenómeno de las deudas hereditarias y de todos los problemas que las mismas plantean es acotar el término. ¿Qué se entiende por «deudas hereditarias»? Escuetamente diremos que deudas hereditarias son las deudas del causante anteriores a su fallecimiento. En esto se diferencian de las deudas testamentarias, en que mientras estas se fundan en el testamento, y no son exigibles en caso alguno hasta después de muerto el testador —legados—; aquellas son contraídas con anterioridad a la muerte del causante. De todo lo cual se deduce que pueden existir en toda sucesión, frente a los herederos o sucesores a título universal, dos grandes grupos de acreedores: el primero, que comprendería aquellos cuyo derecho arranca del testamento, los cuales pueden ser comprendidos bajo la denominación general de legatarios; y el segundo, en el que se integrarían todos los demás acreedores[2].

Por otra parte, cada heredero puede tener sus acreedores particulares, de modo que las reclamaciones que contra él se intenten, unas veces se fundarán en derechos exigibles contra el causante por obligaciones contraídas antes de su fallecimiento, otras en derechos nacidos de la herencia, y otras en derechos

exigibles contra el heredero por obligaciones contraídas particularmente por este, antes o después del fallecimiento del causante.

Nuestro Código Civil en la sección 5.ª, del Capítulo VI, Título III del Libro Tercero solo se refiere, como su epígrafe indica, al *Pago de las deudas hereditarias* en general. Ello no obstante, el artículo 1083 trata, con carácter excepcional, de los acreedores particulares de los herederos, a pesar de que los derechos de estos acreedores vienen repartidos en varios artículos a lo largo del Código. De otro lado, en lo que se refiere al pago de las deudas testamentarias, estas aparecen reguladas principalmente en los artículos 858 al 891 del mismo texto legal, y en los que con ellos se relacionan.

Una vez realizada la delimitación del término «deudas de la herencia», procedemos a señalar qué deudas entendemos incluidas en tal concepto, o lo que es lo mismo, el pago de qué obligaciones vamos a estudiar a lo largo de este trabajo.

En primer lugar, ya hemos dicho que constituyen deudas hereditarias las que contrajo en vida el causante y que no ha podido hacer efectivas al producirse su fallecimiento; salvo, claro está, las derivadas de obligaciones personalísimas. En segundo lugar, también se han de incluir deudas de la herencia. Entran aquí conceptos como gastos de última enfermedad (que bien pudieran incluirse en el concepto anterior), gastos de entierro y funeral[3], así como también los de partición[4] y los ocasionados con ocasión de un pleito seguido en cumplimiento de la voluntad del testador[5].

Respecto a esto último, la Resolución de DGRN de 16 de septiembre de 1910 estableció expresamente que aun cuando estos gastos de un pleito no tienen, en sentido estricto, el concepto de deudas hereditarias, a la luz del artículo 1064 del Código Civil, los gastos de partición hechos en interés común de los coherederos son bajas del haber hereditario («se deducirán de la herencia», dice el precepto), por ello es posible destinar para su pago una parte de los bienes relictos.

En definitiva, bajo el concepto de deudas y cargas de la herencia se engloban aquellos deberes jurídicos que, ya sea en virtud de la Ley, o derivado de la voluntad del causante, tienen que ser asumidos por el heredero al adquirir la herencia; pueden incluirse por tanto dentro de las deudas hereditarias, no solo las contraídas por el causante, sino también las que surgen con motivo de la sucesión, como los gastos de última enfermedad, funeral y testamentaría. Todos estos conceptos constituyen el pasivo de la herencia.

III. SITUACIÓN DE LA HERENCIA YACENTE

El peculiar modo de adquisición de los bienes y derechos hereditarios, en nuestro sistema, mediante la aceptación y la retroacción de sus efectos al

momento de la apertura de la sucesión[6], hace que debamos plantearnos jurídicamente la exigencia de regulación de la situación en que se halla la herencia en el tiempo que media entre la muerte del causante —apertura de la sucesión— y la adquisición por parte de los llamados —sucesores que aún no han aceptado la herencia.

En el Derecho romano, el heredero designado testamentariamente o por ministerio de la ley, no sucedía inmediatamente a la muerte del *de cuius*, sino que mediaba un tiempo, durante el cual se decía que la herencia no tenía dueño. Se denominaba a esta situación *hereditas iacens*, tratándose de un patrimonio que no tenía titular.

Una vez superada la antigua teoría que concebía a la herencia yacente como continuadora de la personalidad del causante, la jurisprudencia sigue hoy distintas corrientes de pensamiento, conceptuándola en algunos casos como persona jurídica diversa de la del fallecido, en base a los artículos 1001, 1004, 1023 y 1934 del Código Civil, y en otros como mero patrimonio relicto mientras se mantiene interinamente sin titular. En todo caso, coincide la doctrina jurisprudencial en afirmar que los acreedores no pueden ser compelidos a detener o demorar el cobro de sus créditos por el hecho de acaecer el fallecimiento de su deudor, antes bien, el hecho de la muerte debe ponerles inmediatamente en guardia al existir un peligro cierto e inminente de que el patrimonio de aquel, sujeto a la responsabilidad de las obligaciones contraídas —artículo 1911 del Código Civil— se pierda en manos de los herederos, con la consiguiente frustración de sus legítimos derechos de crédito. Como enseña el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de marzo de 1987[7], acogiendo la segunda de las opiniones doctrinales expuestas, que nosotros compartimos, la apertura de la sucesión de una persona se abre justamente en el momento de la muerte, transmutándose entonces su patrimonio en herencia yacente, que no es sino aquel patrimonio relicto mientras se mantiene interinamente sin titular, por lo que carece de personalidad, si bien para determinados fines se le otorga transitoriamente una consideración y tratamiento unitarios, admitiéndose que pueda ser demandada y que, comparecida por medio de albaceas o administradores testamentarios, ejercite todas las facultades procesales reconocidas por nuestras Leyes, pudiendo excepcionar y recurrir[8].

No obstante, antes de entrar propiamente en la aceptación de la herencia, debemos cuestionarnos la distinción, entre «herencia yacente» de una parte y «herederos» de la otra[9]. La apertura de la sucesión de una persona se abre justamente en el momento de su muerte —o declaración de fallecimiento— en el cual el patrimonio se trasmuta en herencia yacente que no es sino aquel patrimonio relicto mientras se mantiene interinamente sin titular, que carece de personalidad jurídica, aunque, para determinados fines, se le otorga transitoriamente una consideración y tratamientos unitarios, siendo su destino el de ser adquirida por los herederos voluntarios o legales, admitiendo que, bien

por medio de albaceas o administradores testamentarios o judiciales pueda ser demandada y esté habilitada para excepcionar y para recurrir[10]. No es, sin embargo, distinguible y separable de los herederos destinatarios y antes bien debe afirmarse que la entidad a que se hace referencia es la misma hablando de la «herencia yacente» o de «los herederos» (desconocidos, ignorados, inciertos) de una persona determinada —el demandado fallecido—, en el caso[11].

Durante la fase de herencia yacente, la garantía patrimonial para el cumplimiento de las obligaciones continúa siendo la misma que había en vida del causante: todo el haber hereditario va a responder del cumplimiento de las mismas. Fallece el deudor pero no sus deudas, siendo solo el sujeto el que va a sufrir alteración en el fenómeno sucesorio[12]. Luego, subsisten para su garantía los mismos bienes que respondían para el cumplimiento de las obligaciones en vida del deudor[13]. Por ello podemos concluir que, en principio y antes de la aceptación de la herencia, la vinculación del patrimonio del causante como garantía para el cumplimiento de la obligaciones no ha variado, en lo que respecta a la relación acreedor-deudores, ya que continúa afecto, por mor del artículo 1911 del Código Civil, a la responsabilidad por las deudas existentes.

Además, conviene mencionar que si bien es cierto que la herencia deja de estar en estado de yacencia desde que es aceptada por el heredero, pues desde ese momento pasa a tener titular, no lo es menos que cuando son varias las personas llamadas a suceder, y solo una de ellas ha aceptado hasta el momento, la situación de interinidad no desaparece hasta que el resto se pronuncie aceptando (expresa o tácitamente) o renunciando a sus derechos en alguna de las formas permitidas por el artículo 1008 del Código Civil, pues la aceptación de uno de los llamados a la sucesión no le convierte en heredero único, mientras el resto no repudie la herencia, dado que solo cuando se produzca esa renuncia acrecerá al aceptante la parte de los que hayan renunciado (arts. 981 y sigs. del Código Civil)[14].

Por otro lado, no podemos conformarnos con decir que la situación de herencia yacente es aquella en que se encuentran los bienes y derechos del causante desde el momento de su muerte hasta la aceptación y posterior adquisición de los mismos por parte de los sucesores. Efectivamente esto será así en un plano puramente teórico o conceptual pero, ¿quién se encargará de la conservación ordinaria del caudal relicto? ¿quién aparecerá como titular para que ese patrimonio siga actuando en el tráfico jurídico?

La primera solución, basada en el «*ius postliminii*», fue la de que existen derechos sin sujeto. Desechada por la imposibilidad lógica de que existan derechos, y por ende, las facultades inherentes a los mismos, que no pertenezcan a nadie, fue sustituida por la de considerar que el titular de los bienes hereditarios era la misma herencia. Con esta teoría, lo que se pretendía era calificar a la herencia yacente como persona jurídica. Tampoco esta teoría es aceptada porque la herencia no tiene personalidad jurídica. Desechadas ambas teorías,

la que actualmente se admite es la de la existencia de un titular interino, o lo que es lo mismo, la que considera que la herencia yacente no es más que un patrimonio, cuyo titular está indeterminado provisionalmente, por lo que, en tanto la provisionalidad no desaparezca como consecuencia de la aceptación, se designará a una persona, heredero o no, que con la categoría de titular interino, será el encargado de proteger e impedir la disgregación de los elementos materiales de que se compone la herencia. Esta titularidad interina la detenta el Administrador hereditario.

La figura del administrador aparece, pues, como la más importante en este periodo en el que la herencia va a estar falta de titular, y a este hemos de considerarlo como un sustituto de los futuros e indeterminados titulares, ejercitando en nombre propio los derechos ajenos. Respecto a su contenido, hay que tener en cuenta que, como el ejercicio de estos derechos ajenos los ejercita como «titular interino», el contenido de esta administración es más amplio que el que se pueda tener en el caso normal de que el administrador sea el representante de una persona viva, porque a nuestro juicio, la posible enajenación de bienes que tiene en administración debe de introducirse dentro de sus funciones administrativas. Además, para el ejercicio de su cargo se le conceden al administrador una serie de derechos y obligaciones. De todos estos derechos y obligaciones solo vamos a hacer mención a la obligación de pagar a los acreedores del causante y de la herencia.

IV. ACEPTACIÓN DE HERENCIA. RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO POR LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA PURA Y SIMPLEMENTE O CON BENEFICIO DE INVENTARIO

Aparte de los sistemas llamados de adquisición directa por investidura, y de adquisición fiduciaria, lo propio del sistema o régimen de «adquisición directa» es que la herencia se transmite al heredero directamente o sea sin intermediario, pero con dos variantes básicas según se siga el criterio de sucesión o adquisición hereditaria por vía o mediante la «aceptación», o el de sucesión o adquisición hereditaria solamente por la «delación». Interesa destacar que en ambos sistemas el fenómeno sucesorio de adquisición está integrado por una serie de hechos o actos comunes como son: la «apertura de la sucesión», o primera fase del proceso que tiene lugar por muerte o declaración de fallecimiento del causante (arts. 657, 661 y 196 del Código Civil); la «vocación hereditaria» o llamamiento a la herencia verificado por el testador o por la correspondiente norma legal; y la «delación hereditaria», o llamamiento efectivo a la persona del sucesor para que, mediante la aceptación, pueda adquirir la herencia[15]. Lo que importa es poner de manifiesto que, no obstante la concurrencia en ambos sistemas de los hechos y actos referidos, la diferencia esencial radica en que

en el de «simple delación» tales hechos y actos son por sí mismos suficientes para que se produzca la adquisición sucesoria, en tanto que en el de adquisición por aceptación es preciso, además de los hechos y actos mencionados, el acto de la declaración jurídica de *adir* la herencia por parte del heredero llamado. Es decir: que mientras en el primero (sistema germánico) la adquisición de la herencia —y en ella de las deudas transmisibles del causante— se opera de un modo automático o *ipso iure*[16]*;* en el segundo sistema (denominado romano) al requerirse al acto de la aceptación, la adquisición de la herencia no tiene lugar hasta que el heredero designado acepte, aunque una vez que lo ha hecho así se entiende que la adquisición hereditaria se ha efectuado al tiempo de la apertura de la sucesión, pues la aceptación es retroactiva, produciéndose en el correspondiente intervalo la situación de herencia yacente (que no puede darse en el sistema germánico), existiendo resortes para estimular la aceptación como la *interrogatio in iure*, o los plazos para aceptar o repudiar en determinados casos (vgr. arts. 1014 y 1019 del Código Civil) o como la admisión de la aceptación tácita[17].

Es cierto que en España ha existido y existe aún una gran discusión doctrinal acerca de cuál sea el sistema seguido por nuestro Ordenamiento Jurídico. Pero lo cierto es que sin necesidad de entrar en el examen de las varias posiciones defendidas al respecto sustentadas todas ellas con importantes argumentos, la tesis mayoritaria en la doctrina, y seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, mantiene que nuestro Código Civil adopta el régimen de adquisición hereditaria por la aceptación, ya que así viene a deducirse de una pluralidad de preceptos: la normativa de la aceptación de la herencia de los artículos 988 a 1034 que regula la misma como pieza básica de la sucesión por causa de muerte; la ordenación por dichos preceptos de la aceptación a beneficio de inventario y del derecho a deliberar, innecesarios en el sistema llamado germánico; la retroacción de los efectos de la aceptación al momento de la muerte del causante (art. 989 del Código Civil), la admisión por el artículo 991 del Código Civil de un derecho a la herencia, es decir, de un *ius delationis* o *ius adeundi*, o sea, de ser heredero mediante la aceptación o de rechazar la herencia; la posibilidad en nuestro Derecho de la situación de la herencia yacente (art. 1934 del Código Civil), y lo dispuesto en el artículo 440 del Código Civil, que exige la aceptación de la herencia para que tenga lugar la *sucessio possessionis*; entre otros varios preceptos. En todo caso la doctrina jurisprudencial sostiene la necesidad de la aceptación para que se produzca la efectiva sucesión hereditaria aunque retrotrayendo los efectos de aquella al momento de la muerte del causante[18].

A continuación vamos a analizar la incidencia que la aceptación por parte de los coherederos supone en la garantía del patrimonio del causante. A lo largo de este trabajo nos vamos a referir en múltiples ocasiones a los diferentes efectos que produce, respecto de acreedores de la herencia y privativos de los herederos, el modo de aceptación de la herencia por estos últimos.

El artículo 998 del Código Civil clasifica de forma alternativa la aceptación de la herencia, estableciendo dos tipos o grados diferentes de responsabilidad según el heredero acepte pura y simplemente o lo haga a beneficio de inventario[19]. Mediante la aceptación pura y simple se producen los efectos de la sucesión hereditaria como plenos, pues el heredero viene a «continuar la personalidad jurídica» del causante, integrándose en su patrimonio el caudal hereditario, lo que le impone asumir y responder de todas las cargas de la herencia, *ultra vires*, (vgr. art. 1003 del Código Civil). Por el contrario, si la aceptación tiene lugar a beneficio de inventario[20] se mantienen separados el patrimonio del heredero del de la persona a la que se sucede y solo se ha de responder de las deudas hereditarias hasta donde alcancen los bienes del caudal hereditario, (vgr. art. 1023 del Código Civil). La responsabilidad es pues *intra vires*[21].

Esta dualidad de modalidades de aceptación nos obliga a analizar una y otra centrándonos en los efectos que cada una produce en relación con el pago de las deudas de la herencia, para intentar deducir si nos encontramos ante un sistema de confusión o de separación de patrimonios. Consideramos necesario tratar este punto por la importancia que efectivamente tiene en el pago de las deudas, ya que, a nuestro juicio, dependiendo del momento en que acepta y de cómo acepte, así se tratará el asunto. Tan pronto como se es heredero se *«subentra»* al recibir todas las relaciones jurídicas transmisibles, sin alteración[22]; y por eso el heredero asume el activo y el pasivo. Es absolutamente necesario señalar que la sucesión en las deudas recibe en el ordenamiento jurídico una solución diferente según que se acepte pura y simplemente o a beneficio de inventario: confusión o no de patrimonios, y —en consecuencia—, diferente alcance de la responsabilidad limitada o ilimitada del pago de las deudas.

1. La responsabilidad del heredero que acepta pura y simplemente

El efecto fundamental de la aceptación pura y simple es la responsabilidad ilimitada del heredero por las cargas de la herencia. Conforme al artículo 1003 del Código Civil: *«Por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no solo con los bienes de esta, sino también con los suyos propios»*.

A) La responsabilidad ilimitada en nuestro Derecho

En nuestro Derecho vigente, por virtud del artículo 1003 del Código Civil, el heredero que acepta pura y simplemente, resulta deudor de las deudas hereditarias, sin limitación alguna, y no como un simple responsable patrimonial, sino como un deudor obligado a prestar personalmente.

La doctrina discute acerca del origen de esta ilimitación de la responsabilidad del heredero, que para unos autores se atribuye a la continuación de la persona del causante por aquel que obliga a responder con todos los bienes; para otros, a la confusión de patrimonios; y para el sector mayoritario esta responsabilidad ilimitada tiene su causa en la Ley, que atribuye las deudas al heredero, haciéndolo responsable con todo su patrimonio, sin consideración a su voluntad y sin necesidad de guardar formas requeridas para la trasmisión de deudas a título particular[23].

No distingue la Ley el origen de las deudas, respondiendo el heredero aceptante puro por cualesquiera de ellas, con independencia de que sean contractuales, delictuales[24] o de otro origen, siempre que esté permitida su transmisión. El único requisito es que se trate de un heredero y no de un sucesor a título particular con independencia de que haya un solo heredero o varios. Esta responsabilidad está por encima de la voluntad del causante, que en ningún momento puede evitar la vinculación de todos los bienes del heredero puro, pues la Ley parece anteponer a su voluntad el interés de los acreedores, permitiendo a estos repetir contra el caudal y, en su caso, contra cualquiera de los coherederos, por el total de su crédito

Plantea DEL MORAL Y DE LA LUNA la posibilidad de que el causante ordene la responsabilidad limitada del heredero, al instituirlo. Frente a las razones aducidas en el texto, este autor cuestiona si al deudor se le consiente evitar la responsabilidad *ultra vires* de sus sucesores por el procedimiento indirecto de la distribución total de la herencia en legados, no hay razón para no permitírselo directamente. El autor no se decide por ninguna solución, y en verdad la cuestión es dudosa, si bien el caso del artículo 891 no presupone solo una voluntad del testador dirigida a la distribución de la herencia en legados, sino asimismo la inexistencia de otros bienes al margen de los bienes legados especialmente en el momento de fallecer el causante[25]. Más probablemente se trata de una regla excepcional, para un caso límite, de la que no pueden extraerse consecuencias analógicas. No es este el único procedimiento para limitar la responsabilidad del heredero, ya que cabe la posibilidad de que el causante imponga la condición de que acepte la herencia a beneficio de inventario. Pero, en ese caso, para que esa limitación de responsabilidad tenga efecto es necesario el cumplimiento de las formalidades establecidas por el Código, no surtiendo efecto por la simple voluntad del testador.

Este no podrá derogar las reglas relativas a la pérdida del beneficio, y aun cuando dicha pérdida lleve consigo la de la condición de heredero, cosa que parece factible, pues la condición resolutoria de perder el beneficio de inventario es en principio lícita, y el juego de tal condición priva de la condición de heredero al mismo que incumple las formalidades e inmediatamente, de modo que no puede decirse que haya un heredero con responsabilidad limitada y sin beneficio de inventario.

Para LACRUZ BERDEJO el *de cuius* puede poner todo o parte del pasivo a cargo de uno de sus sucesores, pero una disposición semejante, en lo que afecta a las deudas, no es oponible a los acreedores, quienes podrán dirigirse indistintamente contra cualquiera de los coherederos[26]. Nuestro ordenamiento jurídico nos ofrece mecanismos suficientes para limitar la responsabilidad del heredero y si se desea esta limitación debemos acudir a ellos; admitir esta disposición no tiene cabida en nuestro Derecho, porque afecta a la propia esencia de este tipo de aceptación. Resulta evidente el carácter imperativo de este precepto.

B) La responsabilidad por los legados

No es equiparable la situación de los legados, ya que no son verdaderas deudas del causante, porque el difunto no las ha contraído durante su vida: son gravámenes que surgen al tiempo de la muerte del testador, dispuestos por este en beneficio de otras personas, y constituyen, por tanto, una liberalidad. En principio parece que la liberalidad debería disminuir el patrimonio del causante, y no el de sus sucesores, de manera que estos se limitasen a responder con los bienes recibidos, ya que fallan aquí las razones de tutela del crédito y de los derechos anteriormente adquiridos por los terceros que justificaban la solución contraria en tema de obligaciones del *de cuius*. Si el testador no deja bienes, no puede legar lo que no posee[27].

Para algunos autores como CÁRDENAS[28], la responsabilidad del heredero por los legados tiene su límite en los bienes que recibe. Sin embargo, no podemos decir lo mismo de nuestros textos legales que se decantan en favor de la solución histórica —que no había razón para cambiar—, como el artículo 1003, que declara al heredero responsable, de «todas las cargas de la herencia»; el 1023, que limita la responsabilidad del heredero por las demás cargas de la herencia distintas de las deudas solamente si se otorga inventario, y el artículo 858, del que se deduce que el heredero está obligado a responder del gravamen más allá del valor de lo adquirido, pues son solo los legatarios, por excepción, los que responden *intra vires*[29].

El heredero puro, pues, responde con su propio patrimonio por cualesquiera legados[30], lo mismo si forman parte del caudal relicto (legados de especie o de género), como si son de cosa propia del heredero o de un tercero. No obstante, la responsabilidad del heredero puede quedar limitada, sin necesidad de aceptación beneficiaria, en diversos supuestos:

a) Por voluntad del testador, cuando determine que los legados deben ser pagados solo con el caudal relicto, o solo por determinados herederos[31].
b) Por la naturaleza misma del legado, puede este quedar a cargo de un sucesor determinado, con liberación de los restantes. Así, el legado de

renta vitalicia o pensión de alimentos grava al usufructuario universal, con exención absoluta del heredero nudo propietario mientras no se reincorpore el usufructo (art. 508 del Código Civil).

c) Cabe discutir (para legados e incluso deudas) si es posible aplicar el artículo 891 cuando el testamento distribuye de hecho la totalidad de la herencia en legados, y contiene una institución de heredero. ¿Podría atribuirse entonces al instituido la posición de heredero *ab intestato* que acepta la herencia distribuida a título particular?

C) La responsabilidad de los legitimarios

El hecho de ser legitimario no otorga al sucesor privilegio alguno en cuanto a la limitación de la responsabilidad. Así, cuando ha sido llamado como heredero, responde de las deudas igual que cualquier otro, ya que si el activo relicto era inferior al pasivo, no existe derecho alguno de legítima sobre la masa hereditaria[32], y la recibe en igual calidad que los restantes herederos. El derecho a la legítima es un derecho sobre el activo remanente, y no sobre los bienes concretos que integran un activo sobrecargado de deudas[33]. Por tanto, la condición de legitimario es excluida automáticamente por la *hereditas damnosa*.

Esta responsabilidad afecta a todos los herederos con independencia de que estos sean legitimarios o no, pero en este caso esta responsabilidad alcanza únicamente a las deudas del causante y no legados. Estos son ineficaces en cuanto afectan a la porción legítima, de modo que si el legitimario es heredero, no responde de su pago, aunque acepte la herencia sin beneficio. No hay lugar a la aplicación del artículo 1003, porque, aparte de que así quedarían sin valor todos los preceptos destinados a la defensa de la legítima, los legados inoficiosos constituyen actos abusivos del causante, nulos en cuanto perjudican el derecho de los herederos forzosos: no hay, por ende, cuestión acerca de su pago[34].

2. La responsabilidad del heredero que acepta a beneficio de inventario

A través del mecanismo del beneficio de inventario la Ley intenta proteger tanto el interés del heredero como el de los acreedores de la herencia, con el objetivo de aislarla y liquidarla con independencia de los acreedores del heredero, de modo que, cualesquiera que sean las variaciones que experimenten los bienes relictos a causa de la confusión de patrimonios, se mantiene también inmutable a la preferencia del heredero acreedor del *de cuius* frente a los otros acreedores[35].

El principal efecto de la aceptación a beneficio de inventario es que la responsabilidad del heredero queda limitada hasta donde alcancen los bienes

de la herencia y así lo establece al artículo 1023 del Código Civil: «*no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma*»[36].

Esta limitación de responsabilidad en el periodo liquidatorio no supone que el sucesor responda dentro de los límites del valor del patrimonio hereditario, pero pudiendo ser demandado con cargo a sus propios bienes (responsabilidad *pro viribus*), sino que solo está obligado a satisfacer a los acreedores con el caudal relicto[37].

La solución tiene notable trascendencia práctica: de una parte, evita molestias al heredero; de otra, cuando se responde *pro viribus* son de cuenta del heredero los aumentos o deterioros de los bienes heredados, cosa injusta en ambos casos.

La limitación de responsabilidad del heredero beneficiario, el aislamiento de la masa de bienes relictos y la subsistencia ficticia de las relaciones entre causante y heredero, pueden resultar equívocas, por hacernos entender que este no es verdadero titular de los bienes y deudas de la herencia. Sin embargo, esto no es así.

a) El heredero beneficiario es verdadero heredero. Frente a quienes lo suponen encargado de administrar la sucesión, vinculado hacia los acreedores mediante una especie de contrato sinalagmático, por el cual tienen estos la facultad de pedir incluso que se haga a su costa[38].

Por ser el heredero beneficiario dueño de la herencia, como tal puede ser demandado y representa a esta. Los actos de su causante siguen siendo actos propios suyos, como para el heredero simple, con la única limitación de no perjudicar su patrimonio personal[39].

b) El heredero es siempre verdadero deudor de las deudas hereditarias. No falta quien considera que la función del beneficio de inventario, consiste no tanto en mantener separado el patrimonio del difunto y el del heredero, cuanto en consentir a este que no sub-entre en la condición de deudor que tenía aquel. Así, no tiene obligación de cumplir sino gravamen de liquidar a lo cual corresponde en el acreedor la pretensión a conseguir el producto de la liquidación. O sea: el heredero no *sub-entra* en el lugar del difunto como deudor, y viniendo a faltar entonces al crédito su sujeto pasivo, se hace imposible que continúe. Por eso, en lugar de la deuda de la persona, entra la garantía proporcionada por los bienes: el crédito hereditario, a falta del deudor se transforma en derecho a ser satisfecho por el caudal[40].

Esta argumentación es poco convincente. No es exacto que el heredero beneficiario no esté obligado a pagar con los propios bienes, porque los hereditarios, sin duda son igualmente suyos. Por otra parte, la ley puede restringir el principio de responsabilidad patrimonial universal a una parte de la fortuna de una persona. Además, ni es absolutamente exacto que el heredero no quiera ser deudor —en realidad lo que no quiere es pagar con bienes que no sean los

hereditarios—, ni la voluntad de este es soberana al regular las consecuencias de la aceptación que depende de la ley. Finalmente ¿cómo podría explicarse la plena asunción, por el sucesor que pierde el beneficio de las obligaciones del causante? ¿Qué clase de crédito es este que primero existe, luego se transforma en un gravamen y por último vuelve a renacer? Y ¿qué ocurre cuando liquidada la herencia el heredero responde con todos sus bienes, pero solo hasta la concurrencia de participación del caudal?

En definitiva, puesto que ningún precepto exime aquí de la aplicación del artículo 661 del Código Civil, hay que considerar al heredero como deudor con responsabilidad restringida *cum* o *pro viribus*, según sea antes o después de la liquidación.

V. LOS PRINCIPIOS DE CONFUSIÓN Y DE SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS CON RELACIÓN AL PAGO DE LAS DEUDAS

En caso de aceptación por más de un heredero, la sucesión *mortis causa* desemboca en una comunidad, que comprende todas las relaciones jurídicas patrimoniales del difunto, excepto aquellas que por su naturaleza o por su contenido se extinguen por la muerte de la persona a la que están adheridas. De ese estado de comunidad se sale en todo caso mediante la división o partición de la herencia[41].

La aceptación pura y simplemente por parte del heredero convierte a este en titular y responsable del nuevo patrimonio, lo que provoca la llamada confusión hereditaria, porque a partir de la adquisición se confunden los dos patrimonios: el propio del heredero y el del causante. Consecuencia de la confusión es que los acreedores del difunto concurren con los del heredero para cobrar sus deudas de un único patrimonio. Para evitar estos inconvenientes y salvaguardar los intereses de los acreedores del causante, se instauró el principio de separación de patrimonios[42].

1. El principio de confusión de patrimonios[43]

Cuando el heredero adquiere la herencia, se convierte en titular de todos los derechos y obligaciones que esta contiene. Sin embargo, perteneciéndole por virtud del llamamiento hereditario y consiguiente aceptación dos patrimonios, el que ya tenía y el patrimonio hereditario, y siendo titular de los derechos y obligaciones de ambos, estos permanecen automáticamente separados o diferenciados de forma que aquellos que tengan derechos contra el patrimonio hereditario puedan satisfacerlos con preferencia a los acreedores del heredero.

Para el supuesto de que exista un solo heredero que acepte pura y simplemente, este recibirá todos los bienes del causante —salvo, claro está, los que

son objeto de legado— e igualmente todas las deudas hereditarias, teniendo lugar inmediatamente con la aceptación el fenómeno de la confusión de los bienes y las obligaciones del causante y del heredero: la llamada confusión de patrimonios, en cuya virtud se extinguen las relaciones que pudiera haber entre ellos. Esta consecuencia se deduce de los artículos 657 y siguientes, del artículo 1003, de los referentes a la extinción de derechos y obligaciones por confusión (arts. 513.3, 546, 1192 y sigs., y 1848); y sobre todo, de la interpretación *a contrario sensu* del artículo 1023, todos ellos del Código Civil.

Por el contrario, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS ha razonado con argumentos convincentes la tesis contraria a la persistencia general del patrimonio hereditario: El patrimonio del causante —entiende el mencionado autor— sigue siendo centro de responsabilidad por las deudas que le afectan, y a ese efecto continúa diferenciado del patrimonio del heredero. En realidad, la teoría de la doctrina dominante suele fundarse en un equívoco, en una aplicación excesiva del artículo 1023.3 del Código Civil, el cual interpretado en sentido contrario, explica que en la aceptación pura «se confunden en daño del heredero sus bienes particulares con los que pertenecen a la herencia», pero no dice que se confundan en daño de tercero. «En modo alguno puede entenderse que la confusión de patrimonios se produzca también en daño de terceros (acreedores y legatarios). Y que los créditos contra la herencia pasen a ser solo créditos contra el heredero. Hay que entender, por el contrario, que respecto de ellos persiste inalterado el patrimonio hereditario», y las normas del beneficio de inventario que regulan los conflictos con los terceros[44].

A nuestro juicio, esto no obsta a que, cuando hay un solo heredero, se extingan por confusión los derechos, gravámenes y deudas que mediaban entre el muerto y el sucesor o los bienes de uno y otro, pues confusión la hay necesariamente, en virtud de los artículos 513, 546, 1192 y 1848 del Código Civil, siempre que el término activo y el pasivo de la relación lo es una misma persona. Pero el efecto extintivo de la confusión no podría afectar a los intereses del heredero beneficiario ni de los acreedores del causante, como resulta, sin más, para aquel, del artículo 1023.3; mientras que los acreedores del causante conservan el derecho que les confirió el artículo 1911. O sea, que los derechos y obligaciones, titularidades activas y pasivas, en principio están confundidos, pero hay una expectativa, una vocación a su reconstrucción, en función de unos terceros que, o serían perjudicados por la simple confusión, o injustamente favorecidos en daño del heredero beneficiario. Por eso los derechos en cuestión no subsisten en su forma normal, sino como derechos de concurrencia del heredero con los acreedores de la herencia u otros interesados en ella, dirigidos a la reconstrucción del patrimonio hereditario en el momento de la apertura: solo en esta forma, y precisamente por la existencia de dos sujetos distintos, puede eludirse los efectos de la confusión.

En suma, podemos señalar que, con independencia de la real confusión de créditos y deudas, titularidades activas y pasivas de los dos polos del fenómeno sucesorio, la separación de patrimonios permite actuar a los favorecidos por ella (no al heredero puro) como si la confusión individual o particular extintiva no se hubiera producido, conservando el caudal relicto su afección preferente (por este orden) al pago de las deudas del causante y de los legados.

2. El beneficio de separación de patrimonios

A) Antecedentes históricos de este principio

El beneficio de separación es una constante del régimen legal de confusión de patrimonios. Una vez admitida la aceptación pura y simple de la herencia es preciso establecer el beneficio de separación como contrapeso a los efectos que de la confusión se derivan[45].

Esto ya era así desde el Derecho Romano. La *hereditas* romana, que veía en el heredero una continuación de la personalidad del difunto, sustituía al causante por la persona del heredero en la titularidad de todo el patrimonio. De este modo, el heredero perdía su individualidad originaria y era, en cierto modo, identificado con el causante. Los dos patrimonios —del heredero y del causante— confluían en uno solo, el nuevo patrimonio del heredero, lo cual conllevaba que los dos grupos separados de acreedores, que se podían tener precedentemente, se convertían igualmente en uno solo, en una sola clase de acreedores, con una garantía única en el patrimonio constituido por la fusión de los bienes del *de cuius* y los del heredero. Y como el heredero respondía frente a los acreedores del difunto *ultra vires hereditatis,* con su propio patrimonio, de igual modo respondía frente a sus propios acreedores con el patrimonio hereditario.

Sin embargo, esta confusión de patrimonios presentaba inconvenientes para los acreedores del causante, cuando el heredero era insolvente. Para evitar la confusión y mantener separados herencia y patrimonio del heredero, el Derecho Romano concibió la separación temporal de patrimonios (*separatio bonorum*), que sustituyó al afianzamiento (*satisdatio*), instrumento usado para la protección delos acreedores hereditarios[46]. Acogida la *separatio* con bastante aproximación en los Códigos germánicos[47], se modeló como una institución con caracteres específicos en el Código francés[48], cuya línea siguieron en esencia los Códigos italianos[49]. Lo más destacado de la regulación del sistema francés —que significó una profunda modificación de la *separatio* romana—, es la sustitución del régimen de la *separatio* por un derecho de prelación o preferencia para el cobro de los créditos contra el causante y de los legados frente a los acreedores del heredero, sin organizarse administración especial alguna del caudal relicto[50]. Esa

preferencia se otorga tan solo a los acreedores y legatarios que hubieran instado la separación al Juez competente y afecta a los bienes hereditarios determinados sobre los que se haga valer y permanezcan en propiedad del heredero y a todos los inmuebles que hubiesen sido anotados dentro de los cuatro meses siguientes a la apertura de la sucesión.

Por el contrario, el Derecho anglosajón adopta el principio de separación de patrimonios como sistema automático. Este sistema, más que imponer una separación de patrimonios como norma especial que impida la confusión que fuese regla general, lo que rechaza de entrada es la idea de confusión patrimonial misma, decretando la liquidación de la herencia[51].

En nuestro Derecho histórico, aunque esta institución no fue recogida en las Partidas[52], sí aparece regulada en el Proyecto de 1851. Este concibe una separación universal, mediante el otorgamiento de un inventario, y permite además, la separación particular respecto de determinados bienes, y en cierto tiempo; otorga preferencia a los acreedores y legatarios separatistas, pero solo sobre «lo que habrían cobrado si todos los acreedores y legatarios hubieren pedido la separación», y a la vez acuerda la preferencia sobre el caudal del heredero, de los acreedores particulares de este y los acreedores y legatarios no separatistas[53].

B) La separación de patrimonios en nuestro Derecho

La separación de patrimonios se regula en algunos de nuestros Derechos civiles forales o especiales, en los que la separación del patrimonio del difunto no se da automáticamente, pero puede ser solicitada. Así en Cataluña, hay confusión de ambos patrimonios cuando la sucesión se produce, pero los acreedores y legatarios podrán solicitar la separación de ambos[54]. Por su parte, en Navarra, la separación puede ser pedida durante el plazo prescrito en la Ley[55].

Sin embargo, el beneficio de separación de patrimonios no aparece reglamentado en nuestro Código Civil; lo que nos lleva a cuestionarnos por qué la regulación del Proyecto de 1851 no llega al Código Civil. Se entendió por los comentaristas posteriores al Código que era instrumento idóneo suficiente el ya derogado juicio de testamentaría[56] (arts. 1038.4.º y 1093 de la LEC de 1881, hoy sustituido por el procedimiento de división judicial de patrimonios), y a ello añadía MANRESA la posibilidad de ejercicio de la acción revocatoria o pauliana (art. 1111 del Código Civil) contra la aceptación pura y simple que, como veremos más adelante, suscita problemas a los acreedores del heredero[57]. Se entendía, además, que la incoación de los juicios de abintestato y testamentaría paraliza la acción de los acreedores del heredero contra los bienes hereditarios, pero que fuera de ellos los acreedores del caudal no gozan de protección preferencial[58].

Sin embargo, en la doctrina posterior el debate alumbró numerosas posiciones doctrinales. Prácticamente el único punto en que pareció reinar el con-

senso fue en la inteligencia de que a propósito de la aceptación a beneficio de inventario, el Código contiene una regulación de una especie de separación de patrimonios. Fuera de ahí no hay acuerdo[59].

Así, algún autor entendió que la confusión de patrimonios que supone la aceptación pura y simple, excluye la posibilidad incluso de los —hoy derogados— procedimientos sucesorios universales[60]. Otros entienden una radical separación entre la herencia indivisa y el patrimonio particular del heredero, que repercute en la sujeción a la responsabilidad por las deudas de una y otra masa[61].

Para un sector doctrinal[62], aparte de los derogados juicios universales, cabe una separación de inmuebles concretos, mediante la anotación preventiva de crédito, a tenor de los artículos 45.2, 48 y 50 de la Ley Hipotecaria. Y la generalidad se manifestaba en el sentido de considerar como instrumento *«ad hoc»* el del derogado juicio de testamentaría, a pesar de ser calificado de trámite engorroso, costoso y largo. Dice LACRUZ que los juicios divisorios equivalen al beneficio de separación, y su tramitación excluye absolutamente la agresión a los bienes relictos por los acreedores particulares del heredero[63]. Según RAMOS ARMERO, de los juicios universales de la LEC de 1881 resultaba un beneficio de separación: relativo, ya que cierra el patrimonio relicto al ataque de los acreedores del heredero, pero no impide la afección del patrimonio de este al pago de las deudas hereditarias, y temporal, al limitarse al tiempo de duración del juicio.

Como dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS «el meollo de la cuestión está en el modo de entender la sucesión de las deudas. Si se entiende que a consecuencia de la sucesión pasan las deudas al patrimonio del heredero, de manera que el patrimonio del causante deja de ser centro de responsabilidad, resultan lógicas la responsabilidad *ultra vires* y la confusión de patrimonios. Por el contrario, de estimar que a consecuencia de la sucesión, las deudas no cambian de patrimonio sino que simplemente es el patrimonio el que cambia de titular, con este se llega a resultados más justos, sobre todo, para los acreedores del causante»[64].

En la actualidad el juicio de testamentaría ha sido sustituido en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero por los procesos de intervención y administración del caudal hereditario, en los que cabe combinar la aplicación de los preceptos relativos al acreedor de la herencia de los artículos 1083 (derecho de intervenir) y 1082 (derecho de oposición), ambos del Código Civil y de los artículos 792.2.º (derecho a pedir la intervención del caudal), 783.5.º (derecho a ser convocados en la Junta para designar contador y peritos), 784.2.º (nombramiento de contador y perito), 785.3.º (derecho a instar la fijación de plazo para que los contadores presenten las operaciones divisorias) y 788.3.º (cuando se haya promovido el juicio a instancia de uno o más acreedores, no se hará entrega de los bienes a ninguno de los herederos

ni legatarios sin estar aquellos completamente pagados o garantizados a su satisfacción) de la LEC.

Por su parte, la jurisprudencia se decide igualmente por la separación automática, y así la RDGRN de 1 de septiembre de 1976, abordando el tema específicamente, señala: «aun cuando la cuestión tiene dividida a la doctrina patria, e incluso una mayoría opta por la tesis de la confusión de patrimonios, en base principalmente a los artículos 659 y 660 del Código Civil, un detenido estudio de sus preceptos y de otros Cuerpos legales, llevan a la conclusión contraria ya que: a) El artículo 1023.3.º del Código Civil, establece la confusión de los bienes particulares del heredero con los que pertenezcan a la herencia, solo cuando lo sea en «daño de aquel», de lo que se deduce que no opera en daño a terceros como son acreedores y legatarios, para los cuales el patrimonio hereditario debe permanecer inalterado, lo que es perfectamente congruente con el sistema, lo que de no ser así podría unilateralmente el heredero, según la postura que adopte —aceptación pura y simple o a beneficio del inventario— actuar con posibilidad de perjudicar los derechos de los acreedores; b) El régimen de concurso o quiebra, o las normas imperativas sobre prelación de créditos de los artículos 1921 a 1925 del Código Civil quedarían su aplicación a la voluntad del particular, si se confundieran los patrimonios con la obligada secuela de que concurrirían los acreedores del causante y del heredero sobre el nuevo patrimonio formado y con la nueva prelación que correspondería; c) Las facultades de intervención que a los acreedores hereditarios se confieren en la LEC (se refería al ya derogado juicio de testamentaría) para lograr el pago o aseguramiento del importe de sus créditos sobre patrimonio del causante, y todo ello aunque el heredero no se haya acogido al beneficio de inventario o lo hubiese perdido»[65].

C) El concepto de herencia residual

Como consecuencia de todo lo indicado anteriormente, extrae PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS el concepto de herencia residual, siendo los bienes de esta los que están afectos al pago de las deudas y no el patrimonio de los herederos, de modo que lo que estos heredan es el residuo, lo que reste después de pagados todos los acreedores. No se produce aquí una confusión entre los patrimonios del causante y del heredero sino en el momento en que se hayan satisfecho totalmente a los acreedores y son precisamente los bienes que integran el patrimonio del causante los que constituyen la garantía de los acreedores. Esta idea persiste al margen de que exista o no beneficio de inventario, ya que va aneja al propio concepto de herencia[66].

Significa que, no obstante la sucesión y mientras hay cargas hereditarias, hay patrimonio hereditario autónomo y diferenciado del patrimonio personal

del heredero; que únicamente el remanente, lo que queda tras la satisfacción de las cargas, es lo que verdaderamente se incorpora y confunde en el patrimonio personal; que respecto del patrimonio subsistente del causante, los acreedores —además de conservar sobre él las posibilidades de acción que antes tenían— están legitimados para promover la intervención del patrimonio e impedir que se haga la entrega de bienes de la herencia mientras no queden a salvo sus intereses. Así pues, sin dejar de ser cierto que por la sucesión el heredero adquiere desde la muerte el total patrimonio del causante (cfr. arts. 659, 660, 661, 989 CC), es decir, sin dejar de estar vigente en toda su plenitud respecto de los derechos y obligaciones la concepción de la «sucesión universal», es, a la vez, cierto este concepto residual de la herencia en cuanto que lo único que se integrará indiferenciadamente en el patrimonio puramente personal del causante es solo el residuo, lo que queda de la herencia después de satisfechas las cargas. Mientras hay cargas, hay patrimonio hereditario autónomo y diferenciado del personal del heredero, aunque la titularidad del patrimonio viene atribuida por la sucesión universal al heredero[67].

VI. CONCLUSIONES

I. A nuestro juicio la confusión de patrimonios en nuestro Derecho es una realidad[68]. Entendemos por confusión de patrimonios la reunión en un único sujeto de diferentes masas patrimoniales, producida como consecuencia del llamamiento hereditario y la ulterior aceptación no beneficiaria. El heredero se convierte así en titular de dos masas de distintos orígenes, a saber, el patrimonio que recibe del causante y el patrimonio suyo propio, pero de tal modo que ambos patrimonios se convierten en un único patrimonio integrado de los anteriores, que pertenece a un único titular.

II. El efecto primordial que se produce es que, integrados ambos patrimonios en uno solo perteneciente al heredero, igualmente se integran en un solo grupo los acreedores, tanto de la herencia como del heredero, que ahora pasan a ser todos acreedores del heredero. Pues bien, por la aceptación pura y simple, los bienes de la herencia se confunden con los suyos y quedan sujetos a la responsabilidad de sus acreedores personales. Estos pueden, en efecto, reclamar el patrimonio del difunto; patrimonio que, al venir a la titularidad del heredero, entra en la garantía general del artículo 1911.

III. Es entonces, cuando la herencia es aceptada pura y simplemente, y el heredero tiene otros acreedores, cuando puede verdaderamente ser útil el beneficio de separación. A causa de la confusión de patrimonios, legatarios, acreedores hereditarios y acreedores del heredero concurren a cobrar con igual derecho, y el acreedor personal del testador no tiene, en principio, derecho de preferencia alguna sobre los bienes relictos. Al darse la confusión patrimonial,

aparece el riesgo de que los créditos sucesorios, queden burlados. Precisamente para evitar ese peligro, la Ley concede a los acreedores del difunto y a sus legatarios el privilegio de la separación de patrimonios del difunto y del heredero; de esta manera ellos, sin perjuicio de sus derechos sobre los bienes del heredero, se hacen pagar con el patrimonio hereditario con preferencia a los acreedores personales del heredero[69].

IV. En el Derecho común existe un beneficio de separación de patrimonios que opera de manera automática a favor de acreedores del difunto y de legatarios y basamos esta tesis en los siguientes argumentos:

Primero. El principio de responsabilidad patrimonial universal que establece el artículo 1911 del Código Civil, que carecería de toda eficacia si la garantía del cumplimiento de las obligaciones pudiera cambiar arbitrariamente a la muerte del obligado. Es indiscutible que la confusión de patrimonios no elimina la vigencia de este precepto, mientras los bienes relictos puedan identificarse. Por el hecho de que el deudor muera no puede mermarse la garantía que para sus acreedores era su patrimonio.

Segundo. En la preferencia que la Ley establece para satisfacer sus derechos con los bienes de la herencia, de los acreedores de esta y de los legatarios sobre los acreedores del heredero. El Código Civil no ha acogido la separación de patrimonios a petición de los acreedores de la herencia y de los legatarios, ya que contenida esta en el Proyecto de 1851, que no establecía la separación automática, se entiende que su no inclusión se debe a que era innecesaria, admitida esta.

Tercero. Porque, a nuestro juicio, el fin perseguido por el artículo 1082 del Código Civil al facultar a los acreedores del caudal relicto, habiendo varios herederos, para impedir su partición, no es otro que el de salvaguardarlo del ataque de los acreedores particulares de los herederos.

Cuarto. En el brocardo «antes pagar que heredar». Porque lo que en definitiva debe recibir el heredero es lo que quede después de haber aplicado al pago de las deudas, el activo hereditario que fuese necesario. Principio que no se contradice con la admisión de la herencia como una sucesión universal de bienes, derechos y obligaciones del causante, ya que una cosa es que este los reciba todos desde el fallecimiento, convirtiéndose inmediatamente en su titular, y otra que solo el residuo que del caudal hereditario quede después de atender sus obligaciones y cargas, sea lo que pase a engrosar de forma definitiva el patrimonio del heredero.

V. Contra este conjunto de argumentos, DE LA CÁMARA[70] esgrime uno de cierto peso: el artículo 1925 del Código Civil, que restringe los créditos preferentes a los enumerados en los artículos anteriores a él. Pero aquel precepto no se ha redactado pensando en las deudas hereditarias, ni en la recepción de un conjunto de bienes vinculados al pago de unas deudas, a tenor del artículo 1911.

VII. RELACIÓN DE LAS RESOLUCIONES CONSULTADAS

Sentencias del Tribunal Supremo

- Sentencia del TS de 9 de febrero de 1901, *RGLJ*, tomo 91, enero-junio 1901, pp. 179-188, Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín GONZÁLEZ DE LA PEÑA.
- Sentencia del TS de 19 de enero de 1911, *RGLJ*, tomo 120, enero-marzo 1920, pp. 207-229, Ponente: Excmo. Sr. D. Pascual DOMENECH.
- Sentencia del TS de 8 de marzo de 1911, *RGLJ*, tomo 120, enero-marzo 1911, pp. 619-630, Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón BARROETA.
- Sentencia del TS de 19 de diciembre de 1924, *RGLJ*, tomo 164, octubre-diciembre 1924, pp. 748-758, Ponente: Excmo. Sr. D. Luis IBARGÜEN.
- Sentencia del TS de 19 de noviembre de 1932, *RGLJ*, tomo 206, noviembre-diciembre 1932.
- Sentencia del TS de 13 de febrero de 1951, *RGLJ*, tomo XXXIII, enero-febrero 1951, pp. 557-570, Ponente: Excmo. Sr. D. Saturnino LÓPEZ PECES.
- Sentencia del TS de 8 de mayo de 1957, *RGLJ*, tomo LXI, mayo-junio 1957, pp. 194-209, Ponente: Excmo. Sr. D. Cayetano OCA ALBARELLOS.
- Sentencia del TS de 9 junio de 1964, *RAJ* 1964, Rf.ª 3216, Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco BONET RAMÓN.
- Sentencia del TS de 21 de marzo de 1968, *RAJ* 1968, Rf.ª 1742, Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco BONET RAMÓN.
- Sentencia del TS de 27 de mayo de 1982, *RAJ* 1982, Rf.ª 2605, Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.
- Sentencia del TS de 20 de septiembre de 1982, *C.L.*, julio-septiembre-octubre 1982, Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime DE CASTRO GARCÍA.
- Sentencia del TS de 12 de marzo de 1987, *RAJ* 1987, Rf.ª 1435, Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio SERENA VELLOSO.
- Sentencia del TS de 21 de mayo de 1991, *RAJ* 1991, Rf.ª 3779, Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo ORTEGA TORRES.
- Sentencia del TS de 31 de enero de 1994, *RAJ* 1994, Rf.ª 643, Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis ALBÁCAR LÓPEZ.
- Sentencia del TS de 21 de abril de 1997, *RAJ* 1997, Rf.ª 3248, Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL.

Sentencias de las Audiencias Provinciales

- SAP de Ciudad Real de 7 de marzo de 1992, *AC* 1992, Rf.ª 160, Ponente: Ilmo. Sr. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA.

- SAP de Segovia de 10 de julio de 1995, *AC* 1995, Rf.ª 2025, Ponente: Ilmo. Sr. PREGO DE OLIVER Y TOLÍVAR.
- SAP de Palencia de 1 de marzo de 1996, *AC* 1996, Rf.ª 639, Ponente: Ilmo. Sr. MARTÍNEZ GARCÍA.
- SAP de Burgos de 14 de julio de 1998, *AC* 1998, Rf.ª 1021, Ponente: Ilmo. Sr. IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE.
- SAP de Alicante de 9 de diciembre de 1999, *AC* 2000, Rf.ª a656, Ponente: Ilmo. Sr. D. PRIETO LOZANO.
- SAP de Albacete de 19 de abril de 2001, *AC* 2001, Rf.ª 232930, Ponente: Ilmo. Sr. D. NEBOT DE LA CONCHA.
- SAP de Alicante de 26 de febrero de 2010, *AC* 2010, Rf.ª 209193, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel VALERO DÍAZ.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de 29 de febrero de 1908, *RAJ* 1908, Rf.ª 79.
- Resolución de 1 de octubre de 1921, *RAJ* 1921, Rf.ª 45.
- Resolución de 22 de septiembre de 1932, *RGLJ*, tomo 205, julio-octubre.
- Resolución de 20 de septiembre de 1933, *RAJ* 1933, Rf.ª 463.
- Resolución de 3 de junio de 1956, *RAJ* 1956, Rf.ª 198.
- Resolución de 1 de septiembre de 1976, *RAJ* 1976, Rf.ª 3785.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, tomo V, Derecho de Sucesiones, vol. 1.º, parte general, Bosch, Madrid, 1979.

CÁRDENAS, L., Responsabilidad *ultra vires* por legados, *RDP*, tomo XXXIV, febrero de 1950, pp. 155 y sigs.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. I, Instituto Editorial Reus, 9.ª ed., Madrid, 1989.

CASTRO SÁENZ, A., *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*, Bosch, Barcelona, 1998.

CICU, A., *Derecho de Sucesiones,* parte general, traducción de la 2.ª edición italiana por J. M. GONZÁLEZ PORRAS, con extensas anotaciones de Derecho español común y foral por M. ALBALADEJO, Real Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles en Bolonia, Studia Albornotiana, Barcelona, 1964.

CORBAL FERNÁNDEZ, J., Comentario al artículo 1082 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, coordinado por I. Sierra Gil de la Cuesta, tomo 5, artículos 857-1088, Bosch, Barcelona, 2000, p. 745.

CRISTÓBAL MONTES, A., Aceptación por los acreedores de la herencia, *Estudios de Derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, tomo IV, Eunsa, Pamplona, 1969, pp. 227 y sigs.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., Comentario al artículo 1082 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, tomo I, artículos 1 a 1087, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 2542.

DEL MORAL Y DE LA LUNA, A., Hacia el heredero limitadamente responsable, *AAMN*, tomo VII, 1953, pp. 703 y sigs.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.

DOMÍNGUEZ, P., Una reflexión sobre la impronta romana del «beneficio de separación de patrimonios, en el Código Civil de Cataluña, *Revista Internacional de Derecho Romano*, octubre de 2011, 199 y sigs.

ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, traducción del alemán por E. Valentí Fiol, Bosch, Barcelona, 1961, pp. 432 y sigs.

GARCÍA BAÑÓN, A., *El beneficio de separación*, Publicaciones de la Facultad de Derecho del Estudio General de Navarra, Rialp, Madrid, 1962.

GARCÍA VALDECASAS, G., La comunidad hereditaria, *RGLJ,* 1952, 395 y sigs.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., Los derechos de cada coheredero en la disposición conjunta y el tracto sucesivo, *RDN*, julio-diciembre de 1965, pp. 166 y sigs.

GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., Comentario al artículo 264 de la Compilación de Derecho civil Especial de Cataluña, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo XXIX, vol. 3, artículos 248 a 276 de la Compilación de Cataluña, EDERSA, Madrid, 1986, pp. 380-409.

JACOISTE, J. J., Beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio, *RGLJ*, abril de 1958.

LACRUZ BERDEJO, J. L., La responsabilidad del heredero en el Código Civil, *Estudios de Derecho privado común y foral*, tomo II, Obligaciones y Sucesiones, Coedición de Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales y José M.ª Bosch Editor, Zaragoza, 1992.

MANRESA Y NAVARRO, J. M.ª, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo V, artículos 1036 a 1317, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1956.

MONJE BALMASEDA, O., *La herencia yacente*, Bosch, Barcelona, 2001.

ORDUÑA MORENO, F. J., *La responsabilidad por evicción y la partición de la herencia*, José M.ª Bosch, Barcelona, 1990.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 174.

PLANIOL, M Y RIPERT, J., *Tratado práctico de Derecho civil francés*, tomo III, traducción española de Díaz Cruz, M., Cultural S.A., Habana, 1952.

POTHIER, R. J., *Oeuvres*, tomo 8, Successions, Cap. V, París, 1945.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil,* tomo V, vol. 3.º, 4.ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1991.

PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, tomo 5, Familia y Sucesiones, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1972.

RAMOS ARMERO, M., El beneficio de separación de patrimonios, *RDP*, 1965.

ROCA SASTRE, R. M.ª, Comentarios al Derecho de Sucesiones de Kipp, ENNECCERUS, L., KIPP. T. Y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil*, tomo V, vol. II, Bosch, Barcelona, 1976.

ROCA SASTRE, R. M.ª, El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria, *ADC*, octubre-diciembre 1960, pp. 1156 y sigs.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B., Comentario al artículo 1082 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XIV, vol. 2.º, artículos 1035 a 1087, EDERSA, Madrid, 1989, pp. 619 y sigs.

VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, Talleres tipográficos Cuesta, 3.ª ed., Valladolid, 1926.

NOTAS

[1] Así parece deducirse de ciertas consideraciones tomadas de ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, traducción del alemán por E. Valentí Fiol, Bosch, Barcelona, 1961, pp. 432 y sigs.

[2] Entre los acreedores de la herencia, merece una mención especial el cónyuge supérstite, por su crédito pecuniario de participación frente a todos los herederos que surgen a la extinción del régimen económico matrimonial de participación, crédito que tendrá que ser reconocido por los coherederos y que resulta de las operaciones liquidatorias del caudal. Lo mismo podemos decir del crédito frente a todos los herederos del que puede ser titular el cónyuge supérstite derivado del derecho a obtener una compensación a la extinción del régimen de separación de bienes, conforme se establece en el artículo 1438 del Código Civil.

[3] La Compilación Navarra, Ley 1/1973, de 1 de marzo, dice explícitamente en la Ley 318 *in fine* que «*se considerarán también acreedores de la herencia los que lo sean por gastos de última enfermedad, entierro y funerales*». La Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, distingue las cargas de la herencia de las deudas del testador, al decir en el artículo 461-19 que: «*Son cargas hereditarias los gastos: a) De última enfermedad, de entierro o incineración y de los demás servicios funerarios. b) De toma de inventario y de partición de la herencia, y las demás causadas por actuaciones judiciales, notariales o registrales hechas en interés común. c) De defensa de los bienes de la herencia, mientras esta esté yacente. d) De entrega de legados, de pago de legítimas y de albaceazgo, y las demás de naturaleza análoga*». A estos gastos se refiere expresamente la SAP de Palencia de 1 de marzo de 1996 (*AC* 1996, Rf.ª 639, Ponente: Ilmo. Sr. MARTÍNEZ GARCÍA), al manifestar que «entre las cargas que derivan de la Ley, sin duda hay que incluir los sufragios y funerales del causante, gastos que deben ser pagados por el albacea o los herederos con el dinero hereditario y, si no lo hubiere, con el producto de la venta de bienes (arts. 902 y 903 del Código Civil)». Además, podemos citar algunas resoluciones en las que se trataba de conseguir el metálico para hacer frente a estos fines: RRDGRN de 1 de octubre de 1921 (*RAJ* 1921, Rf.ª 45), 22 de septiembre de 1932 (*RGLJ*, tomo 205, julio-octubre, pp. 421 y 422), y 3 de junio de 1956 (*RAJ* 1956, Rf.ª 198).

[4] Sobre una adjudicación hecha con el fin de atender esos gastos de división, amén de otras deudas, puede verse la RDGRN de 29 de febrero de 1908 (*RAJ* 1908, Rf.ª 79).

[5] RDGRN de 20 de septiembre de 1933 (*RAJ* 1933, Rf.ª 463), sobre una adjudicación para pago de gastos de testamentaría.

[6] A diferencia de lo que sucede en el Derecho angloamericano, en el cual se interpone la figura del Ejecutor (interposición de un órgano de liquidación entre el causante y los beneficiarios de la herencia) con facultades de representación y liquidación de la herencia.

[7] STS de 12 de marzo de 1987, *RAJ* 1987, Rf.ª 1435, Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso.

[8] Como señala la SAP de Ciudad Real de 7 de marzo de 1992, *AC* 1992, Rf.ª 160, Ponente: Ilmo. Sr. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, no cabe distinguir entre el instituto civil que la literatura jurídica conoce con el nombre de herencia yacente y el colegio de herederos

de una persona. Es evidente que la alusión personalista a estos últimos, con el antepuesto calificativo de «ignorados», «desconocidos» o cualquier otro de equivalente significación, aunque carece de la carga o connotación patrimonialista que es inherente a dicho instituto jurídico, no es sino una forma de designar a aquellos que pueden comparecer en nombre de la herencia yacente. Entiende este Tribunal que la legitimación pasiva durante este periodo corresponderá a cualquiera de los coherederos según establece el artículo 1084, y se basa entre otras razones en la dificultad que los acreedores tienen para conocer el que sea heredero. «Si bien los acreedores pueden obtener del Registro de Actos de Ultima Voluntad certificación acreditativa de si su deudor fallecido ha muerto testado o intestado, no es menos cierto que en la generalidad de los casos no tienen medio alguno de tomar conocimiento del testamento que en su caso se certificase. El recurso a las diligencias preliminares del juicio resulta normalmente infructuoso, pues la norma procesal restringe la legitimación para la exhibición del testamento a «el que se crea heredero, coheredero o legatario», con exclusión, pues, de los acreedores del causante que no tengan tal condición —art. 497.3.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

[9] En relación con esta cuestión, véase, CASTRO SÁENZ, A., *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*, Bosch, Barcelona, 1998; MONJE BALMASEDA, O., *La herencia yacente*, Bosch, Barcelona, 2001.

[10] La LEC 1/2000, se refiere en diversas ocasiones a la actuación procesal de entes sin personalidad. Así, en los artículos 6.5, 7.6, 7.7, 51.2, 309, 544.

[11] STS de 12 de marzo de 1987 (*RAJ* 1987, Rf.ª 1435, Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso). Esta herencia yacente carece de personalidad jurídica, transmitiéndose las obligaciones contraídas por el causante de manera solidaria a los herederos; STS de 31 de enero de 1994 (*RAJ* 1994, Rf.ª 643, Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis ALBÁCAR LÓPEZ). En el orden práctico, la demanda contra la herencia yacente se deberá dirigir a la vez contra ella y contra quienes resulten ser herederos (o los llamados cuya identidad se conozca), para que sean citados, aquellos por edictos y estos en persona, salvo que la representación de la herencia «haya sido otorgada al albacea por el testador o exista administrador». STS de 20 de septiembre de 1982 (*C.L.*, julio-septiembre-octubre 1982, Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime DE CASTRO GARCÍA). En el mismo sentido, STS de 21 de mayo de 1991 (*RAJ* 1991, Rf.ª 3779, Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo ORTEGA TORRES) y la SAP de Alicante de 9 de diciembre de 1999, (*AC* 2000, Rf.ª a656, Ponente: Ilmo. Sr. D. PRIETO LOZANO).

[12] GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., «Los derechos de cada coheredero en la disposición conjunta y el tracto sucesivo», *RDN*, julio-diciembre de 1965, p. 166, estima que en el fenómeno sucesorio se conserva intocada la naturaleza o esencia del derecho (el poder) y también el objeto ya que ni uno ni otro sufren alteración; lo que cambia es el sujeto y a él tenemos que referirnos para explicar la naturaleza de la comunidad hereditaria.

[13] Puede decirse, por tanto, que a consecuencia de la sucesión no son las deudas las que cambian de patrimonio, sino que simplemente es el patrimonio el que cambia de titular. En este sentido, PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, tomo 5, Familia y Sucesiones, 2.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1972, pp. 134 y sigs.

[14] Véase, en este sentido, la SAP de Burgos de 14 de julio de 1998, *AC* 1998, Rf.ª 1021, Ponente: Ilmo. Sr. IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE.

[15] Y que puede o no coincidir en el tiempo con la vocación hereditaria, según diversos supuestos que no son del caso examinar.

[16] Si bien se reserva al heredero la facultad de rechazar o repudiar la herencia o adquisición, siempre que la realice dentro de un breve plazo o a contar desde que con conocimiento de causa pudo repudiar.

[17] SAP de Segovia de 10 de julio de 1995, *AC* 1995, Rf.ª 2025, Ponente: Ilmo. Sr. PREGO DE OLIVER Y TOLÍVAR.

[18] SS.TS de 9 de junio de 1964 (*RAJ* 1964, Rf.ª 3216, Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco BONET RAMÓN) y de 27 de mayo de 1982 (*RAJ* 1982, Rf.ª 2605, Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ). Admitiendo esta última sentencia que por ser necesaria la aceptación, no tiene el llamado a heredar por este solo hecho la cualidad de responsable

frente a los acreedores del causante al no ser suficiente para ello el artículo 661 del Código Civil si no se completa con lo dispuesto en el artículo 989 para la aceptación.

[19] De interés resulta, en este sentido, la opinión de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS al criticar la impropiedad de la terminología empleada en el Código Civil de «aceptación a beneficio de inventario» y de «aceptación pura y simple». A su juicio «no hay aceptación a beneficio de inventario pues la aceptación, en todo caso, es incondicionada, pura. Tampoco hay frente a los herederos a beneficio de inventario, herederos puros y simples. Todos los herederos, en cuanto tales, son igualmente puros y simples. (…) Puede decirse que la llamada aceptación a beneficio de inventario es una simple aceptación; el heredero a beneficio de inventario es el único heredero puro en cuanto que en él se dan con pureza los efectos de la sucesión universal y por eso responde solo con los bienes de la herencia. Y en cambio la llamada aceptación pura y simple envuelve un título complejo. Y el llamado heredero puro y simple no es un puro y simple heredero; en él sobre los efectos de la sucesión universal se superponen los del apartamiento del régimen liquidatorio; y así resulta responsable —por las deudas del causante— por dos razones, por haber aceptado la sucesión a título universal (con los bienes de la herencia) y por apartarse de las garantías liquidatorias legalmente establecidas (con sus propios bienes)». PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 174.

[20] En nuestro Derecho existen algunos casos en que, sin necesidad de formalidad alguna, se supone hecha la aceptación a beneficio de inventario. Estos son: la aceptación que en nombre de los pobres realiza el administrador de sus bienes (art. 992 del Código Civil), la del tutor en nombre de los menores (art. 271.4.º del Código Civil), y la aceptación que resulta de ganar la herencia que otro venía poseyendo por más de un año (art. 1021 del Código Civil). también, cuando a falta de heredero legítimo, hereda el Estado, la herencia se entiende siempre aceptada a beneficio de inventario (art. 957 del Código Civil).

[21] Un problema teórico, al margen del Derecho positivo, es el de si es o no conveniente admitir la aceptación pura, y en ella la responsabilidad *ultra vires*. Algunos autores opinan que ninguna ventaja tiene la aceptación pura y simple, y que la aceptación beneficiaria, aun sin necesidad de formalidad alguna, debería ser la forma normal de aceptación de la herencia. Piensan que es más sencillo y más conforme con la acepción moderna de la herencia que se limite por la ley, sin necesidad de inventario, la responsabilidad del heredero, para que nunca pueda ser perjudicado por la herencia. Y añaden que conservar aún la responsabilidad ilimitada y exigir para librarse de ella una serie de formalidades molestas, constituye un anacronismo: el sistema de responsabilidad del heredero *ultra vires hereditatis* no obedece hoy día a ningún principio jurídico, suprimidas ya las antiguas ficciones que le consideraban como un continuador de la personalidad del deudor. VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, tomo V, Talleres tipográficos Cuesta, 3.ª ed., Valladolid, 1926, p. 529, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. I, Instituto Editorial Reus, 9.ª ed., Madrid, 1989, p. 175.

[22] STS de 21 de marzo de 1968, *RAJ* 1968, Rf.ª 1742, Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón.

[23] Considera LACRUZ que procede así por motivos de política jurídica, que no tienen mucho que ver con la falsa idea de la continuación de la personalidad, y sí con las necesidades del tráfico y las concepciones sociales: la ilimitación de responsabilidad se justifica por motivos de solidaridad familiar, que impulsan al heredero próximo a salvar el nombre de su *autor* pagando las deudas que deja, o por la necesidad de que la confusión de patrimonios no vaya en perjuicio de los acreedores del caudal. LACRUZ BERDEJO, J. L., La responsabilidad del heredero en el Código Civil, *Estudios de Derecho privado común y foral*, tomo II, Obligaciones y Sucesiones, Coedición de Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales y José M.ª Bosch Editor, Zaragoza, 1992, p. 503.

[24] Con todo, cabe dudar si las multas, por el principio de personalidad de la pena, se pagan *pro viribus*, previa demostración plena de la composición del caudal.

[25] DEL MORAL Y DE LA LUNA, A., Hacia el heredero limitadamente responsable, *AAMN*, tomo VII, 1953, pp. 703 y sigs.

[26] LACRUZ BERDEJO, J. L., La responsabilidad del heredero en el Código Civil, *cit*., p. 504.

[27] En el Derecho romano clásico el heredero responde por los legados solamente *intra vires*. En los germánicos, la regla fue siempre la responsabilidad limitada, y así incluso en aquellos Derechos de costumbres que llegaron a admitir la responsabilidad ilimitada del heredero por las deudas del causante. En cambio, las Partidas, copiando el régimen romano, obligan a pagar los legados con sus propios bienes al que no otorga el inventario de la herencia dentro de plazo (6, 6, 10).

[28] CÁRDENAS, L., Responsabilidad *ultra vires* por legados, *RDP*, tomo XXXIV, febrero de 1950, 155 y sigs.

[29] En favor de la responsabilidad limitada del heredero se alegan los artículos 764 y 887 del Código Civil. Del primero pretende deducirse que el cumplimiento de las disposiciones testamentarias ha de hacerse con los bienes relictos, pues supone que aún queda un remanente. Mas su finalidad es muy distinta: con independencia del problema de la obligación del heredero por legados, lo que establece es, contra la regla romana, que el testamento no precisa institución de heredero, ni eficacia de la misma, y que la institución *pro parte* carece de eficacia expansiva por el mero hecho de ser tal institución, por todo lo cual, cuando no hay una institución de heredero eficaz y comprensiva de la totalidad del as hereditario, procede abrir la sucesión *ab intestato* para lo no dispuesto por el testamento. No quiere decir, en cambio, que necesariamente tenga que existir un remanente de los bienes, pues la herencia existe con abstracción de estos, y así lo demuestra la propia redacción del artículo 912. El artículo 887, por su parte, se refiere al orden de pago de los legados cuando los bienes de la herencia no alcancen para atender a todos. De ahí se infiere que los legados deben de ser pagados con los bienes de la herencia, pues de otro modo el precepto no tendría aplicación: ilación precipitada, por cuanto siempre resulta aplicable el artículo 887 a los supuestos de distribución de toda la herencia en legados, aceptación a beneficio de inventario, e incluso insolvencia del heredero que acepta pura y simplemente, o caso de que a un legatario se grave con varios legados.

[30] La jurisprudencia parece inclinarse por la ilimitación de responsabilidad en las SSTS de 19 de enero de 1911 (*RGLJ*, tomo 120, enero-marzo de 1920, pp. 207-229, Ponente: Excmo. Sr. D. Pascual DOMENECH), 13 de febrero de 1951 (*RGLJ*, tomo XXXIII, enero-febrero de 1951, pp. 557-570, Ponente: Excmo. Sr. D. Saturnino LÓPEZ PECES), y 8 de mayo de 1957 (*RGLJ*, tomo LXI, mayo-junio de 1957, pp. 194-209, Ponente: Excmo. Sr. D. Cayetano OCA ALBARELLOS).

[31] Sentencia de 19 de diciembre de 1924 (*RGLJ*, tomo 164, octubre-diciembre de 1924, pp. 748-758, Ponente: Excmo. Sr. D. Luis IBARGÜEN): El testador impone al heredero usufructuario (así le llama la sentencia) la obligación de satisfacer los legados con los bienes que dejara al morir, por lo cual el heredero no debe satisfacer tales liberalidades con los bienes propios. Sentencia de 19 de noviembre de 1932 (*RGLJ*, tomo 206, noviembre-diciembre de 1932): Se entiende que la causante no impuso al heredero único más obligación que la de satisfacer los legados con los bienes que dejaba al morir, después de pagar otras atenciones preferentes, por lo que la carga o gravamen está restringida a dichos bienes, sin interesar los del sucesor.

[32] Como recoge la jurisprudencia en reiteradas resoluciones, la masa hereditaria la compone el activo —valor de los bienes del causante a su fallecimiento— menos el pasivo —deudas y cargas del testador hasta el momento de su muerte—, mas el importe de las donaciones de naturaleza colacionable. STS de 21 de abril de 1997 y SAP Albacete de 19 de abril de 2001 (*AC* 2001, Rf.ª 232930, Ponente: Ilmo. Sr. D. NEBOT DE LA CONCHA).

[33] La jurisprudencia admite igualmente la responsabilidad ilimitada del heredero legitimario. Véase, en este sentido, la Sentencia del TS de 8 de marzo de 1911 (*RGLJ*, tomo 120, enero-marzo de 1911, pp. 619-630, Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón BARROETA).

[34] Por lo demás, el descendiente, ascendiente o cónyuge que pide se declare la ineficacia de las disposiciones que inflingen la legítima, o bien que la alega como excepción, no obra como heredero, sino como pariente con derecho de expectativa sucesoria. LACRUZ BERDEJO, J. L., La responsabilidad del heredero en el Código Civil, *cit*., p. 506.

[35] El beneficio de separación, como más adelante veremos, tiene parecidos efectos, si bien más limitados, pues solo favorece a los acreedores de la herencia y no evita las consecuencias de la confusión dañosa para el heredero.

[36] Como señala ROCA SASTRE, es necesario tener presente que la aceptación a beneficio de inventario, «se contrae exclusivamente a este fin puramente económico limitativo de responsabilidad pecuniaria, y por tanto no impide que el heredero, como sucesor del causante, se subrogue en sus derechos y obligaciones, debiendo, por ende, respetar los actos de aquel, salvo en cuanto impliquen una deuda hereditaria como tal sujeta a la limitación de responsabilidad que el beneficio de inventario entraña. Por ello, debe admitirse con reservas la expresión jurisprudencial (cfr. STS de 25 de mayo de 1897, entre otras) que ve una doble personalidad independiente en el heredero que ha aceptado a beneficio de inventario, doctrina que la STS de 30 de abril de 1929 atenúa, al declarar que el heredero rico, que ha aceptado con este beneficio una herencia pobre, no puede valerse del beneficio de pobreza para litigar sobre derechos de la misma». ROCA SASTRE, R. M.ª, «Comentarios al Derecho de Sucesiones de Kipp», ENNECCERUS, L., KIPP. T. Y WOLFF, M., *Tratado de Derecho civil*, tomo V, vol. II, Bosch, Barcelona, 1976, p. 110.

[37] Así se desprende, además de los artículos 1029, 1031 y 1032 del Código Civil que hablan siempre de los bienes de la herencia y no de su valor.

[38] PLANIOL, M Y RIPERT, J., *Tratado práctico de Derecho civil francés*, tomo III, traducción española de DÍAZ CRUZ, M., Cultural S.A., Habana, 1952. Sin embargo, esta postura no encuentra apoyo en nuestros textos legales, donde está claro que la ordenada y legal administración es un presupuesto de la subsistencia del beneficio, pero no una obligación estricta y donde el heredero, aun hallándose la herencia en administración, puede ejercitar válidamente sobre ella (salvo el caso de administración judicialmente intervenida, con o sin beneficio) cualquier acto de dominio.

[39] Y aunque puede limitar al caudal su responsabilidad por las deudas del causante, no puede prescindirse de su patrimonio particular cuando se trata de medir las fuerzas del litigante a los efectos del beneficio de justicia gratuita, en un pleito del caudal: podrá el litigio no comprometer sus bienes particulares, pero no cabe omitirlos cuando hayan de contarse los recursos del que solicita el beneficio de pobreza, pues litigante es solo el heredero.

[40] CICU, A., *Derecho de Sucesiones,* parte general, traducción de la 2.ª edición italiana por J. M. GONZÁLEZ PORRAS, con extensas anotaciones de Derecho español común y foral por M. ALBALADEJO, Real Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles en Bolonia, Studia Albornotiana, Barcelona, 1964; JACOISTE, J. J., Beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio, *RGLJ*, abril de 1958.

[41] STS de 21 de marzo de 1968, *RAJ* 1968, Rf.ª 1742, Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco BONET RAMÓN.

[42] Distintas apreciaciones de la doctrina hacen conveniente una breve referencia a otros posibles instrumentos de protección del crédito de los acreedores de la herencia:

«El artículo 1082 del Código Civil establece un mecanismo de prevención, que de ningún modo constituye una garantía real tácita. Es un instrumento de protección bastante impreciso, y parece que a todas luces insuficiente». ORDUÑA MORENO, F. J., *La responsabilidad por evicción y la partición de la herencia*, José M.ª Bosch, Barcelona, 1990.

«En los bienes de una herencia pueden confluir pretensiones de los acreedores del causante, de legatarios y de acreedores de los herederos. Genéricamente existe una prioridad entre ellos por el orden en que los hemos enunciado, pero la confusión de patrimonios podrá esfumarla». VALLET DE GOYTISOLO, J. B., Comentario al artículo 1082 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XIV, vol. 2, artículos 1035 a 1087, EDERSA, Madrid, 1989, p. 625.

[43] Vamos a analizar aquí el principio de confusión de patrimonios en el nuestro ordenamiento jurídico, cosa bien distinta de la confusión, que es el modo de extinción de las relaciones jurídicas. Así, mientras la confusión patrimonial es la unión de patrimonios de diferente origen, la confusión «a secas», viene a ser una suma algebraica que tiene lugar cuando una persona interviene en una relación jurídica bajo dos signos contrarios: como sujeto activo y como sujeto pasivo. Aplicando esta doctrina a los derechos de crédito, se conoce por confusión la extinción del débito y del crédito por reunirse en una misma persona la cualidad de deudor y acreedor (art. 1192 del Código Civil). Más adelante, analizaremos el estudio de la confusión, en relación con el supuesto en que un coheredero es a la vez acreedor de su causante (art. 1087 del Código Civil).

[44] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, *cit*., pp. 181-182.

[45] GARCÍA BAÑÓN, A., *El beneficio de separación*, Publicaciones de la Facultad de Derecho del Estudio General de Navarra, Rialp, Madrid, 1962, pp. 23-24.

[46] Tal y como vimos al tratar de los antecedentes romanos en torno a las deudas hereditarias.

[47] El Código austriaco de 1811 lo recogió conforme la regulación romana, con la sola innovación de hacer anotable el beneficio de separación en el Registro de la Propiedad. Igualmente sigue el sistema de la *separatio* romana el BGB alemán, que simplifica otorgando mayor autonomía y poniendo el caudal hereditario en administración, dotándole de un curador designado judicialmente. Mientras esta dure, los acreedores de la herencia no pueden dirigirse contra los demás bienes del heredero. Si los de aquella resultaren insuficientes, se abre concurso de acreedores sobre el caudal relicto y se entregará al heredero el remanente que quedare después de pagadas todas las deudas de la herencia (parágrafo 1981 del BGB).

[48] Modificado parcialmente en esta materia por Decreto de 5 de enero de 1955, el Código francés significó una profunda modificación de la *separatio* romana, y en especial, de su evolución consagrada por la doctrina y jurisprudencia francesa del siglo XIV (arts. 878-882 del Código Civil).

[49] Siguiendo el Code de Napoleón, de decretar un derecho de prelación de carácter real sobre los bienes de la herencia, el Codice civile italiano de 1865 y posteriormente el de 1942 aclaran la preferencia entre acreedores separatistas y no separatistas (arts. 512-518 del Codice Civile de 1942).

[50] Esta idea la expuso claramente POTHIER al decir que la separación no libera al heredero de la obligación de pagar las deudas hereditarias contraída con la aceptación pura y simple; sino que atribuye solo una preferencia a los acreedores hereditarios. POTHIER, R. J., *Oeuvres*, tomo 8, Successions, Cap. V, 1945.

[51] El problema que la *separatio* romana trata de evitar no puede darse, por tanto, en los países de la *common law*; en el que a los herederos solo pasa el residuo, que es el resultado de un proceso liquidatorio que han de soportar.

[52] Si bien nada se dice en las Partidas del beneficio de separación, es cierto, sin embargo, que mediante el beneficio de inventario los acreedores de la herencia eran preferentes a los legatarios y estos a los acreedores del heredero (Partida 6, 6, 7 *in fine*) frente a quienes resultaban garantizados por la hipoteca general que les era reconocida (Partida 5, 13, 26, 2).

[53] El Proyecto de 1851 regulaba el beneficio de separación en sus artículos 871 a 877, bajo el epígrafe «Del inventario y separación de bienes a petición de los acreedores y legatarios». Se trata de una concepción personalista, no patrimonialista, de la sucesión en las deudas, con sus dos consecuencias: una, la responsabilidad del heredero *ultra vires*, salvo que el heredero solicite el beneficio de inventario (en cuyo caso se limita su responsabilidad *intra vires*), y otra, la confusión de patrimonios salvo que acreedores y legatarios soliciten el beneficio de separación de patrimonios.

En especial, el artículo 875 se refería a sus efectos al decir: «*Los efectos del inventario y separación de bienes son los siguientes:*

1.º Los acreedores y legatarios que la obtuvieren excluyen en los bienes hereditarios a los acreedores del heredero; pero no cobrarán sino lo que habrían cobrado, si todos los acreedores y legatarios hubieren pedido la separación.

2.º Hecho el pago de los que obtuvieron la separación en conformidad al número anterior, el remanente de la herencia pasa al heredero, y los demás acreedores y legatarios corren la suerte que todos los acreedores del mismo.

3.º Los acreedores y legatarios que obtuvieren la separación, no pueden repetir contra los bienes propios del heredero, sino después de pagados todos los acreedores de este».

[54] El artículo 461-23 del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, Ley 10/2008, señala:

«*1. Los acreedores por deudas del causante y los legatarios pueden solicitar al juez competente, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, que el patrimonio hereditario sea considerado separado del privativo del heredero, para salvaguardar su derecho ante los acreedores particulares del heredero. También pueden solicitarlo los acreedores del heredero, para salvaguardar su derecho ante los acreedores por deudas del causante.*

2. Una vez tomado el inventario de la herencia, el juez, con la motivación adecuada, concede el beneficio de separación de patrimonios y adopta, si procede, las medidas necesarias para hacerlo efectivo.

3. Los acreedores del causante y los legatarios que obtengan el beneficio de separación de patrimonios tienen derecho preferente para cobrar los créditos y percibir los legados respecto a los acreedores particulares del heredero, pero, mientras no se haya pagado a estos acreedores particulares, dichos acreedores del causante y los legatarios no pueden perseguir los bienes privativos del heredero. Este último efecto también se produce si el beneficio se concede a instancia de algún acreedor del heredero».

En términos similares se pronunciaba el párrafo 1.º del artículo 37 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte en Cataluña, Ley 40/1991, al establecer: «*Los acreedores por deudas del causante y los legatarios podrán obtener del Juez competente que el patrimonio hereditario sea considerado separado del privativo del heredero, a fin de salvaguardar su derecho ante los acreedores particulares de este último. El Juez, previo inventario de la herencia y previa adecuada justificación, concederá este beneficio y adoptará, en su caso, las medidas conducentes a su efectividad*».

Por su parte, la Compilación de Derecho civil Especial de Cataluña, Ley 40/1960, de 21 de julio, ya establecía la misma postura en el artículo 264.1, sin más variaciones que referirse a «*los acreedores por deudas del causante o por gastos de última enfermedad y los legatarios…*». Idéntica redacción se transcribía en el artículo 264.1 del Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho civil de Cataluña.

Véase, en este sentido, el interesante estudio que sobre la Compilación catalana en materia de separación de patrimonios hace GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., Comentario al artículo 264 de la Compilación de Derecho civil Especial de Cataluña, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo XXIX, vol. 3, artículos 248 a 276 de la Compilación de Cataluña, EDERSA, Madrid, 1986, pp. 380-409, y DOMÍNGUEZ, P., Una reflexión sobre la impronta romana del «beneficio de separación de patrimonios» en el Código Civil de Cataluña, *Revista Internacional de Derecho Romano*, octubre de 2011, pp. 199 y sigs.

[55] En Navarra, la separación puede ser solicitada dentro del plazo de seis meses a contar desde la fecha del fallecimiento del causante, y no pedida en ese tiempo, se produce entonces la confusión entre el patrimonio hereditario y el del heredero, todo ello a tenor de la Ley 319, párrafos 1.º y 2.º: «*Los acreedores hereditarios, dentro del plazo de seis meses, a contar de la fecha del fallecimiento del causante, podrán solicitar del Juez la formación de inventario y la separación de los bienes de la herencia, con el fin de satisfacer con los mismos sus propios créditos, según su respectivo rango, excluyendo a los acreedores particulares del heredero hasta la total satisfacción de aquellos créditos. Hasta tal momento no se confundirán las deudas y créditos existentes entre el heredero y el causante, ni se extinguirán las correspondientes garantías.*

Los legatarios tendrán ese mismo derecho para asegurar el cumplimiento de los legados con el remanente de la herencia después de quedar satisfechos aquellos acreedores».

Por su parte, en el Derecho aragonés, la herencia se acepta con el beneficio legal de inventario, sin que se produzca confusión de patrimonios, de modo que el heredero responde de las deudas de la herencia exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario. Así lo establece el artículo 355 del Código de Derecho foral de Aragón Dleg. 1/2011: *Limitación de la responsabilidad del heredero: «1. El heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario. 2. Sin embargo, cuando los bienes heredados existentes no sean suficientes, el heredero responderá con su propio patrimonio del valor de lo heredado que enajene, consuma o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos; así como del valor de la pérdida o deterioro que, por su culpa o negligencia, se produzca en los bienes heredados*».

[56] A juicio de LACRUZ no se contempla en el Código Civil no porque se rechazase, sino todo lo contrario: por entender los legisladores del 88 que su contenido había pasado a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con cuyo juicio de testamentaría era posible obtener resultados parecidos a los de la separación. En efecto, conforme al artículo 1038.4.º LEC de 1881, es parte legítima para promover el juicio de testamentaría «*cualquier acreedor siempre que presente un título escrito que justifique cumplidamente su crédito*», si bien no podrán promoverlo los acreedores que tengan asegurado su crédito con hipoteca voluntaria o con otra garantía suficiente, o a quienes los herederos les dieren fianza bastante a responder de sus créditos independientemente de los bienes del finado (art. 1040 LEC). En el mismo sentido, para el *ab intestato*, artículo 973.3.º. LACRUZ BERDEJO, J. L., La responsabilidad del heredero en el Código Civil, *cit*., pp. 509-510.

[57] A juicio de MANRESA, el juicio de testamentaría «es un nuevo medio que les concede la ley para que procuren asegurar su derecho y evitarse todo perjuicio, que después exigiría el medio más violento de la rescisión». Añadiendo que «esos acreedores pueden, con arreglo al artículo 1111 impugnar los actos del heredero y hacer rescindir la aceptación en la forma que se hizo, separando los bienes del causante para que no sea mermada su especial garantía». MANRESA Y NAVARRO, J. M.ª, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo V, artículos 1036 a 1317, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1956, pp. 5 y sigs. A su vez, ROCA SASTRE, después de descartar la posibilidad de un olvido involuntario, que considera muy poco probable, piensa que la verdadera explicación se encuentra en el hecho de que los autores del Código Civil creyeron que los intereses de los acreedores quedaban salvaguardados por los juicios de testamentaría. ROCA SASTRE, R. M.ª, El *beneficium separationis* y los actuales sistemas de separación sucesoria, *ADC*, octubre-diciembre de 1960, p. 1156. Opinión que comparte igualmente DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., Comentario al artículo 1082 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, tomo I, artículos 1 a 1087, 2.ª edic., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 2542.

[58] VALLET DE GOYTISOLO, J. B., Comentario al artículo 1082 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XIV, vol. 2.º, artículos 1035 a 1087, EDERSA, Madrid, 1989, p. 641. Se citaba en dicho sentido la STS de 9 de febrero de 1901 (*RGLJ*, tomo 91, enero-junio de 1901, pp. 179-188, Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín GONZÁLEZ DE LA PEÑA), según la cual: «el heredero continúa la personalidad del difunto, y al aceptar puramente la herencia confunde su patrimonio con el del causante, y los acreedores personales del heredero, aun estando su crédito reconocido y mandado abonar en el testamento, siguen siendo acreedores personales del heredero, y no pueden alegar preferencia para el cobro de sus créditos con relación a determinados bienes de la herencia». Si bien, en el caso de esta sentencia, los acreedores particulares del heredero habían sido garantizados por este, hipotecándoles bienes de la herencia.

[59] CORBAL FERNÁNDEZ, J., Comentario al artículo 1082 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, coordinado por I. Sierra Gil de la Cuesta, tomo 5, artículos 857-1088, Bosch, Barcelona, 2000, p. 745.

[60] GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., Los derechos de cada coheredero en la disposición conjunta y el tracto sucesivo, *cit*., p. 230.

[61] GARCÍA VALDECASAS, G., La comunidad hereditaria, *RGLJ,* 1952, pp. 395 y sigs., y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., La herencia y las deudas del causante, *cit*., pp. 83-85. Declara este último que «la admisión de la *separatio* viene a ser una confirmación de la persistencia del patrimonio hereditario, no obstante la partición, y particularmente si el heredero era sometido a concurso. La separación que pueden invocar los acreedores implica que los acreedores del difunto (…) son absolutamente preferidos a todos los acreedores particulares del heredero, aunque el heredero hubiera afectado con hipoteca general todos los bienes presentes y futuros antes de que el causante hubiere afectado los suyos.

[62] GARCÍA BAÑÓN, A., El beneficio de separación, *cit*., pp. 19-20.

[63] LACRUZ BERDEJO, J. L., La responsabilidad del heredero en el Código Civil, *cit*., pp. 509-510. La misma postura comparten LÓPEZ JACOISTE, J.J., «Beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio», *cit*., p. 33; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, tomo V, Derecho de Sucesiones, vol. 1, parte general, Bosch, Madrid, 1979, p. 248; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil,* tomo V, vol. 3, 4.ª ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1991, p. 229; RAMOS ARMERO, M., El beneficio de separación de patrimonios, *RDP*, 1965, y CRISTÓBAL MONTES, A., Aceptación por los acreedores de la herencia, *Estudios de Derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, tomo IV, Eunsa, Pamplona, 1969, pp. 227 y sigs. Por su parte, DÍEZ PICAZO y GULLÓN condicionan ese camino procesal a que se admita la procedencia del juicio de testamentaría aun cuando el heredero sea único, procedencia evidente, en virtud del artículo 1038.4.º LEC, que legitima para promover el juicio de testamentaría a «cualquier acreedor siempre que presente un título escrito que justifique cumplidamente su crédito». En ese supuesto de ser único el heredero, dicho juicio tendrá exclusivamente función liquidatoria. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 556.

[64] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., La herencia y las deudas del causante, *cit*.

[65] RDGRN de 1 de septiembre de 1976 (*RAJ* 1976, Rf.ª 3785).

[66] Las Partidas dan el concepto residual de la herencia fuera del régimen del beneficio de inventario. El concepto residual de la herencia es fundamental en el sistema sucesorio de las Partidas y coordina claramente con la idea de que la responsabilidad solo *cum viribus* es la institucionalmente normal. Así la Partida 7, 33, 8, señalaba: «*Herencia es la heredad, e los bienes e los derechos de algún finado; sacando ende las debdas que deuia, e las cosas que y falleren agenas*».

[67] A juicio de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., La herencia y las deudas del causante, *cit*., pp. 128-129, no se entiende claramente en qué términos son compatibles el concepto universal de herencia —«la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones», del artículo 659— y el concepto residual de herencia —«no hay herencia sino en el residuo después de pagadas las deudas»—. Se ha olvidado su raigambre histórica. Se le ha motejado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, de concepto más económico que jurídico. Y se estigmatizan de incorrectas las fórmulas notariales en que todavía pervive.

[68] Tal como postula la doctrina actual, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, M., Derecho civil, tomo V, *cit*., pp. 248-252; LACRUZ BERDEJO, J. L., La responsabilidad del heredero en el Código Civil, *cit*., pp. 507-508.

[69] Únicamente es innecesario el beneficio de separación en aquellas legislaciones que no admiten la aceptación pura de la herencia, ni por tanto, la confusión patrimonial. Es obvio que, si no puede darse la confusión, tampoco pueden correr los acreedores de la herencia peligro alguno de incumplimiento, por causa de concurrencia de los acreedores personales del heredero, que es imposible. Por el contrario, resulta evidente la necesidad del beneficio de separación en aquellos regímenes de confusión patrimonial originados al admitir la aceptación pura y simple de la herencia. Y esto es lo que ocurre en nuestro Derecho, donde toda aceptación en principio, se entiende que es pura. GARCÍA BAÑÓN, A., El beneficio de separación, *cit*., pp. 27-28.

[70] Contra este conjunto de argumentos, DE LA CÁMARA («Comentario al art. 1082 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, p. 2542) esgrime uno de cierto peso: el artículo 1925 del Código Civil, que restringe los créditos preferentes a los enumerados en los artículos anteriores a él. Pero aquel precepto no se ha redactado pensando en las deudas hereditarias, ni en la recepción de un conjunto de bienes vinculados al pago de unas deudas, a tenor del artículo 1911.

(Trabajo enviado el 30-7-2014 y aceptado para su publicación el 27-10-2014)

Limitación de la responsabilidad a los bienes de la herencia por una de las deudas que conforma el haber hereditario

Special arrangements for the reverse mortgage from the point of view of the Spanish Inheritance Law

por

INÉS SÁNCHEZ-VENTURA MORER
Ayudante doctor. Derecho civil
Universidad de Navarra

RESUMEN: Entre los distintos instrumentos jurídico-privados para la financiación de la jubilación, se encuentra la conocida como hipoteca inversa. Este contrato hace referencia a un préstamo o crédito garantizado con la vivienda habitual del solicitante en el que la devolución viene determinada por el fallecimiento del deudor; fue regulado en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma del mercado hipotecario. El objetivo principal del legislador era fomentar su contratación. Para ello estableció unos requisitos subjetivos y objetivos de cuyo cumplimiento dependía la aplicación de determinadas ventajas arancelarias y fiscales. Sin embargo, el legislador no se limitó a este último punto, sino que reguló también las consecuencias jurídicas de algunas de las notas que caracterizan la hipoteca inversa dotando a la misma de un régimen algo peculiar. Una de las características de este contrato es el

aplazamiento en la exigibilidad de la deuda hasta el fallecimiento del solicitante del préstamo. Esta situación trae como resultado que el crédito garantizado por hipoteca inversa se configure como una deuda de la herencia sujeta, en un principio, a las disposiciones generales en materia de Derecho sucesorio. Sin embargo, el legislador ha resuelto limitar la responsabilidad de los herederos a los bienes de la herencia en caso de que los herederos no quieran hacer frente a la devolución de la deuda, lo que viene a exceptuar el funcionamiento del régimen sucesorio general de aceptación y el principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el artículo 1911 del Código Civil.

ABSTRACT: The Reverse Mortgage or Lifetime Mortgage is a private instrument used as finance assistance for the retirement. This contract consists on a loan with even a building society or a credit company that is guaranteed with the dwelling, which shall be returned upon the owner's death. The reverse mortgage was introduced in our Legislation through the Law 41/2007 of December the 7th that reformed several dispositions relating to the mortgage market. The main purpose of this law was to incentive the procurement of reverse mortgages. Therefore he made the access to some tax free advantages dependent on the compliance with several objective and subjective requirements. Moreover, he also regulated the juridical consequences of some of the characteristics that inform the Lifetime Mortgage institution. And this new way in which the Law stablishes these consequences makes the Lifetime Mortgage regime a particular one. One of the specificities of the Law is that the debt is due only after the borrower's death. As a consequence, the credit guaranteed with the contract results in an inherited debt which therefore seems to be regulated by the general inheritance law regime. However, the Law 41/2007 has limited the responsibility of the inheritors in such a way that if the debt is not returned, its liquidation will only be extended to the goods that conform the inheritance. This legal provision is an exception to the Spanish principle of universal patrimonial liability set out in Article 1911 of the Civil Code.

PALABRAS CLAVE: Herencia. Deudas hereditarias. Hipoteca. Hipoteca inversa. Crédito hipotecario.

KEY WORDS: Inheritance. Succession. Probating an estate. Debt-payment. Equity release schemes. Lifetime mortgage.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANOTACIONES PREVIAS. —III. LIQUIDACIÓN DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS: DEUDA GARANTIZADA CON UNA HIPOTECA INVERSA: 1. HERENCIA YACENTE. 2. LIQUIDACIÓN DE UNA DEUDA HEREDITARIA ANTES DE LA PARTICIÓN: *A) Herencia acep-*

tada a beneficio de inventario. B) Liquidación de la herencia no beneficiada. C) Cuestiones comunes a la liquidación de una herencia beneficiada y una herencia no beneficiada antes de la partición. 3. LIQUIDACIÓN DE UNA DEUDA HEREDITARIA CON POSTERIORIDAD A LA PARTICIÓN. 4. LIQUIDACIÓN DE UNA DEUDA GARANTIZADA CON HIPOTECA INVERSA.—IV. CARÁCTER DE LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD A LOS BIENES HEREDITARIOS: 1. EVOLUCIÓN DEL APARTADO 6.º DE LA DA1.ª. 2. RAZONES QUE JUSTIFICAN LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD: *A) Limitaciones previstas legalmente:* a) Aceptación a beneficio de inventario. b) Declaración de determinados bienes como inembargables. c) Limitación legal de responsabilidad en la hipoteca inversa. *B) Reconocimiento de la validez de determinados pactos limitativos de la responsabilidad*.—V. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo que tienen estas líneas es el de considerar, a la luz del Derecho sucesorio, la limitación de la responsabilidad de los herederos a los bienes de la herencia por una deuda garantizada con hipoteca inversa: limitación que aparece recogida en el apartado 6.º de la disposición adicional primera (de ahora en adelante DA1.ª) de la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario.

Esta nueva modalidad de hipoteca es fruto del intento de adaptar nuestra legislación a nuevas formas de distribución de la riqueza que permitan a los mayores acceder al valor del bien inmueble para cubrir su sostenimiento durante los últimos años de vida[1]. Consiste en un préstamo o crédito garantizado con la vivienda habitual del solicitante y que vence con el fallecimiento de este último sin que el deudor-solicitante tenga que hacer frente a ningún tipo de pago hasta entonces. Lo característico de este tipo de préstamo o crédito[2] es precisamente el momento de vencimiento: el fallecimiento del solicitante, lo que permite a la hipoteca inversa cumplir con su finalidad: complementar los ingresos durante la jubilación. La vivienda cumple también un papel fundamental ya que viene a ser el valor en cambio del inmueble para la obtención de liquidez, manteniendo su uso.

Esta figura fue introducida ya en Estados Unidos y en el Reino Unido en torno a los años sesenta y setenta, años en los que se hacía necesaria la búsqueda de fórmulas que remediasen los índices de pobreza que se daban entre los jubilados. De estos países hemos tomado su regulación. Sin embargo, en cada uno de ellos la figura ha sufrido una trayectoria muy distinta. Estados Unidos se caracterizó desde el principio por la intervención del Gobierno como oferente y garante de esta figura a través de los planes *Home Equity Conversion Mortgage* ofrecidos por el Departamento de vivienda y desarrollo urbano. Por el contrario, en el Reino Unido la oferta y regulación del *lifetime mortgage*

(el equivalente a la hipoteca inversa española) descansa fundamentalmente en entidades privadas como el *Equity Release Council* (SÁNCHEZ-VENTURA, 2013, pp. 115 y 159).

Nuestro legislador, reguló en la DA1.ª de la Ley 41/2007 la hipoteca inversa, que ya venía practicándose con anterioridad, con el objeto de fomentar su contratación. Daba así respuesta al mandato que la Ley 39/2006 de 14 de diciembre de Dependencia recogía en su disposición adicional séptima («*el Gobierno, en el plazo de seis meses, promoverá las modificaciones legislativas que procedan, para regular la cobertura privada de las situaciones de dependencia*»). La Ley 41/2007 estableció un régimen de carácter más beneficioso para aquellas hipotecas inversas que se contrataran cumpliendo con los requisitos de edad y de vivienda previstos en la DA1.ª. En concreto, pueden disfrutar de las reducciones arancelarias y exención del impuesto de actos jurídicos documentados (apartados 7, 8 y 9 de la DA1.ª), aquellas hipotecas inversas contratadas por personas mayores de 65 años o que acrediten un grado de dependencia grave o severo; y además la garantía real debe recaer sobre la vivienda habitual del mayor o dependiente solicitante del préstamo (apartado 1 de la DA1.ª). Sin embargo, la ley fue mucho más allá regulando también el contenido de la propia figura acogiendo algunas características de las regulaciones inglesa y americana que no terminan de encajar en nuestro Derecho.

Pero, adentrándonos ya en el tema que nos ocupa, la disposición adicional en su apartado sexto señala: «*cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor solo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria*». Por lo que aquí nos interesa, prescindiré del último inciso relativo a la no aplicación del artículo 114 LH[3].

Me detendré, por el contrario, en la limitación de responsabilidad de los herederos a los bienes relictos en el caso de que no reembolsen la deuda garantizada por una hipoteca inversa. Muchos de los autores que se han acercado al estudio de la hipoteca inversa han equiparado esta limitación de responsabilidad a la aceptación de la herencia a beneficio de inventario[4]. Sin embargo, esta explicación presenta algunas lagunas que es necesario analizar.

Para hallar la verdadera naturaleza de esta limitación de la responsabilidad, habrá que acudir en primer lugar a la institución del beneficio de inventario a fin de que pueda determinarse si efectivamente, en el caso de la hipoteca inversa, estamos ante un supuesto idéntico o al menos similar al que se le puedan aplicar ciertas reglas de la herencia beneficiada. Sin embargo, la cuestión no se limita al estudio de este último punto en concreto, sino que hay que enmarcarlo en el régimen general de liquidación de deudas hereditarias sea cual sea el tipo de aceptación.

II. ANOTACIONES PREVIAS

Con carácter previo me gustaría delimitar el ámbito de aplicación de este apartado sexto, es decir, determinar los supuestos en los que se hará efectiva la responsabilidad sobre los bienes hereditarios, dado que, en realidad, nos encontramos con un préstamo con garantía hipotecaria y, por la propia razón de ser de este tipo de garantía real, el acreedor podrá perseguir la realización del bien inmueble con objeto de cobrar la deuda (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1998, 122 y sigs.). En este sentido, el acreedor cuenta con un derecho de cobro preferente sobre ese bien (art. 1923.3.º del Código Civil) y el medio que, con carácter general, se utiliza para promover la realización del valor es el procedimiento ejecutivo especial sobre bienes hipotecados y pignorados regulado en los artículos 681 y siguientes de la LECiv.

Ahora bien, la hipoteca es un derecho real que «*sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida*» (art. 104 LH), por lo que no afecta a la responsabilidad patrimonial universal que asume una persona al contraer obligaciones de acuerdo con el artículo 1911 del Código Civil. La hipoteca es un derecho real accesorio a un crédito, es decir, garantiza una obligación que por sí sola genera una responsabilidad de carácter patrimonial para el deudor. Así lo señala expresamente el artículo 105 LH: *«la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil»*.

Reflejo de lo anterior es la posibilidad de la que dispone el acreedor, ante el incumplimiento de la obligación, de elegir entre la acción personal derivada del crédito o la acción real derivada de la hipoteca que, como ya he mencionado anteriormente cuenta con un procedimiento especial de ejecución. Ambas acciones son compatibles, de tal manera que, de ejercitar la acción real, «el acreedor hipotecario cuenta con la *seguridad* que, de no quedar satisfecho de su crédito con el dinero resultante de la ejecución de la hipoteca o prescindiendo de esta, puede contar con el valor del patrimonio general del deudor» (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1998, 273). Cuando el acreedor ejerza la acción personal contará, además, con la ventaja de que su crédito es un crédito escriturario preferente de acuerdo con el artículo 1924.3.º a) del Código Civil[5].

En el crédito o préstamo hipotecario pueden distinguirse así dos ámbitos de actuación del acreedor y de responsabilidad del deudor. El primero de ellos tiene origen en la deuda u obligación asumida por el deudor, y el segundo en la garantía hipotecaria que recae sobre el bien (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1998, 579 y siguientes); de acuerdo con ello la responsabilidad por la deuda y la responsabilidad hipotecaria pueden no tener el mismo alcance ni tampoco tienen porqué concurrir en la misma persona (CHICO Y ORTIZ,

1989, 1816 y 1817). Así en nuestro Derecho cabe la constitución de una hipoteca por persona distinta al deudor en garantía, por tanto, de una obligación ajena. Se trata de la figura del hipotecante no deudor que «sin estar personalmente obligado por un débito, ha hipotecado voluntariamente un bien propio en garantía de dicho débito ajeno» (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1998, 296); esta figura encuentra su reflejo legal en el artículo 1857 del Código Civil, conforme al cual *«las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar esta pignorando o hipotecando sus propios bienes»*. Es más, entre los requisitos subjetivos para la constitución de una hipoteca no se encuentra el de ser deudor de la obligación, sino ser titular del bien inmueble y tener la libre disposición del mismo (art. 138 LH).

Sin embargo, en la hipoteca inversa lo normal es que ambas condiciones concurran en la misma persona que será deudor, dueño y poseedor del bien hipotecado. Así parece exigirlo la DA1.ª de la ley 41/2007 cuyo apartado primero parte de la premisa de que la persona mayor de 65 años hipoteca su vivienda habitual en garantía de un préstamo dirigido a satisfacer sus necesidades durante los últimos años. Así, desde el punto de vista subjetivo deben cumplirse dos condiciones: que el solicitante sea mayor de 65 años o acredite un determinado grado de dependencia, y que el mismo solicitante sea el propietario del inmueble sobre el que recae la garantía. Pero la exigencia de tales condiciones únicamente se requiere a los efectos de aplicar los beneficios fiscales y reducciones arancelarias previstas en la citada disposición adicional. La ley por la propia finalidad de la figura, ha hecho depender la aplicación de las bonificaciones del acceso a la pensión de jubilación. Pero por lo demás no hay problema en contratar con menos años; aunque, con carácter general, la edad será siempre elevada, de lo contrario la operación resultaría antieconómica. Por otro lado, el mayor además de deudor tiene que ser dueño del bien inmueble que ofrece en garantía. La concurrencia de ambas condiciones (deudor e hipotecante) en la misma persona ya no solo es una cuestión de política legislativa, como resultado del deseo de beneficiar a un determinado colectivo, sino que responde también a razones de tipo económico que subyacen al propio contrato, razones que aconsejan la permanencia del bien inmueble en manos del deudor (SÁNCHEZ-VENTURA, 2013, 292 a 302)[6].

Continuando con la diferencia entre responsabilidad personal y garantía real, hay que advertir, respecto del alcance de la garantía hipotecaria, que así como la deuda abarca la totalidad de los conceptos devengados, la garantía hipotecaria está sujeta a un límite que viene representado por la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria. Los bienes sobre los que recae el derecho real de garantía van a responder de una cantidad determinada[7] reflejada en el Registro en la que deberá detallarse al menos el importe de la obligación principal y, según lo que pacten las partes, los intereses remuneratorios y moratorios (art. 12 LH). «En principio, la cantidad que podrá reclamar el acreedor en su relación personal

con el deudor no viene determinada por esa cifra de responsabilidad hipotecaria, sino por el importe que en ese momento de ejecución alcance realmente la deuda. El acreedor tendrá derecho a cobrar solo lo que realmente le sea debido y la indicada cifra de responsabilidad hipotecaria opera únicamente como límite máximo de cantidad que sobre el precio de la venta de la finca podrá cobrar el acreedor hipotecario en perjuicio de tercero» (GONZÁLEZ MENESES, 2007). Esto significa que la cantidad final a deber puede superar el máximo establecido en el Registro. La insuficiencia de la cifra de responsabilidad hipotecaria se da con mayor intensidad en un crédito como es el crédito garantizado por hipoteca inversa, en la medida en que nos encontramos con una deuda que se va incrementando conforme avanza el tiempo de manera que viene a consumir el valor del inmueble que sirve como garantía (SÁNCHEZ-VENTURA, 2013, 309 y siguientes). Y no solo es posible que supere la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, sino que supere también el posible valor obtenido en la venta del inmueble: esto es lo que se conoce como riesgo de patrimonio negativo[8].

En estos casos el acreedor podrá ejercitar la acción personal y dirigirse frente al deudor por las cuantías pendientes de cobro. Sin embargo, en nuestro caso el deudor ya no es el inicial solicitante del préstamo, sino sus herederos. Como ya se destacó al principio, el vencimiento de la obligación garantizada viene determinado por el fallecimiento del solicitante o del último de los beneficiarios, o en un determinado plazo desde el fallecimiento[9]. De esta forma en la hipoteca inversa se va a producir un solapamiento de la fase de exigibilidad del crédito con la apertura de la herencia, y el acreedor tendrá que dirigir su reclamación frente a los herederos o bien frente a la herencia yacente para obtener recobro de su crédito. Así el préstamo garantizado con una hipoteca inversa queda configurado como una deuda de la herencia y sujeto por tanto a las normas que rigen la sucesión hereditaria[10], con la especialidad recogida en el apartado 6.º de la DA1.ª que señala que el acreedor podrá cobrarse la deuda hasta donde alcancen los bienes de la herencia en caso de que los herederos decidan no hacer frente a la devolución.

Me he querido detener en la distinción de los dos ámbitos de responsabilidad: general patrimonial del deudor y la hipotecaria, ya que el segundo inciso del citado apartado 6.º puede inducir a cierta confusión. Lo cierto es que su redacción no ha sido de lo más acertada. Mientras que el apartado primero remite al ejercicio de la acción personal, el segundo señala: «a *estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria»*. Al leer este apartado surge la pregunta de qué ha querido decir el legislador con «a estos efectos» ya que el artículo 114 LH[11] lo que establece es un límite a la responsabilidad hipotecaria[12]: en concreto, este artículo limita la cantidad de la que responde el bien hipotecado por intereses cuando hay terceros perjudicados y, por lo tanto, nos movemos en el ámbito de la acción real hipotecaria que versa exclusivamente sobre el bien hipotecado y así hay

que entenderlo distinguiendo este apartado del primero que hace referencia a la limitación de responsabilidad en el caso de ejercitar, cualquiera que sea la causa, la acción personal sobre el patrimonio del deudor: en este caso, el patrimonio hereditario. Con «a estos efectos» del segundo apartado podría parecer que la acción real abarca la posibilidad del acreedor de dirigirse frente a los bienes relictos en virtud de este título, es decir, con las ventajas que otorga el propio derecho de hipoteca como derecho real de garantía. Así, de la misma forma que el acreedor dispone de un derecho de preferencia de cobro sobre el bien hipotecado, también dispondría de esa preferencia respecto del resto de bienes relictos en cuyo caso habría que valorar a qué tipo de derecho de garantía responde.

Algún autor se ha referido a esta cuestión señalando que «al garantizarse con hipoteca otros bienes distintos a los estrictamente hipotecados se ha conseguido un negocio mucho más gravoso que una hipoteca normal» (LUQUE JIMÉNEZ, 2009, 234). Sin embargo, me resulta más convincente entender que el apartado 6.º de la DA1.ª se refiere a dos ámbitos distintos, el primero de ellos —*cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor solo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia*— hace referencia a la limitación de la responsabilidad personal del deudor a los bienes de la herencia, y el segundo —*a estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria*— a los intereses que pueden reclamarse en virtud de la acción hipotecaria.

De lo que se trata aquí por tanto, es de analizar esa peculiar limitación de responsabilidad en el contexto de la liquidación de las deudas hereditarias en general.

III. LIQUIDACIÓN DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS: DEUDA GARANTIZADA CON UNA HIPOTECA INVERSA

El fallecimiento de una persona supone la apertura de la sucesión, el llamamiento a los herederos y el ejercicio del *ius delationis* por parte de los llamados, ya sea en positivo (en el caso de aceptación de la herencia), ya sea en negativo (repudiación de la herencia). Las normas que vienen a regular el régimen sucesorio tienen como finalidad principal garantizar la continuidad en la titularidad de las relaciones jurídicas transmisibles de tal forma que el fallecimiento de una persona no suponga un obstáculo al tráfico jurídico[13]. Me refiero además al conjunto total de relaciones jurídicas transmisibles tanto desde el punto de vista activo (titular de derechos), como desde el punto de vista pasivo (titular de obligaciones). Si bien es cierto que como ha señalado algún autor no se puede explicar la transmisión de las obligaciones —que es el tema del que aquí se

trata— de la misma forma que la transmisión de derechos (LACRUZ BERDEJO, 2004,13 y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 1991, 37).

A la vista del conjunto de derechos y obligaciones que componen la herencia, el llamado deberá decidir si la repudia o la acepta[14], pero en ningún caso podrá decidir aceptar ciertos elementos patrimoniales con la discriminación de otros. El acto por el que el llamado acepta o repudia es un acto voluntario, libre, unilateral, no recepticio, no personalísimo, indivisible y puro y, salvando determinados supuestos recogidos en el artículo 997 del Código Civil (vicios que anulan el consentimiento o aparición de un testamento desconocido) es irrevocable[15]. Del carácter indiviso y puro es reflejo el artículo 990 del Código Civil, conforme al cual «*la aceptación o la repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte, a plazo, ni condicionalmente*». Esto supone que el llamado no tiene la posibilidad de decidir si hace frente a todas o a parte de las deudas por considerar unas más gravosas que otras. «Se acepta o se repudia del todo la cualidad de heredero y, como consecuencia, cuanto es inherente a dicha cualidad, cuanto es ofrecido al tal heredero. Este asume todo ello o nada» (GITRAMA GONZÁLEZ, 1989, comentario al art. 990).

La forma que tiene el heredero de limitar su responsabilidad por las deudas del causante es aceptar la herencia a beneficio de inventario. Frente a la aceptación pura y simple en la que el heredero responde no solo con el patrimonio hereditario sino también con sus bienes personales (art. 1003 del Código Civil), también existe la posibilidad de aceptar a beneficio de inventario[16]. En virtud de este beneficio, no se va a producir ninguna confusión entre los bienes personales del heredero y los de la herencia, quedando el heredero obligado a pagar las deudas únicamente hasta donde alcancen los bienes hereditarios (art. 1023 del Código Civil). Esto no quiere decir que el heredero no sea responsable de las deudas, como tal heredero sí lo es, solo que en este tipo de aceptación su responsabilidad se encuentra limitada a los bienes de la herencia (*intra vires hereditatis*)[17].

Aunque a primera vista puede parecer que este tipo de aceptación favorece a los herederos, que no tendrán que hacer frente a las deudas del causante, lo cierto es que también puede resultar beneficioso para los acreedores del deudor inicial para quienes se mantendrá intacta la garantía patrimonial de la que disponían antes del fallecimiento. Así, los acreedores del causante no tendrán que concurrir con los acreedores del heredero, lo que podría suponer, en caso de insolvencia del heredero, una disminución de sus expectativas de recuperación de lo debido y, por lo tanto, una disminución de la responsabilidad patrimonial universal analizada desde el punto de vista del artículo 1911 del Código Civil (DÍEZ PICAZO y GULLÓN, 2004, 507).

A la hora de enfrentarse a la liquidación de una deuda, junto con la forma de aceptación, hay que tener en cuenta también el momento en el que nos encontramos del proceso sucesorio ya que puede que los herederos no hayan

manifestado todavía su voluntad de si aceptar o no la herencia y porque los mecanismos de los que dispone el acreedor para cobrar su crédito o salvaguardar su derecho son distintos. En lo que a nosotros aquí nos interesa en el proceso sucesorio pueden distinguirse hasta tres etapas distintas[18]:

— Herencia yacente. Desde que se procede a la apertura de la sucesión hasta que el llamado acepta, la herencia se encuentra en situación yacente.
— Después de la aceptación pero antes de la partición, y si son varios los herederos, la herencia constituye una comunidad hereditaria universal y forzosa pendiente de división entre los herederos.
— Una tercera etapa o momento en el que el acreedor puede ejercitar su derecho es con posterioridad a la realización de la partición de la herencia, una vez adjudicados los bienes.

1. Herencia yacente

El Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de marzo de 1987 *(RJ* 1987, 1435) define la herencia yacente como «aquel patrimonio relicto mientras se mantiene interinamente sin titular por lo que carece de personalidad jurídica aunque, para determinados fines, se le otorga transitoriamente una consideración y tratamientos unitarios, siendo su destino el de ser adquirida por los herederos voluntarios o legales, …». Nos encontramos con situaciones en las que los llamados pueden ser conocidos[19] pero todavía no han manifestado su voluntad de si aceptar o no la herencia, y con situaciones en las que los herederos son totalmente desconocidos o ignorados.

En este estadio, el patrimonio sobre el que se hará efectiva la responsabilidad será el mismo que estaba afecto con anterioridad al fallecimiento, pero careciendo la herencia de titular concreto el problema que se le plantea al acreedor es contra quien dirigir la demanda, bien de ejecución de un bien hipotecado, bien de reclamación de la deuda. La cuestión de contra quién dirigir la demanda podría resolverse solicitando la puesta en administración de la herencia; sin embargo, sería económicamente inviable «imponer a quienes hacen valer sus pretensiones contra la herencia, la molestia adicional y dilatoria de pedir la puesta en administración del caudal» (LACRUZ BERDEJO, 2004, 134)[20], por lo que se ha considerado suficiente emplazar a la herencia yacente a la cual el artículo 6.1.4.º LECiv reconoce legitimación pasiva (*podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración*). La LECiv del año 2000 viene a plasmar por escrito el reconocimiento de legitimación que los jueces y tribunales venían concediendo a la herencia para ser parte en el proceso[21].

Bajo estas circunstancias, el requerimiento será en todo caso judicial, ya que siendo los herederos ignorados o desconocidos, no será suficiente el requerimiento realizado de forma extrajudicial (MURO VILLALÓN, 2008, 20 y 21). Normalmente, siendo desconocidos, la notificación se realizará mediante edictos.

Sin embargo, a nuestros efectos hay que tener muy en cuenta que este tipo de emplazamientos por edictos no son aceptados por los registradores, que en último término son los encargados de inscribir la adquisición del bien por parte de un tercero como resultado de un procedimiento ejecutivo. Los registradores y la propia DGRN se oponen a la inscripción de actos que tienen su origen en procedimientos seguidos contra la herencia yacente e ignorados herederos, pues consideran que si no se emplaza a los herederos de forma correcta se provoca una situación de indefensión procesal, incumpliéndose así el principio de tutela jurisdiccional recogido en el artículo 24 CE. En este sentido, la RDGRN de 24 de febrero de 2006 *(RJ* 2006, 1013) señala: «la demanda dirigida contra los herederos desconocidos de una persona fallecida no garantiza una adecuada defensa de los intereses de la herencia aún no aceptada… si no se adoptan las oportunas medidas de administración y garantía de ese patrimonio de titular transitoriamente indefenso»[22]. Sin perjuicio de que existan opiniones en sentido contrario, en el caso de un préstamo garantizado con hipoteca inversa puede resultar muy conveniente tomar las medidas oportunas para que en el momento de la constitución de la relación obligatoria la entidad pueda asegurarse el modo de conocer quiénes son los potenciales herederos. No se puede olvidar que una deuda como la que ahora nos ocupa va a formar parte inevitablemente del acervo hereditario, y la exigibilidad de la misma irá dirigida frente a la herencia yacente y/o herederos.

Mientras la herencia se encuentre transitoriamente sin titular el acreedor únicamente podrá hacer efectiva su responsabilidad sobre los bienes hereditarios, sin perjuicio de que después pueda dirigirse frente al patrimonio personal del heredero que acepte pura y simplemente la herencia. Esta última posibilidad no cabrá si los llamados aceptasen a beneficio de inventario.

En el caso que ahora nos ocupa, una deuda garantizada con hipoteca inversa, fallecido el deudor o transcurrido el término[23] *ex* apartado 5.º de la DA1.ª que tenían los herederos para pagar el préstamo garantizado por hipoteca inversa, el acreedor podrá ejecutar el bien inmueble y con posterioridad dirigirse contra el resto del patrimonio hereditario para cobrarse la deuda en los términos que acabamos de ver con la especialidad propia de esta figura cual es la limitación de la responsabilidad a los bienes de la herencia siempre que los herederos no manifiesten su voluntad de hacer frente al pago de la misma.

En su caso, si los herederos no estaban al tanto de la situación pueden llegar a carecer de margen para decidir qué hacer respecto de esa deuda, si liberar o no el bien inmueble y el modo de llevarlo a cabo. El plazo que se establezca en el contrato puede ser excesivamente breve, tanto que los herederos descono-

cidos o ignorados puedan no tener margen de decisión (SÁNCHEZ-VENTURA MORER, 2013, 247 a 251).

2. Liquidación de una deuda hereditaria antes de la partición

Tras la aceptación por parte de varios herederos se produce una situación de cotitularidad de los llamados a la herencia a la que denominamos comunidad hereditaria (RIVAS MARTÍNEZ, 2009, 2523). «Hay comunidad hereditaria cuando varias personas son llamadas, por cualquier título (básicamente, herencia o legado), a una parte alícuota de la herencia» (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2013, 435).

Desde el punto de vista de la liquidación de las deudas, que es lo que ahora interesa, esta comunidad iniciará caminos distintos en función de si la herencia ha sido aceptada de manera pura y simple o si ha sido aceptada a beneficio de inventario. Si bien, siempre cabe la posibilidad de que unos herederos hayan aceptado pura y simplemente la herencia y otros la hayan aceptado a beneficio de inventario. En este caso, desde el punto de vista teórico, se podría plantear la posibilidad de aplicar las reglas de la aceptación pura a la parte de la herencia que hubiera sido aceptada en tal sentido y las reglas de la herencia beneficiada a la parte que se haya acogido a este beneficio; pero, desde el punto de vista práctico, esta situación es insostenible aplicándose en su caso las disposiciones de la herencia aceptada a beneficio de inventario (COLINA GAREA, 2009, 128).

A) Herencia aceptada a beneficio de inventario

La aceptación de la herencia a beneficio de inventario conlleva determinar la relación de bienes, derechos y obligaciones que componen la herencia, a efectos de proceder al pago de las deudas y legados, con el fin de determinar si hay o no remanente que el heredero pueda recibir[24]. Para cumplir con este objetivo, el Código Civil a lo largo de los artículos 1010 a 1034, desarrolla cada una de las operaciones que habría que realizar.

En primer lugar, es necesario la puesta en administración de la herencia (art. 1026 del Código Civil), tarea que será ejercida por el propio heredero, si este es único, o por quien haya sido designado en el testamento. A falta de designación, y siendo varios los herederos, resultan de aplicación para la comunidad hereditaria los principios reguladores de la adopción de decisiones recogidos en el artículo 398 del Código Civil para la comunidad de bienes[25].

En segundo lugar, es necesario elaborar un inventario de los bienes, como ya se ha hecho referencia más arriba, con anterioridad o con posterioridad a la solicitud del beneficio. El inventario debe ser fiel y debe reflejar con exactitud

la situación real de la herencia con cargo a la cual puedan hacerse efectivos los créditos (COLINA GAREA, 2009, 130 y 131).

El inventario irá seguido de la liquidación del caudal atendiendo al orden de pagos establecido, fundamentalmente, en los artículos 1027, 1028 y 1034 del Código Civil que recogen la preferencia de cobro de los acreedores de la herencia respecto de los legatarios y de estos respecto de los acreedores personales del heredero. Al mismo tiempo, si son varios los acreedores que concurren a la herencia, para determinar quien prefiere a quien, habrá que atender al criterio establecido por el juez en la sentencia. Si no media juicio, «*serán pagados los que primero se presenten; pero constando que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución a favor del acreedor de mejor derecho*» (art. 1028 del Código Civil).

«*Pagados los acreedores y legatarios, quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia*» (art. 1032 del Código Civil). Hasta este momento se han mantenido separados los patrimonios hereditario y personal del heredero; pero, una vez liquidadas las deudas y satisfechos los legados, resulta innecesario mantener esta separación. Así según COLINA GAREA, «una de las funciones que desempeña la separación patrimonial inherente a la herencia beneficiada es la de servir como garantía para la efectiva satisfacción de las deudas hereditarias y los legados. Por consiguiente, si tras la liquidación se ha procedido al pago de todos los acreedores y legatarios, la separación vigente hasta ese momento deberá cesar, pues, al haberse completado su finalidad liquidatoria y garantista, carecería de sentido funcional seguir manteniéndola» (COLINA GAREA, 2009, 163). Lo cierto es que no solo cumple con una función garantista para acreedores y legatarios; sino, y principalmente, para los herederos que no verán afectado su patrimonio en el caso de que el pasivo de la herencia sea superior al activo que pudieran recibir.

B) Liquidación de la herencia no beneficiada

La aceptación pura y simple trae como resultado la confusión del patrimonio hereditario y del patrimonio personal del heredero, de tal manera que al menos, desde el punto de vista teórico, se va a producir la concurrencia de acreedores del causante y del heredero sobre un mismo patrimonio. Quizá sea esa la razón de que el Código Civil para esta modalidad de aceptación no haya previsto un orden de pago determinado, por lo que habrá que aplicar el régimen general en materia de prelación de créditos. Esta situación podría suponer un perjuicio para los acreedores hereditarios que ven disminuidas las garantías con las que contaban para la satisfacción de sus derechos.

Por ello, muchos autores han defendido la aplicación del principio de separación de patrimonios que tiene su origen en la *separatio bonorum* del Derecho romano en virtud de la cual los acreedores ante la presencia de un heredero

menos solvente tenían la posibilidad de evitar la confusión de los patrimonios solicitando su separación con el fin de poder satisfacer con preferencia sus derechos de crédito (D'ORS, 2008, 330). Este beneficio que sí estaba recogido en el proyecto de 1851 de GARCÍA GOYENA (GARCÍA GOYENA, 1973, 439 a 441)[26], no se incluyó en la redacción definitiva del Código Civil (VALLET DE GOYTISOLO, 1989, comentario al art. 1082 del Código Civil).

En relación al principio de separación de patrimonios, LACRUZ señala: «por mi parte, vengo defendiendo que, en la liquidación de la herencia no beneficiaria, los acreedores del caudal preceden a los legatarios, y estos a los acreedores del heredero. Porque cualquiera que sea la clase de aceptación, hay siempre, por imperativo del artículo 1911, una cierta separación o posibilidad de separación (al menos a efectos de responsabilidad) entre el patrimonio del sucesor y del causante» (LACRUZ BERDEJO, 2004, 86)[27]. El máximo exponente de esta teoría es PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que considera como una de las ideas fundamentales a las que responde el sistema sucesorio español el hecho de que «el patrimonio persiste siempre individualizado, por razón de su afectación a las deudas y cargas hereditarias, a través de las distintas vicisitudes de la crisis de su titularidad (muerte, aceptación con o sin beneficio de inventario, por el único o varios herederos; partición)» (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2009, 103). En contra DÍEZ PICAZO y GULLÓN a quienes les parece más que dudosa la posibilidad de aplicar los derechos de preferencia que el acreedor tiene en la aceptación a beneficio de inventario a la aceptación pura y simple, ya que no hay precepto donde poder apoyar la liquidación de la herencia según esos parámetros (DÍEZ PICAZO y GULLÓN, 2004, 516 a 518). Sin embargo, es mayor el número de autores que defienden una cierta separación de patrimonios en orden a garantizar en primer lugar el pago a los acreedores hereditarios.

De acuerdo con VALLET, si bien no existe reconocimiento legal explícito de este derecho, si puede deducirse de los precedentes históricos que recogen como tradicional el principio de la separación de patrimonios y la regulación sustantiva contenida en algunos preceptos del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento civil (VALLET DE GOYTISOLO, 1989, comentario al artículo 1082 del Código Civil). En ambos conjuntos normativos existen preceptos que recogen la solución favorable para los acreedores en caso de colisión entre sus derechos y los de otros sujetos interesados en la herencia que se ponen de manifiesto con ocasión de la sucesión. Ejemplos de la primacía del derecho de los acreedores, en este caso, son los artículos 1082 del Código Civil o 782 apartados 4 y 5 de la LECiv.

El artículo 1082 del Código Civil recoge la posibilidad que tiene el acreedor de oponerse a la realización de la partición: «*los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos*». Ahora bien, la disposición en favor del acreedor que recoge este artículo no sustituye ni elimina la posibilidad de reclamar su crédito en cualquier momento del proceso sucesorio. De tal manera que al derecho

que de por sí ya posee el acreedor y que deriva de su crédito, se añade la facultad de poder oponerse a la partición reconocida en el artículo 1082 del Código Civil[28].

En estas circunstancias interesa conocer quiénes son «*los acreedores reconocidos como tales*» a los que hace referencia el artículo mencionado. Para ello es necesario acudir a los artículos 782 y 792 de la LECiv en virtud de los cuales habrá que entender que son los acreedores reconocidos en el testamento, los reconocidos por los herederos y los acreedores que tengan su derecho documentado en título ejecutivo (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2007, 466).

En concreto, mediante el ejercicio de esta facultad el acreedor se opone solicitando el pago o afianzamiento de su crédito, lo que lleva a plantearse qué sucede con esos créditos que de por sí ya están «afianzados», garantizados con un derecho real como la hipoteca. La LECiv de 1881 negaba la facultad de oposición a aquellos acreedores que tuviesen ya «afianzado» su derecho de crédito, entre los que hay que incluir precisamente los garantizados con hipoteca. Aunque la actual LECiv no haga referencia a este aspecto, hay que entender que se encuentran excluidos[29]. Ahora bien, entiendo que, ejecutada la hipoteca, si todavía queda deuda pendiente de pago que ha dejado de ser garantizada con la hipoteca, entonces el acreedor sí podrá hacer uso de la facultad reconocida en el artículo 1082 del Código Civil.

En fin, al margen de la discusión acerca de si puede reconocerse legalmente la existencia de un principio tal, la liquidación de una deuda hereditaria también puede, y así es como suele ser, llevarse a cabo en el contexto de la partición, que podemos definir como el proceso encaminado a la división y posterior adjudicación de los bienes hereditarios a los herederos, «*la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*» (art. 1086 del Código Civil). Aunque el Código Civil no lo señale expresamente la partición requiere la realización de un conjunto de operaciones[30] consistentes en el inventario del caudal hereditario (bienes, cargas y gravámenes que recaigan sobre los bienes inventariados, deudas de la herencia y gastos asociados a la gestión de la herencia), tasación (según el valor que tengan en el momento de la partición, art. 1074 del Código Civil) y avalúo del activo y pasivo inventariado, liquidación de las deudas, división mediante la formación de lotes y adjudicación. Es decir, se procede a la liquidación de la herencia con anterioridad a la adjudicación manteniendo cierta separación entre los patrimonios hasta que resulten efectivamente pagados los créditos pendientes.

C) Cuestiones comunes a la liquidación de una herencia beneficiada y una herencia no beneficiada antes de la partición

En relación a la liquidación de las deudas cobra especial importancia saber frente a quien puede dirigir el acreedor su reclamación. Es decir, surge la pregunta de si el acreedor puede o no dirigirse frente a uno de los coherederos y

reclamarle el total de la deuda, por entero en el caso de aceptación pura o simple o hasta donde alcance su porción hereditaria si ha sido aceptada a beneficio de inventario (RIVAS MARTÍNEZ, 2009, 2722). En este caso, hablaríamos de responsabilidad solidaria. Frente a esta posibilidad se encuentra la opción de considerar que el acreedor solo puede reclamar a cada uno su parte (entonces hablamos de responsabilidad mancomunada).

LACRUZ considera que el coheredero, «mientras el caudal se halla indiviso e intacto, responde —ilimitadamente— por la parte de la deuda proporcional a su cuota en la herencia» (LACRUZ BERDEJO, 2004, 97 y 98) ya que la solidaridad no se puede presumir. Pero, frente a esta opinión, son varios los autores que sostienen la solidaridad[31].

RIVAS destaca como principales argumentos a favor de la solidaridad (RIVAS MARTÍNEZ, 2009, 2723):

- la preferencia que el Código Civil ha dispensado a los acreedores frente a los deudores, «cuando fallece el causante sus deudas no se dividen *ipso iure*»;
- considera de aplicación también en este momento del proceso sucesorio el artículo 1084 del Código Civil[32] que, en un principio, se remite a una situación posterior a la partición. Pero el autor lo interpreta de la siguiente forma *aún hecha la partición*,
- el propio artículo 1974 del Código Civil. Este artículo señala: «*la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores. Esta disposición rige igualmente respecto a los herederos del deudor en toda clase de obligaciones*».

Tampoco, la jurisprudencia es muy clara en este sentido, pues el tema no se aborda directamente sino a través de otras cuestiones que se plantean en la demanda. Así por ejemplo, el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de marzo de 1999 *(RJ* 1999, 151). En este caso uno de los coherederos había hecho frente al pago de una deuda pendiente y solicita que en la partición de la herencia se tenga en cuenta la deuda hereditaria a la que ha hecho frente. El Tribunal recordó al solicitante de la partición que el principio de solidaridad en materia de reclamación de deudas hereditarias rige en favor de los acreedores hereditarios pero no en favor de un heredero-acreedor como sucede en este caso. De la argumentación realizada por el Tribunal se puede deducir que extiende el principio de responsabilidad con anterioridad a la partición.

3. Liquidación de una deuda hereditaria con posterioridad a la partición

En este momento de la sucesión resulta de aplicación tanto para la herencia beneficiada como para la no beneficiada el artículo 1084.1 del Código Civil: «*he-*

cha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio». Este artículo no hace más que recoger el principio de responsabilidad solidaria que rige para la reclamación de una deuda con posterioridad a la partición, siempre y cuando no hubiere quedado obligado uno solo de los herederos al pago (art. 1084.2 del Código Civil), o la obligación cuyo cumplimiento se reclama sea de tal naturaleza que impida la aplicación del principio de solidaridad[33].

Sin embargo, el artículo 1084 del Código Civil no tiene en ningún caso la intención de alterar el alcance de la responsabilidad que será limitada a los bienes hereditarios en el caso de aceptación a beneficio de inventario (art. 1023 del Código Civil) o ilimitada en el caso de aceptación pura y simple (art. 1003 del Código Civil). «Es decir, en uno y otro caso, hecha la partición, la responsabilidad es solidaria para todos, aunque para unos sea *ultra vires* y para los otros —o sea, para los que gocen del beneficio de inventario— *intra vires*, pero hasta el límite de lo recibido, aunque exceda de la parte que le corresponda proporcionalmente en la relación interna entre los coherederos» (VALLET DE GOYTISOLO, 1989, comentario al art. 1084).

En concreto, si el heredero aceptó a beneficio de inventario la responsabilidad es *cum viribus* respecto de los bienes hereditarios que le fueron adjudicados y que conserva en su poder. Por el contrario, si los bienes ya no están en su poder por haber sido transmitidos a un tercero entonces será responsable por el valor que representaran esos bienes, responsabilidad *pro viribus* (VALLET DE GOYTISOLO, 1989, comentario al art. 1084).

El principio responsabilidad recogido en el artículo 1084 del Código Civil supone entre otras razones una mayor coherencia con el sistema sucesorio, «considerado como subrogación o transmisión *in actu* de la posición jurídica del causante al conjunto de los herederos» (RIERA ÁLVAREZ, 2005, 751); un mayor respeto a los derechos de los acreedores hereditarios quienes concertaron su crédito con una sola persona y; según afirma VALLET, una mayor coherencia con el sistema del Código Civil ya que el artículo 1205 exige el consentimiento del acreedor para que se pueda producir la novación (VALLET DE GOYTISOLO, 1989, comentario al art. 1084). Claro está que estos mismos argumentos podrían sostener la responsabilidad solidaria de los herederos con anterioridad a la partición ya que con anterioridad a la partición también se produce un cambio en la persona del deudor, y un cambio en las circunstancias que rodean al crédito que pueden dificultar la satisfacción del derecho del acreedor.

4. Liquidación de una deuda garantizada con hipoteca inversa

Desde luego si uno se detiene en la cantidad de discusiones y posiciones doctrinales distintas que giran alrededor de las diferentes circunstancias que rodean

a la liquidación de deudas hereditarias en caso de aceptación pura y simple de la herencia, se entiende que, en materia de hipoteca inversa, el legislador haya querido concretar de la mejor forma posible la cuestión de la responsabilidad de los herederos por una deuda garantizada con hipoteca inversa.

Sin embargo, los problemas sucesorios que aquí se han planteado relativos a la liquidación de una deuda hereditaria —diferentes según el momento del proceso sucesorio en el que nos encontramos, y diferentes también según el tipo de aceptación— no se plantean en las legislaciones de las que hemos tomado la figura de la hipoteca inversa.

VALLET a la hora de afrontar el tema de la liquidación de las deudas hereditarias destaca como existen dos grupos de sistemas que tratan de conjugar los intereses de los acreedores del causante y de los herederos. Por un lado, nos encontramos con los sistemas que denomina como «sistemas de liquidación» en los que se procede al pago de las deudas hereditarias con anterioridad a la adjudicación de los bienes. Este sistema busca la seguridad tanto para los acreedores —que cobrarán con preferencia a los acreedores del heredero— como para los herederos a fin de que no resulten afectados por una herencia aparentemente líquida. Por otro lado, destacan los sistemas de continuación en los que la sucesión no solo se produce respecto de los bienes y derechos sino también sobre las obligaciones[34].

Como ejemplos del primer sistema tenemos el Derecho inglés y americano. En el Reino Unido, tras el fallecimiento de la persona se abre un proceso en el que la herencia es puesta en administración bajo la dirección del *executor*, figura clave que será designado en el testamento o bien será nombrado por el juez, quien se hará cargo del pago de las deudas y de adjudicar, en su caso, el sobrante a los herederos[35].

En Estados Unidos, tanto en la sucesión testada como intestada se requiere la intervención del órgano judicial especializado en sucesiones, el «*probate court*», quien en el caso de mediar testamento designará a un *executor*, persona de confianza del testador y que es designado en el testamento, encargado del pago de las deudas y distribución de los bienes entre las personas correspondientes, de manera similar a lo que sucede en el Derecho inglés. Si no mediara testamento, entonces el *probate court* designa a un administrador que viene a ejercer las mismas funciones que el *executor* (BURNHAM, 2002, 475).

Frente a estos sistemas nos encontramos con los sistemas de continuación a los que se refería VALLET como el Derecho español preocupado en encontrar un sucesor a efectos de garantizar el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil. Así lo señala el artículo 661 del Código Civil: «*los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones*». En el Derecho inglés no hay tal preocupación ya que «por definición el patrimonio de una persona fallecida se destina al pago de las deudas» (ANDERSON, 2006, 1245).

Que el heredero suceda al causante también en las obligaciones, no significa que siempre y en todo caso vaya a responder por las deudas ya que tiene la posibilidad de limitar su responsabilidad aceptando la herencia a beneficio de inventario (art. 998 del Código Civil). Ambas posibilidades se encuentran ligadas al ejercicio del *ius delationis* por parte del heredero.

Sin embargo, en el supuesto que se está estudiando, se alteran de algún modo los principios ordenadores de la sucesión. Como se ha podido observar hasta ahora, la aceptación en una u otra forma, es decir, pura y simplemente o a beneficio de inventario, determina el alcance de la responsabilidad de los herederos en relación con los bienes de la herencia. Pero, en nuestro caso, la limitación de la responsabilidad a los bienes de la herencia recogida en el apartado 6.º de la DA1.ª va vinculada a una decisión que nada tiene que ver con el modo en el que van a aceptar la herencia. Más bien dicha limitación es resultado de una determinada conducta de los herederos a través de la cual muestran no querer hacer frente al pago de la deuda. Puede que expresamente manifiesten no querer devolver el crédito o pueden simplemente dejar pasar el tiempo sin hacer frente a pago alguno. Así lo señala el apartado 6.º: «*cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos…*». Las razones por la que «*decidan no reembolsar los débitos vencidos*» son de lo más variadas.

La limitación de la responsabilidad recogida en el apartado 6.º es independiente de si aceptan la herencia pura o simplemente, o si la aceptan a beneficio de inventario (ROMERO CANDAU, 2008, 327). Es más, puede darse la paradoja de que los herederos acepten simplemente la herencia y, en cambio, no respondan con su patrimonio personal de la deuda garantizada con hipoteca inversa. Por ello se puede concluir que esta limitación no afecta a la totalidad de la herencia.

Por estas razones, no puede decirse que sea una aceptación o «disposición» de la herencia a beneficio de inventario, y es que la limitación de la responsabilidad de los herederos a los bienes de la herencia por una deuda garantizada con una hipoteca de las llamadas inversas, es una limitación en relación a una sola deuda pero no una limitación total respecto de las deudas del causante. Del resto de las deudas y obligaciones del causante los herederos responderán en función de si aceptan o no a beneficio de inventario. Esto podría ser considerado indirectamente como una forma implícita de aceptación parcial de la herencia en la medida en que el heredero tiene la posibilidad de elegir entre asumir el pago de esa deuda o por el contrario no pagar y, por lo tanto, limitar por esa concreta deuda su responsabilidad a los bienes de la herencia. De una manera tácita, a efectos de responsabilidad por deudas, excluye de la herencia un determinado elemento del pasivo. Y podría eso sí aceptar pura y simplemente el resto de los bienes hereditarios. Es decir, la DA1.ª estaría introduciendo una excepción

al régimen general contenido en el artículo 990 del Código Civil, conforme al cual «*la aceptación o la repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte, a plazo ni condicionalmente*». El heredero podría de esta forma rehuir posibles cargas que gravitasen sobre ciertos bienes, que es precisamente lo que se pretende evitar con la prohibición de aceptación parcial[36]. Sin embargo, la deuda garantizada con hipoteca inversa está suficientemente salvaguardada por la garantía real e incluso con la propia limitación de responsabilidad a los bienes de la herencia evitando así que el acreedor del causante tenga que concurrir con los acreedores de los herederos[37].

En este sentido, dicha limitación de responsabilidad ha sido introducida por la ley con una finalidad garantista, protectora de los derechos de los herederos[38]. Aunque también de esta forma, resulta beneficiada la entidad concedente del crédito en la medida en que no va a tener que concurrir con los acreedores de los herederos para la satisfacción de su derecho y además cobrará con preferencia a ellos (SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, 2008, 32), lo que supone una verdadera ventaja en el caso de un crédito garantizado con hipoteca inversa. Las circunstancias en las que se desenvuelve este crédito generan un riesgo para la entidad, ya mencionado anteriormente, como es el riesgo de patrimonio negativo, es decir, el riesgo de que el valor obtenido en la venta de un inmueble no sea suficiente para cubrir el importe debido. Si ejecutada la hipoteca queda pendiente crédito por pagar, el acreedor se podrá dirigir frente al resto de los bienes del patrimonio hereditario.

Aunque propiamente el supuesto de responsabilidad estudiado no es una aceptación a beneficio de inventario, lo cierto es que la limitación de responsabilidad recogida en el apartado 6.º de la DA1.ª requerirá inevitablemente la aplicación del principio de separación patrimonial propio de esa modalidad de aceptación, lo que conlleva la práctica de determinadas operaciones como son la realización del inventario, el avalúo no solo de los bienes sino también de las cargas y deudas y a continuación la liquidación de las deudas, en los términos desarrollados en los apartados anteriores. Solo manteniendo los dos patrimonios separados se puede garantizar la satisfacción del derecho de crédito de la entidad. Como ya se ha visto más arriba, el principio de separación de patrimonios tiene una función garantista y liquidatoria. Una vez cumplidas dichas funciones decae la necesidad de mantener los dos patrimonios separados. Claro está que con carácter general se procederá a la liquidación no solo de esta deuda en concreto (resultado de la contratación de la mal llamada hipoteca inversa) sino del conjunto de deudas hereditarias; de manera similar a lo que sucede cuando unos aceptan a beneficio de inventario y otros no, supuestos en los que se impone la aplicación de los principios y reglas de la herencia beneficiada (aplicándose las reglas de preferencia recogidas en el art. 1028 del Código Civil).

Llegados a este punto hay que advertir que la limitación de responsabilidad se aplica sin ningún tipo de dudas a aquellas hipotecas inversas concertadas

cumpliendo los requisitos subjetivos y objetivos recogidos en el apartado 1.º. Más dudas presenta en cambio la posibilidad de limitar la responsabilidad de los herederos a los bienes relictos en el caso de que la hipoteca no recaiga sobre la vivienda habitual. El apartado 10.º de la DA1.ª señala: «*podrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición*». La interpretación literal de este último inciso podría llevar a entender que, en este caso, resulta de aplicación el régimen general en materia de sucesiones tal y como se ha desarrollado en los apartados anteriores. Más adelante se estudiará si las partes pueden libremente pactar la limitación de responsabilidad a los bienes de la herencia.

Una vez descrito el modo en que se lleva a cabo la liquidación de una deuda garantizada con hipoteca inversa, me gustaría detenerme a considerar el carácter de tal limitación de responsabilidad y si puede encontrar justificación a la luz de lo dispuesto en el artículo 1911 del Código Civil.

IV. CARÁCTER DE LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD A LOS BIENES HEREDITARIOS

1. Evolución del apartado 6.º de la DA1.ª

A continuación querría detenerme en el estudio de la evolución que experimentó este apartado 6.º durante la elaboración de la ley, ya que puede ayudar a entender cuál es el sentido que se le ha querido dar a la limitación de responsabilidad. La redacción final que encontramos en la Ley 41/2007 no se corresponde con la redacción que, en su origen, tenía el anteproyecto de ley que señalaba: *cuando la cancelación, anticipada o no, de la hipoteca inversa o hipoteca pensión se produzca debido al fallecimiento del prestatario, y salvo que se hubiera enajenado por estar autorizado para ello la vivienda que constituye la garantía para cobrar la deuda, el acreedor no podrá reclamar a los herederos sobre otros elementos del patrimonio de este distintos a dicha vivienda*. Es decir, en su origen lo que el anteproyecto proponía era una limitación de responsabilidad al valor del bien inmueble, lo que comúnmente conocemos como hipoteca de responsabilidad limitada.

Sin embargo, no se incluyó así en el proyecto de ley que se presentó en el Congreso, estableciéndose la limitación de la responsabilidad a los bienes que componen el patrimonio hereditario. Y durante la tramitación parlamentaria fueron muy pocos los grupos parlamentarios que se detuvieron sobre este extremo de la regulación de la hipoteca inversa[39]. Fundamentalmente fueron dos los Grupos Parlamentarios que enmendaron el texto del apartado 6.º de la DA1.ª: el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds

(enmiendas número 25 en el Congreso y número 24 en el Senado) y el Grupo Parlamentario Popular (enmiendas número 100 en el Congreso y número 68 en el Senado)[40]. Ambos pretendían volver a la redacción inicial del anteproyecto que limitaba la responsabilidad al valor del inmueble. El primero de los grupos fundamentaba su propuesta sobre la base de «facilitar a las personas mayores que puedan constituir hipotecas inversas sin oposición de sus herederos y proteger el patrimonio familiar de estos últimos»[41]. El Grupo Parlamentario Popular, por el contrario, explicaba que «no sería deseable extender la garantía sobre el resto de los bienes del deudor, sobre todo cuando sus herederos no tienen control sobre la ejecución de la garantía, en este caso la vivienda». Lo cierto es que en ambos casos se habla de la protección del heredero pero el heredero queda igualmente protegido en la hipoteca de responsabilidad concretada al valor del inmueble que limitando la responsabilidad a los bienes de la herencia dado que, en ninguno de los casos, su patrimonio personal resultará afectado. Sin embargo, es cierto que en el primer supuesto tendrá derecho a heredar el resto de bienes que compongan el patrimonio y en el segundo caso, puede que no haya patrimonio relicto que heredar; de tal manera que, en este sentido, sí hubiera resultado más beneficiado con la propuesta inicial (ANGUITA RÍOS, 2008, 14).

La razón que, con carácter principal, justifica la limitación recogida en el anteproyecto se encuentra en la regulación de la hipoteca inversa en Estados Unidos y el Reino Unido. Como ya he indicado al principio, la hipoteca inversa es una figura que hemos importado de estos países y la regulación de los mismos establece que, en ningún caso, el heredero hará frente a la obligación con su patrimonio personal sino que la deuda se hará efectiva sobre el precio que se obtenga en la venta del bien inmueble. Así lo recoge el §206.27 b) 8 del *Code of Federal Regulations*, en el capítulo correspondiente a la regulación del *Home Equity Conversion Plan*: «*the mortgagor shall have no personal liability for payment of the mortgage balance. The mortgagee shall enforce the debt only through sale of the property*». Lo mismo sucede en el Reino Unido donde el Código de Conducta, que todos los oferentes de productos *equity release* están obligados a seguir, impone la necesidad de asegurar a los clientes que no van a responder más allá del valor del bien inmueble[42].

Es más, los pocos artículos de los que se dispone sobre la materia con anterioridad a la aprobación de la Ley 41/2007, venían a destacar que uno de los elementos clave del préstamo garantizado con hipoteca inversa era que la deuda pendiente se limitará al valor de la propiedad garantizado mediante la hipoteca[43]. En nuestro caso tal situación se vendría a corresponder con la hipoteca de responsabilidad limitada recogida en el artículo 140 LH: «*no obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados*». Es decir, la responsabilidad del deudor queda limitada al importe que se obtenga de la ejecución o venta extrajudicial del bien inmueble.

Pero ello no significa que se produzca una confusión entre la cantidad garantizada por hipoteca (la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria) y la responsabilidad personal del deudor «pues aquella puede garantizar diez y esta puede ascender a una cantidad superior, si bien dentro del importe que de la cosa se obtenga en la ejecución» (ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1998, 621)[44]. Hubiera sido realmente uno de los pocos casos en los que se aplica el artículo 140 LH que constituye una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal recogida en el artículo 1911 del Código Civil y que carece de aplicación práctica[45].

Como ya se ha advertido anteriormente, teniendo en cuenta el riesgo que acompaña a este tipo de préstamos en los que la cantidad a deber puede llegar a superar con creces el valor del inmueble obtenido en venta, la limitación al valor del inmueble supone un perjuicio para el acreedor (TAFFIN, 2005, 3). No en vano la entidad de crédito pone a disposición del mayor un capital, ya sea en forma de préstamo ya sea en forma de apertura de crédito en cuenta corriente, que solo será devuelto a medio o largo plazo, en contraposición con la hipoteca de amortización en la que se hace entrega de una determinada cantidad que puede ser más o menos elevada pero que el deudor va devolviendo a plazos. Este riesgo, al que ya me he referido, con el que la entidad ve disminuidas sus expectativas de recuperación del crédito ha sido cubierto tanto en Estados Unidos como en el Reino Unido a través de la concertación de seguros (SÁNCHEZ-VENTURA MORER, 2013, 126 y 179). Si ya de manera general el acreedor, quien viene a ostentar un lugar predominante en el contrato, no está dispuesto a renunciar a la ventaja que supone la responsabilidad personal del deudor, menos estará dispuesto a asumir este riesgo en una hipoteca inversa[46]. En este sentido MARTÍNEZ ESCRIBANO señalaba «en una deuda creciente como es la garantizada con la hipoteca inversa, hubiera resultado particularmente conveniente para el deudor que la responsabilidad quedara limitada a la vivienda hipotecada, pero precisamente por el mayor riesgo que comporta también para las entidades financieras tal vez estas no están dispuestas a renunciar a la garantía que supone la responsabilidad patrimonial universal» (MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2009, 107 y 108)[47]. Así, como ya se ha recogido en otro punto, la limitación de responsabilidad a los bienes de la herencia puede decirse que no solo beneficia a los herederos, sino también, a los acreedores del causante quienes, de esta forma, mantendrán intacta la garantía patrimonial que contaban con anterioridad al fallecimiento; es decir, los bienes que estaban afectos al cumplimiento de la obligación son los mismos después del óbito.

La limitación de la responsabilidad a los bienes relictos supone en este punto la separación de patrimonios y el acreedor de una deuda garantizada con hipoteca inversa no tendrá así que concurrir con los acreedores de los herederos[48]. El único perjuicio que puede experimentar el acreedor de una deuda garantizada con hipoteca inversa es que no haya patrimonio hereditario suficiente para cancelar la deuda.

2. Razones que justifican la limitación de responsabilidad

Si analizamos la cuestión de la limitación de la responsabilidad hasta el final el último paso que habría que dar es el de examinar si las razones apuntadas son suficientes o no para justificar una excepción al artículo 1911 del Código Civil. Para ello puede resultar de ayuda el servirse de las razones utilizadas por el legislador para exceptuar en determinadas situaciones el principio de responsabilidad patrimonial universal: la aceptación a beneficio de inventario y la declaración de determinados bienes como inembargables. También puede resultar útil detenerse a valorar la posibilidad que tienen las partes de limitar la responsabilidad del deudor.

A) Limitaciones previstas legalmente

a) Aceptación a beneficio de inventario

En primer lugar, me detendré en la propia aceptación de la herencia a beneficio de inventario (arts. 1023 y sigs. del Código Civil). Desde el punto de vista histórico, la posibilidad de aceptar la herencia a beneficio de inventario fue creada por Justiniano y tenía como objetivo principal «evitar los perjuicios que podían sufrir los herederos ante la aceptación de una herencia *damnosa*» (GITRAMA GONZÁLEZ, 1989, comentario al art. 1023 del Código Civil). En Derecho romano —aunque también es trasladable a la actualidad— la confusión de patrimonios a que daba lugar la adquisición de la herencia suponía que la responsabilidad por deudas hereditarias era ejecutable no solo sobre los bienes hereditarios, sino sobre los bienes del heredero, «con perjuicio, por tanto, de este y de sus acreedores, cuando la herencia resulta insolvente por tener más deudas que haber» (D'ORS, 2008, 328). Para evitar este perjuicio, se estableció a favor del heredero la facultad de hacer inventario de la herencia y separarla para dejarla a los acreedores[49].

En el Derecho español actual, además de la posibilidad de que sean los herederos quienes acepten la herencia a beneficio de inventario, la ley impone este tipo de aceptación en los siguientes casos[50]:

— El tutor salvo autorización judicial solo puede aceptar la herencia a beneficio de inventario (art. 271.4.º del Código Civil). La finalidad radica en la protección de la persona tutelada.
— Si el juez deniega la solicitud de los padres de repudiación de la herencia deferida en favor de su hijo esta solo podrá ser aceptada a beneficio de inventario (art. 166.2 del Código Civil). Se fundamenta esta disposición en la necesidad de conservar el patrimonio de los hijos, evitando la renuncia a derechos de los que sus hijos sean titulares (CASTÁN VÁZ-

QUEZ, 1989, comentario al art. 166), pero asegurando que el patrimonio del hijo no va a resultar perjudicado. Si deducidas las deudas quedasen bienes que poder heredar, la renuncia a la herencia pretendida por los padres resultaría ser un perjuicio para el hijo.

— «*La aceptación de la que se deje a los pobres corresponderá a las personas designadas por el testador para calificarlos y distribuir los bienes, y en su defecto a las que señala el artículo 749, y se entenderá aceptada a beneficio de inventario*» (art. 992 del Código Civil). Carecería de todo sentido que los que sufren ya de por sí una situación de insuficiencia económica extrema se hicieran cargo de las deudas de la herencia.

b) Declaración de determinados bienes como inembargables

Otro supuesto que quería destacar es la declaración como inembargables de determinados bienes del deudor necesarios para el mantenimiento de un determinado nivel de vida mínimo (arts. 605 y sigs. de la Ley de enjuiciamiento civil).

En los casos enunciados en los dos apartados anteriores en los que se exceptúa legalmente el principio de responsabilidad patrimonial, se ha atendido a criterios de suficiente entidad de protección bien del deudor, bien del acreedor. Así, en el caso de la declaración de determinados bienes como inembargables se aducen razones de subsistencia económica, mientras que la imposición de una aceptación de la herencia a beneficio de inventario viene justificada por la necesidad de proteger al heredero cuando no es él, sino otros (padre o tutores) los que deciden en su lugar.

c) Limitación legal de responsabilidad en la hipoteca inversa

En el préstamo garantizado con hipoteca inversa, la limitación de responsabilidad viene al parecer justificada por la necesidad de proteger el patrimonio personal del heredero evitando la adquisición de una herencia excesivamente gravosa por lo que ahora se dirá. Ahora bien, lo que se trata es de determinar si tal protección es suficiente o no para exceptuar el principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el artículo 1911 del Código Civil.

Con carácter general, una persona mayor optará por la constitución de una hipoteca en su modalidad de inversa sobre la que es su vivienda habitual, cuando carezca de liquidez suficiente para hacer frente a los gastos que conlleva la jubilación. Precisamente, con este objetivo fue introducida esta figura en nuestro ordenamiento. En este sentido, la Exposición de Motivos de la ley señalaba: «hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tienen

España y la mayoría de países desarrollados: la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida». La falta de liquidez lleva a entender que, posiblemente el patrimonio esté formado principalmente por la vivienda. Si se constituye una hipoteca inversa nos encontraremos con una vivienda gravada que garantiza un crédito que va incrementándose conforme avanza el tiempo llegando a alcanzar el valor que el inmueble tenga en el momento de vencimiento (fallecimiento del solicitante). En estas circunstancias, no es de extrañar que efectivamente la herencia pueda acabar arrojando un saldo negativo, disminuyendo así, la posibilidad de remanente que los herederos puedan adquirir. Esta última circunstancia podría provocar la oposición de los hijos, posibles herederos, a la contratación de este producto. De tal manera que la limitación de responsabilidad a los bienes relictos supone indirectamente, una manera de fomentar su expansión.

El problema de fondo es que queda eliminada la posibilidad del heredero de optar por la aceptación a beneficio de inventario, es decir, se da «por hecho» que el heredero, de conocer la situación del patrimonio hereditario, optaría por la limitación de la responsabilidad. Ahora bien, el legislador tampoco ha querido terminar de condicionar la voluntad de los herederos y ha optado por una situación intermedia, y algo novedosa, cuál es la de limitar la responsabilidad respecto de una sola deuda hereditaria pero no sobre el total de la misma.

Además, limitando la responsabilidad a los bienes relictos tal y como lo establece el apartado 6.º de la DA1.ª se favorece no solo al heredero sino también al acreedor para quien seguirá intacta la garantía patrimonial de la que disponía antes del fallecimiento, pues se mantiene afecto el mismo patrimonio, sin tener que concurrir con los acreedores personales del deudor. Si precisamente el principio de responsabilidad patrimonial universal tiene como finalidad la protección de los derechos del acreedor, en este sentido la limitación prevista en la disposición adicional cumple con el objetivo[51]. De esta manera, podemos concluir que el legislador ha conseguido una fórmula mediante la cual se satisfacen los derechos de las dos partes, tratándose de una limitación que es proporcional a la naturaleza de los intereses en juego[52].

B) Reconocimiento de la validez de determinados pactos limitativos de la responsabilidad

Además, la ley en algunas ocasiones ha reconocido la validez del pacto en virtud del cual las partes limitan la responsabilidad del deudor. Tal es el caso de la ya apuntada hipoteca de responsabilidad limitada del artículo 140 LH, o del antiguo 1920 del Código Civil derogado por la Ley Concursal, en virtud del cual se aceptaba la renuncia de los acreedores a sus derechos pendientes de cobro agotado el patrimonio del deudor. También podríamos incluir la posibi-

lidad recogida en el artículo 1807 del Código Civil que tiene el constituyente a título lucrativo de una renta vitalicia de declarar inembargables las rentas que recibe el pensionista, protegiéndole así de las agresiones de los acreedores (DÍAZ GÓMEZ, 2011, comentario al art. 1807).

Fuera de todos estos casos, se plantea la pregunta de si las partes pueden exceptuar el principio de responsabilidad patrimonial universal. Cuestión que nos interesa responder a la luz de la posibilidad que prevé la DA1.ª en su apartado 10.º: «*podrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición*»[53]. Si se entiende que no es aplicable ninguno de los apartados anteriores, tampoco resultará aplicable la limitación de responsabilidad de los bienes relictos, pero las partes podrían incluirla vía pacto en el contrato. En su caso habría que valorar si ese pacto es o no válido. Aunque queda a salvo la posibilidad de aceptar genéricamente a beneficio de inventario.

Hay acuerdo entre los autores en admitir que no se puede excluir la responsabilidad de forma absoluta, lo que supondría dejar el contrato en manos de una de las partes (ECHEVERRÍA SUMMERS, 2006, comentario al art. 1911). En este sentido hay que entender que una cláusula que excluyese la responsabilidad sería nula (ORDUÑA MORENO, 2011, comentario al artículo 1911 del Código Civil). En mi opinión siempre que quede amparada la función propia de la responsabilidad patrimonial universal (la tutela del derecho de crédito) no habrá problema en admitir una limitación de la responsabilidad «que pueda sufrir alteraciones en casos concretos bien para agravar la responsabilidad, bien para aliviarla» (CAPILLA RONCERO, 1989, 9). Más aún cuando la ley ha reconocido la validez de esa limitación para un caso idéntico —la hipoteca inversa contratada a la luz de los requisitos subjetivos y objetivos de la DA1.ª— y, de la misma manera que lo ha admitido para los supuestos recogidos en los artículos 140 LH o 1920 del Código Civil. Tampoco tendría sentido admitir la validez del pacto recogido en el artículo 140 LH, y descartar aquel que prevea la efectividad de la responsabilidad sobre los bienes relictos cuando este tipo de acuerdo es de mayor amplitud que el pacto de concreción de responsabilidad al bien hipotecado del artículo 140 LH.

V. REFLEXIONES FINALES

I. Como primera reflexión me gustaría destacar como la hipoteca inversa aparece ligada con la realidad del patrimonio separado en dos sentidos. El primero, y a la luz del objetivo que se pretende conseguir con su regulación, es el de considerar la vivienda hipotecada como un patrimonio separado adscrito a un fin como es la satisfacción de las necesidades de los mayores durante los

últimos años de su vida. La hipoteca inversa es una figura que gira alrededor del inmueble (sin vivienda no hay préstamo) y ella misma satisface las necesidades y soporta la deuda generada, en la medida en que la responsabilidad se encuentra limitada al valor del inmueble. Este es el modelo que han acogido los países anglosajones que han introducido la figura. Si este hubiera sido el camino escogido por la ley 41/2007, la constitución de una hipoteca inversa podría haber aspirado así a constituir un patrimonio separado, que según el profesor DE CASTRO «viene concebido como una masa patrimonial, que pertenece a un patrimonio personal, pero que se entiende independizado de este por estar legalmente destinada a un fin específico y determinado» (DE CASTRO Y BRAVO, 2008, 57). De tal forma que junto al patrimonio principal del sujeto «coexisten otros especiales, afectos a un régimen particular de administración, disposición y responsabilidad por deudas» (ARROYO, 2006, 6).

II. Sin embargo no es este el sentido que le ha querido dar la ley 41/2007, que ha ido más allá, afectando la totalidad del patrimonio hereditario a la responsabilidad por una deuda de este tipo, si bien limitándola solo a este y no al resto de bienes del heredero. Es decir, la limitación recogida a lo que ha dado lugar es a un patrimonio separado de manera temporal hasta la liquidación de la deuda garantizada por hipoteca inversa. En otras palabras, podría hablarse de un patrimonio separado en liquidación para la satisfacción de esa especial deuda. Es más, las situaciones que hemos contemplado más arriba de herencia yacente y aceptación de la herencia a beneficio de inventario son consideradas situaciones que dan lugar a la aparición de patrimonios separados de titular interino en el primer caso —también llamado patrimonio sin personalidad— o patrimonio en liquidación en el segundo caso[54]. Tanto en uno como en otro caso el patrimonio del causante aparece separado del patrimonio de los herederos y ambos poseen su propio régimen de funcionamiento.

III. Precisamente una de las cuestiones que surge en relación a los patrimonios separados es el de la limitación de la responsabilidad patrimonial del deudor cuestión en torno a la cual ha girado el apartado precedente. De hecho es una de las razones principales por las que se considera excluida la facultad para crear patrimonios separados, que podrían ser creados con la intención fraudulenta de excluir la responsabilidad patrimonial universal (O'CALLAGHAN, 2004, 349 y 350).

IV. Desde luego la separación o aparición de un patrimonio de destino hubiera sido total si la responsabilidad se hubiera limitado al valor del bien inmueble que es a lo que, en su origen, aspiraba esta figura. Como resultado se hubiera obtenido un bien inmueble que de forma separada atiende a la necesidades vitales del mayor y responde de la deuda generada como he señalado hace un momento.

V. En una segunda reflexión final me gustaría considerar como la hipoteca inversa es reflejo de los cambios sociales y familiares que está experimentando

el Derecho español. En el momento actual han decaído algunas de las razones que servían para fundamentar nuestro sistema sucesorio. Así por ejemplo, una de las razones que justificaba la herencia era la de cooperar en el sostenimiento económico de los hijos pero, una mayor esperanza de vida provoca que la transmisión de la herencia se produzca más tarde, cuando los hijos ya están situados económicamente. También la desaparición de la familia troncal hace innecesario mantener determinados inmuebles en la familia como medio de protección familiar. Otra cuestión que también habría que valorar es el cambio en los elementos que conforman el patrimonio; a día de hoy, se puede destacar el aumento de los activos mobiliarios frente a los inmobiliarios. Todas estas circunstancias responden a características de la sociedad actual que llevan a cuestionar si el Derecho sucesorio se adecúa o no a las circunstancias actuales. Por el contrario, resultan necesarias ciertas reformas que vayan encaminadas a la protección de determinados colectivos desfavorecidos como las personas con discapacidad o menores (CÁMARA LAPUENTE, 2013, 37 y 38).

VI. Una manera de reordenar la sucesión para atender a los mayores es precisamente la concesión de un préstamo garantizado con hipoteca inversa de tal forma que el mayor tiene la posibilidad de consumir el valor del bien inmueble en vida evitando el desembolso que conlleva para los hijos la atención de sus padres. Si antes uno de los motivos para dejar en herencia determinados bienes a sus hijos era un motivo de carácter algo compensatorio, en recompensa a los cuidados recibidos por los descendientes en vida, la figura objeto de estudio vendría a invertir las posiciones redistribuyendo de manera distinta el valor del patrimonio inmobiliario. En fin, «desde otro punto de vista —teleológico o, más precisamente heurístico— la hipoteca inversa puede además ser conceptualmente enmarcada dentro de un conjunto de medidas que, en el fondo, acaso responden también a un cambio en el esquema sociológico subyacente en las relaciones familiares desde la perspectiva de la sucesión *mortis causa* de esas mismas personas» (ROCA GUILLAMÓN, 2010, 661).

ÍNDICE DE RESOLUCIONES:

- STS de 20 de septiembre de 1982
- STS de 12 de marzo de 1987
- STS de 4 de junio de 1989
- STS de 21 de mayo de 1991
- STS de 29 de octubre de 1991
- RDGRN de 27 de octubre de 2003
- RDGRN de 13 de abril de 2005
- RDGRN de 25 de junio de 2005
- RDGRN de 24 de febrero de 2006

- RDGRN de 21 de febrero de 2007
- RDGRN de 1 de octubre de 2010

BIBLIOGRAFÍA

ANDERSON, M. (2006). Una aproximación al derecho de sucesiones inglés. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, núm. 3, 1243-1282.

ANGUITA RÍOS, R. M. (2008). Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. *El Consultor Inmobiliario*, núm. 87, 3-20.

ARROYO, E. (2006). Los patrimonios financieros y el trust. *RCDI,* núm. 693, 11-62.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) (2009). *Derecho de sucesiones*, Madrid: Tecnos.

CAPILLA RONCERO, F. (1989), *La Responsabilidad Patrimonial Universal y el Fortalecimiento de la Protección del Crédito*, Jerez: Fundación Universitaria.

CASTÁN VÁZQUEZ, J. M. (1989). Comentarios a los artículos 154 a 171. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo III, vol. 2.º. Madrid: EDERSA.

CHICO Y ORTIZ, J. M. (1989 2.ª ed.). *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo II, Madrid: Marcial Pons.

COLINA GAREA, R. (2009). Aceptación y repudiación de la herencia. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Derecho de sucesiones*. Madrid: Tecnos, pp. 80-142.

— (2009). Efectos de la aceptación. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Derecho de sucesiones*. Madrid: Tecnos, pp. 147-194.

D'ORS, A. (2008 2.ª ed.), *Derecho privado romano*, Pamplona: EUNSA.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (2008). *Derecho Civil de España: Temas de Derecho Civil*, Tomo II, Cizur Menor (Navarra): Thomson.Civitas.

DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. y PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2011, 3.ª ed.). *Curso de Derecho Civil (III): Derechos Reales,* Madrid: Colex.

DÍAZ GÓMEZ, M. J. (2011). Comentario al artículo 1807. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (directores), *Código Civil comentado, vol. II: Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087)*. Madrid: Civitas.

DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A. (2004 9.ª ed.). *Sistema de Derecho Civil IV. Familia*, Madrid: Tecnos.

ECHEVERRÍA SUMMERS, F. (2006). Comentario al artículo 1911. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Cizur Menor (Navara): Thomson Aranzadi.

GARCÍA GOYENA, F. (1973). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español,* Zaragoza: Cometa.

GETE-ALONSO, C. (2011). Comentario al artículo 990. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (directores), *Código Civil comentado Vol. II: Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087),* Madrid: Civitas.

GITRAMA GONZÁLEZ, M. (1989). Comentarios a los artículos 988 a 1034. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo III, vol. 2.º. Madrid: EDERSA.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2007). Ejecución hipotecaria. La protección del consumidor en relación con las cláusulas sobre ejecución de la hipoteca. *El notario del siglo XXI*: Suplemento especial dedicado a las Jornadas sobre «La protección del consumidor en la contratación bancaria», núm. 16.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2008). Principios generales de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, de modificación de la Ley de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario financiero. En: J. Gómez Gálligo (coord.), *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario*. Madrid Colegio de Registradores y Mercantiles de España, pp. 15-60.

ÍÑIGO ARROYO, L. (2009).La hipoteca inversa (Disposiciones Adicionales 1.a y 4.a Ley 41/2007). En: E. Muñiz Espada (coord.), *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica,* Madrid: Edisofer, pp. 323-356.

JIMÉNEZ CLAR, A. J. (2009). La hipoteca inversa como instrumento de protección social. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 113, 97-142.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al*. (2004 2.ª ed., rev. y puesta al día por Joaquín Rams Albesa). *Elementos de derecho civil. V, Sucesiones,* Madrid: Dykinson.

LUQUE JIMÉNEZ, M. C. (2009). Una nueva modalidad de hipoteca: la Hipoteca Inversa. *RCDI*, núm. 711, 215-260.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T. (1991). La responsabilidad de los herederos por las deudas del causante anterior a la partición de la herencia, Madrid: Civitas.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2009). *La hipoteca inversa*, Madrid: Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). La comunidad hereditaria. En: M. Pérez Álvarez (coord.), C. Martínez de Aguirre, P. de Pablo Contreras y S. Cámara Lapuente, *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*. Madrid: Colex, pp. 435-442.

— (2011). La hipoteca inmobiliaria. La anticresis. En: P. de Pablo Contreras (coord.), C. Martínez de Aguirre Aldaz, y M. Pérez Álvarez, M. A, *Curso de Derecho Civil III: Derechos Reales,* Madrid: Colex, pp. 541-603.

MURO VILLALÓN, J. V. (2008). La hipoteca inversa. En: J. Gómez Gálligo (coord.), *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario*. Madrid: Colegio de Registradores y Mercantiles de España, pp. 153-183.

NAVARRO CASTRO, M. (2009). *La responsabilidad por las deudas hereditarias,* Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

NUÑEZ IGLESIAS, Á. (2011). Comentario al artículo 1802. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (directores), *Código Civil comentado, vol. II: Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087)*. Madrid: Civitas.

O'CALLAGHAN, X. (2004, 5.ª ed.). *Compendio de Derecho Civil, Tomo I: Parte General*, X, Madrid: (2004, 5.ª ed.).

ORDUÑA MORENO, J. (2011). Comentario al artículo 1911. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (directores), *Código*

Civil comentado, vol. IV: Libro IV Obligaciones y contratos, contratos en particular, derecho de daños y prescripción (arts. 1445 al final). Madrid: Civitas.

PARDO MUÑOZ, F. J. (2010). *Eficacia registral de las resoluciones judiciales dictadas en procesos civiles seguidos contra la herencia yacente, comunidad hereditaria o herederos desconocidos, ignorados o inciertos de una persona fallecida: RRDGRN de 19 de agosto de 2010 y 10 de enero de 2011: referencia a la hipoteca inversa,* Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001, 4.ª ed.). *Derechos reales. Derecho hipotecario II*, Madrid: Centro de Estudios Registrales.

— (2009, 3.ª). *La Herencia y las deudas del causante*, Granada: Comares.

— (2007). El artículo 1082 del Código Civil y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. *ADC*, núm. 2, 445-512.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (coord.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., DE PABLO CONTRERAS, P. y CÁMARA LAPUENTE, S. (2013). *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones*, Madrid: Colex.

VALLET DE GOYTISOLO, J. (1989). Comentarios a los artículos 1082 a 1087 del Código Civil. En M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Tomo III, vol. 2.º. Madrid: EDERSA.

RIERA ÁLVAREZ, J. A. (2005). La partición de la herencia y la colación. En: J. Delgado de Miguel, *Instituciones de Derecho Privado*. M. Garrido Melero (coord.), *Tomo V Sucesiones, vol 2.º Títulos sucesorios-dinámica del fenómeno sucesorio-ineficacia de las disposiciones sucesorias*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, pp. 601-897.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J. (2009, 4.º ed.). *Derecho de sucesiones común y foral*, Tomo III, Madrid: Dykinson.

ROCA GUILLAMÓN, J. (2010). La hipoteca inversa como medio de protección económica de los mayores. En: L. Rebolledo Varela (coord.), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro,* Madrid: Dykinson, pp. 657-694.

ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1998, 8 ed.). *Derecho Hipotecario: Ley del Suelo e Hipotecas*, Tomo VII, Barcelona: Bosch.

ROMERO CANDAU, P. A. (2008). La Hipoteca Inversa. En: V. Pérez de Madrid Carreras (coord.), *Hacia un nuevo Derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario,* Madrid: Consejo General del Notariado, pp. 307-336.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2008). La transmisión del bien hipotecado en la hipoteca en garantía de rentas y en la hipoteca inversa. *CEF Legal: Revista práctica de Derecho*, núm. 89, 3-36.

SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2008). Régimen jurídico de la hipoteca inversa. *RDP*, núm. 2, 33-61.

SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2013). *La hipoteca Inversa en Derecho español*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters, Civitas.

TAFFIN, C. (2005). La hipoteca inversa o vitalicia, disponible en: http://www.ahe.es [descargado 19/07/2010].

URÍA, R. (2000, 27.ª ed., revisada en colaboración con M.ª Luisa Aparicio). *Derecho Mercantil,* Barcelona: Marcial Pons.

VICENT CHULIÁ, F. (1990, 3 ed.). *Compendio Crítico de Derecho Mercantil, Tomo II: Contratos, Títulos valores y Derecho Concursal,* Barcelona: Bosch.

ZURITA MARTÍN, I. (2008). La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa. *RCDI*, núm. 707, pp. 1275-1317.

NOTAS

[1] A la finalidad y contexto en el que surge la hipoteca inversa dediqué los primeros capítulos de la siguiente monografía: SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2013), *La hipoteca Inversa en Derecho español*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters, Civitas.

[2] Frente a la forma tradicional de préstamo que supone la entrega de una determinada cantidad de dinero a fin de que se devuelva otro tanto de la misma especie y calidad (art. 1740 del Código Civil), el crédito, mejor dicho, la apertura de crédito, constituye una de las modernas formas de financiación en virtud de la cual la entidad pone a disposición del cliente una determinada cantidad de dinero durante el plazo señalado en el contrato, normalmente en una cuenta bancaria. Durante este plazo, el cliente podrá retirar las cantidades que en cada momento necesite hasta un máximo determinado en el contrato. Una vez trascurrido el periodo de tiempo reflejado en el acuerdo, se procede al cierre de la cuenta y se comprueba la cantidad dispuesta y por lo tanto debida. Así, en el préstamo la cantidad a deber se conoce de antemano, en el crédito se requiere una actividad complementaria que permita conocer el alcance de la obligación. *Vid*., SSTS de 4 de julio de 1989 *(RJ* 1989, 5289) y 29 de octubre de 1991 *(RJ* 1991, 7487); VICENT CHULIÁ, F. (1990, 3.ª ed.). *Compendio Crítico de Derecho Mercantil, Tomo II: Contratos, Títulos valores y Derecho Concursal*, Barcelona: Bosch, pp. 439 y siguientes; URÍA, R. (2000, 27.ª ed., revisada en colaboración con M.ª Luisa Aparicio). *Derecho Mercantil,* Barcelona: Marcial Pons, p. 861.

[3] Cfr., nota al final de página número 19.

[4] *Vid*., ANGUITA RÍOS, R. M. (2008). Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. *El Consultor Inmobiliario*, núm. 87, p. 14; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2008). Principios generales de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, de modificación de la Ley de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario financiero. En: J. Gómez Gálligo (coord.), *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario*. Madrid Colegio de Registradores y Mercantiles de España, p. 47; ZURITA MARTÍN, I. (2008). La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa. *RCDI*, núm. 707, y MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2009). La hipoteca inversa, Madrid: *Cuadernos de Derecho Registral,* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 1303. También yo afirmé la posibilidad de considerar esa limitación como una aceptación de la herencia a beneficio de inventario; *vid*., SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I., *op. cit*., pp. 312 y 313.

[5] ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit*., p. 273 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). La hipoteca inmobiliaria. La anticresis. En: P. de Pablo Contreras (coord.), C. Martínez de Aguirre Aldaz, y M. Pérez Álvarez, M. A, Curso de Derecho Civil (III): Derechos Reales, Madrid: Colex, pp. 591 y 592.

[6] En concreto las razones de tipo económico se refieren la imposibilidad de ejercer la facultad recogida en el artículo 692 LECiv cuando la vivienda es transmitida a un tercero. Hasta tal punto es así, que la DA1.ª en su apartado 5.2 prevé la posibilidad de que el acreedor declare el vencimiento anticipado del préstamo en caso de que el bien sea transmitido a un tercero.

[7] Esta es la cantidad que sirve de parámetro para el cálculo de los honorarios registrales y notariales así como el impuesto de actos jurídicos documentados.

[8] SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I., *op. cit*., pp. 241-245.

[9] Así lo establece el apartado 5.º de la DA1.ª: «a*l fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación*».

[10] Aunque existen varios regímenes sucesorios que conviven en nuestro país nos limitaremos al régimen común.

[11] Artículo 114 LH: «*salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años*». PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001, 4.ª ed.). *Derechos reales. Derecho hipotecario II*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, pp. 155 y 156, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). La hipoteca inmobiliaria. La anticresis, *op. cit.,* p. 571, entre otros.

[12] Límite que no resulta de aplicación en el caso de la hipoteca inversa. Como ya pude explicar en otra ocasión no hay problema en admitir la inaplicación del artículo 114 LH en el contrato de préstamo garantizado por una hipoteca de las que llamamos inversas, es más forma parte de su contenido natural en la medida en que los intereses no son exigibles hasta que fallece el solicitante. *Vid.,* SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I, *op. cit.,* pp. 319-322; JIMÉNEZ CLAR, A. J. (2009). La hipoteca inversa como instrumento de protección social. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 113, p. 117. También RDGRN 1 de octubre de 2010 (2010, 5273).

[13] *Vid.,* COLINA GAREA, R. (2009). Aceptación y repudiación de la herencia. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Derecho de sucesiones. Madrid: Tecnos, p. 84; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al*. (2004 2.ª ed., rev. y puesta al día por Joaquín Rams Albesa). *Elementos de derecho civil. V, Sucesiones,* Madrid: Dykinson, pp. 5 y sigs., y CÁMARA LAPUENTE, S. (2013). La sucesión y el Derecho sucesorio. En: M. Pérez Álvarez (coord.), C. Martínez de Aguirre, P. de Pablo Contreras y S. Cámara Lapuente, *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones,* Madrid: Colex, pp. 28 y 20.

[14] El Código Civil no establece un plazo específico en el que el heredero tenga que aceptar la herencia, se entiende que podrá aceptar o repudiar siempre que no prescriba la acción para reclamar la herencia (art. 1016 del Código Civil), se discute si el plazo de prescripción es de 15 o 30 años. *Vid.,* COLINA GAREA, R., «Aceptación y repudiación de la herencia», *op. cit.,* p. 95, LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.,* pp. 64 y 65 y DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A. (2004 9.ª ed.). *Sistema de Derecho Civil IV. Familia*, Madrid: Tecnos, p. 299.

[15] LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.,* pp. 63 y 64; PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. Aceptación y repudiación de la herencia, *op. cit.,* pp. 396-398.

[16] El plazo del que dispone el deudor para aceptar de este modo es distinto en función de si hay o no demanda previa por parte de un tercero para que el heredero acepte o repudie (arts. 1015 y 1005 del Código Civil) y en función de si el heredero está en posesión de bienes hereditarios (arts. 1015 y 1014 del Código Civil). En el primero de los casos, si hay demanda previa, el heredero tendrá que decidir en un plazo de treinta días si acepta o no y en esta misma declaración podrá especificar que lo hace a beneficio de inventario, en caso contrario todavía dispone de diez días a partir de la aceptación para optar por el beneficio. En el segundo de los casos, si está posesión de bienes hereditarios, tendrá que poner en conocimiento del juez su deseo de optar por el beneficio de inventario en el plazo de diez días desde que supo que era heredero. Por otro lado, si el llamado acepta la herencia dispone diez desde la aceptación para solicitar el inventario. Y, por último, si no se encuentra en ninguno los supuestos descritos el plazo del que dispone viene a coincidir con el plazo de prescripción de la herencia.

[17] LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.,* p. 89 y COLINA GAREA, R. (2009). Efectos de la aceptación. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Derecho de sucesiones*. Madrid: Tecnos, p. 154.

[18] *Vid.,* LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.,* p. 27, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009). La sucesión por causa de muerte. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Derecho de sucesiones*. Madrid: Tecnos, pp. 22 a 24; PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones, *op. cit.,* capítulos 16 a 20 y DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *op. cit.,* capítulos 38 a 41.

[19] El modo que tendría de conocer la entidad si existe testamento y por lo tanto quien o quienes han sido instituidos herederos es a través del Registro de Actos de última voluntad donde la entidad podrá acceder a los datos sobre la fecha y lugar del otorgamiento del testamento previo envío del certificado de defunción. *Vid*., JIMÉNEZ CLAR, A. J., *op. cit*., p. 134.

[20] En la misma línea: PARDO MUÑOZ, F. J. (2011). *Eficacia registral de las resoluciones judiciales dictadas en procesos civiles seguidos contra la herencia yacente, comunidad hereditaria o herederos desconocidos, ignorados o inciertos de una persona fallecida: RRDGRN de 19 de agosto de 2010 y 10 de enero de 2011: referencia a la hipoteca inversa*. Madrid: Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 28 y 29.

[21] SSTS de 20 de septiembre de 1982 *(RJ* 1982, 4920), de 12 de marzo de 1987 *(RJ* 1987, 1435) y de 21 de mayo de 1991 *(RJ* 1991, 3779). PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2013). La herencia. Las fases de la sucesión hereditaria. La sucesión y el Derecho sucesorio. En: M. Pérez Álvarez (coord.), C. Martínez de Aguirre, P. de Pablo Contreras y S. Cámara Lapuente, *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones,* Madrid: Colex, p. 70.

[22] También RRDGRN de 27 de octubre de 2003 *(RJ* 2003, 7669), de 13 de abril de 2005 *(RJ* 2005, 4011), de 25 de junio de 2005 *(RJ* 2005, 5398) y 21 de febrero de 2007 *(RJ* 2007, 1579).

[23] Mientras tanto la deuda seguirá generando intereses hasta su total cancelación. ÍÑIGO ARROYO, L. (2009). La hipoteca inversa (Disposiciones Adicionales 1.a y 4.a Ley 41/2007). En E. Muñiz Espada (coord.), *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*. Madrid: Edisofer, p. 346.

[24] *Vid*., COLINA GAREA, R. Aceptación y repudiación de la herencia*, op. cit*., p. 125.

[25] Las decisiones serán adoptadas por el acuerdo de la mayoría de los partícipes. A falta de acuerdo, será el juez el que señale la solución a adoptar.

[26] La pretendida sección sexta que llevaba por título «Del inventario y separación de bienes a petición de los acreedores y legatarios», iba encabezado por el artículo 871 del Código Civil que señalaba: «*los acreedores y legatarios del difunto, aunque lo sean a plazo o bajo condición, pueden pedir la formación de inventario y separación de los bienes del difunto y del heredero*», esta posibilidad quedaba concretada en lo que señalaba el artículo 875 del Código Civil, en virtud del cual y a los solos efectos del pago de los acreedores y legatarios se mantenía el patrimonio del difunto separado del patrimonio del heredero, con excusión de los acreedores del heredero. Una vez satisfechos los derechos de acreedores y legatarios, el remanente pasaba al heredero.

[27] Además *vid*., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. Aceptación y repudiación de la herencia, *op. cit*., pp. 411 y sigs. y COLINA GAREA, R. Efectos de la aceptación, *op. cit*., p. 151.

[28] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2007). El artículo 1082 del Código Civil y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. *ADC*, N.º 2, pp. p. 448 y VALLET DE GOYTISOLO, J., *op. cit*., comentario al artículo 1082 del Código Civil. No me detendré en la discusión de carácter procesal acerca de si la oposición que recoge este artículo 1082 del Código Civil debe realizarse en el procedimiento de división judicial de la herencia ya iniciado o bien cabe la posibilidad de ejercitar la oposición solicitando la intervención judicial de la herencia, para mayor información consultar las páginas 450 y siguientes del artículo de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS recogido en esta cita.

[29] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. El artículo 1082 del Código Civil y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, *op. cit*., p. 467 y VALLET DE GOYTISOLO, J., *op. cit*., comentario al artículo 1082 del Código Civil.

[30] DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *op. cit*., p. 506, LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit*., pp. 108 y sigs.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). La partición hereditaria: conceptos generales, operaciones particionales y tipos de partición. En: M. Pérez Álvarez, (coord.), C. Martínez de Aguirre, P. de Pablo Contreras y S. Cámara Lapuente, *Curso de Derecho Civil V: Derecho de Sucesiones,* Madrid: Colex, p. 449 y MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2009). Partición y colación. En. R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Derecho de sucesiones,* Madrid: Tecnos, p. 195.

[31] Además de RIVAS MARTÍNEZ, COLINA GAREA, R. Efectos de la aceptación, *op. cit.,* p. 175 y RIERA ÁLVAREZ, J. A. (2005). La partición de la herencia y la colación. En: J. Delgado de Miguel, Instituciones de Derecho Privado. M. Garrido Melero (coord.), Tomo V Sucesiones, vol 2. Títulos sucesorios-dinámica del fenómeno sucesorio-ineficacia de las disposiciones sucesorias. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, p. 761, entre otros.

[32] Artículo 1084.1 del Código Civil: *«hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio»*.

[33] Tal es el caso de una obligación garantizada con un bien cuya titularidad ha sido adjudicada a un heredero determinado. *Vid.,* RIERA ÁLVAREZ, J. A., *op. cit.,* pp. 750 y 751.

[34] VALLET DE GOYTISOLO, J., *op. cit.,* introducción a los comentarios de los artículos 1082 a 1087 del Código Civil sobre el pago de las deudas hereditarias.

[35] LACRUZ BERDEJO, J. L., *op. cit.,* p. 3; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. La Herencia y las deudas del causante, *op. cit.,* p. 104. Con todo es importante señalar que en el Derecho inglés priman las atribuciones singulares frente a la sucesión universal, ANDERSON, M. (2006). Una aproximación al derecho de sucesiones inglés. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, núm. 3, p. 1245.

[36] *Vid.,* el comentario que GITRAMA GONZÁLEZ realiza al artículo 990 del Código Civil. GITRAMA GONZÁLEZ, M. (1989). Comentarios a los artículos 988 a 1034. En: M. Albaladejo (dir.), Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo III, vol. 2. Madrid: EDERSA.

[37] Otro de los argumentos que lleva a excluir la aceptación parcial es evitar que el llamado pueda «intervenir en la configuración del título que se le difiere… aceptación y repudiación son independientes del negocio que ha creado el título que está perfectamente configurado» de ahí que el acto de aceptación y repudiación sean actos unilaterales de adhesión. Sin embargo, en nuestro caso no va asociado propiamente a un acto de aceptación. *Vid.,* GETE-ALONSO, C. (2011). Comentario al artículo 990. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. II: Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087),* Madrid: Civitas.

[38] SERRANO DE NICOLÁS, A. (2008). Régimen jurídico de la hipoteca inversa. *RDP*, núm. 2, p. 54; ZURITA MARTÍN, I., *op. cit.,* p. 211.

[39] Hubo otros aspectos que sí que fueron más discutidos como la posibilidad de constituir hipotecas inversas sobre bienes distintos a la vivienda habitual, o la necesidad de indicar un plazo mínimo desde la apertura o fallecimiento del solicitante para que los herederos pudieran decidir qué hacer con la vivienda.

[40] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 127-7, 9 de mayo de 2007.

[41] En idénticos términos planteó una enmienda el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés en el Senado.

[42] *SHIP code of conduct,* disponible en: http://www.equityreleasecouncil.com/home/ [Consulta realizada el 13 de noviembre de 2014].

[43] *Vid.,* TAFFIN, C. (2005). La hipoteca inversa o vitalicia, disponible en: http://www.ahe.es [descargado 19/07/2010], p. 3.

[44] Si se quiere consultar más sobre el tema: ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.,* pp. 613 y sigs.

[45] *Vid.,* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. Derechos reales. Derecho hipotecario II, *op. cit.,* pp. 310 y 311.

[46] *Vid.,* ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *op. cit.,* p. 631.

[47] *Vid.,* también MURO VILLALÓN, J. V., *op. cit.,* p. 16 y ZURITA MARTÍN, I., *op. cit.,* p. 1304.

[48] PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. Aceptación y repudiación de la herencia, *op. cit.,* p. 411.

[49] D'ORS, A. (2008 2.ª ed.), *Derecho privado romano*, Pamplona: EUNSA, p. 330.

[50] También se entienden aceptadas a beneficio de inventario las disposiciones hereditarias realizadas en favor de las administraciones públicas y de las Fundaciones.

[51] *Vid.,* ORDUÑA MORENO, J. (2011). Comentario al artículo 1911. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. IV: Libro IV Obligaciones y contratos, contratos en particular, derecho de daños y prescripción (arts. 1445 al final)*. Madrid: Civitas.

[52] *Vid.,* Lo que se corresponde con las dos notas características que según CAPILLA RONCERO debe reunir todo sistema de responsabilidad patrimonial universal, CAPILLA RONCERO, F. (1989), *La Responsabilidad Patrimonial Universal y el Fortalecimiento de la Protección del Crédito*, Jerez: Fundación Universitaria, p. 263.

[53] En mi opinión no son aplicables los apartados relativos a la exención del IAJD y a las reducciones arancelarias pero sí los demás apartados relativos a cuestiones de regulación sustantiva y que derivan como se está viendo de la propia naturaleza del contrato.

[54] *Vid.,* DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.,* pp. 57 a 59 y ARROYO, E., *op. cit.,* p. 6.

(Trabajo recibido el 30-7-2014 y aceptado para su publicación el 27-10-2014)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Reformas legislativas de Augusto*

Legislative Reforms of Augustus

por

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN
Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

RESUMEN: El presente trabajo tiene por finalidad realizar un breve comentario de algunas de las instituciones del Ordenamiento Jurídico Romano, como la sucesión hereditaria del Estado, la reforma fiscal, la creación del servicio público de policía o los delitos de apropiación o desviación del dinero público, que creadas *ex novo*, o reformadas, por la legislación augustea, resultan de especial interés, al margen de las más conocidas y estudiadas disposiciones de Augusto en materia de matrimonio, legislación provincial y municipal, ciudadanía y libertad.

ABSTRACT: This work aims at describing, and commenting on, some of the main institutions of Roman law like the inheritance law of the state, tax law reform, the creation of the public police service, and the misappropriation or misuse of public treasury, among others. Being created ex novo or reformed by Augustus' Legislation, they are particularly interesting because, unlike other well-known Augustus' laws on matrimony, province and municipality, and citizenship and freedom, they have been hardly studied.

---

* El presente estudio constituye el desarrollo de la Ponencia presentada por el A. en el Congreso Internacional sobre «La Hispania de Augusto», que se celebró en la Facultad de Geografía e Historia de la Universidad Complutense de Madrid, los días 7 a 9 de abril de 2014.

PALABRAS CLAVE: Medicina. Herencia. Juristas. Finanzas. Delitos públicos.

KEY WORDS: Medicine. Inheritance. Lawyers. Treasury. Criminal offences.

SUMARIO: I. PROEMIO.—II. LOS BENEFICIOS DE EJERCER LA MEDICINA.—III. LA SUCESIÓN HEREDITARIA DEL ESTADO.—IV. POSICIÓN DE LOS JURISTAS EN RELACIÓN CON EL *IUS PUBLICE RESPONDENDI EX AUCTORITATE PRINCIPIS*.—V. *LAS LEGES IULIAE IUDICIORUM PRIVATORUM ET PUBLICORUM*. PROFESIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA. INICIO DE LA COGNITIO EXTRAORDINARIA. *IURISDICTIO* VOLUNTARIA.—VI. TRIBUTACIÓN Y FINANZAS PÚBLICAS.—VII. CONFORMACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE POLICÍA. —VIII. *TESTAMENTI FACTIO* PASIVA, FIDEICOMISOS, APERTURA DEL TESTAMENTO, CODICILO Y ADQUISICIÓN DE LOS LEGADOS. —IX. REGISTRO DE NACIMIENTOS.—X. ASOCIACIONES.—XI. DELITOS DE APROPIACIÓN Y DESVIACIÓN DEL DINERO PÚBLICO.

I. PROEMIO

El trabajo que se presenta tiene por finalidad realizar un breve comentario de algunas de las instituciones del Ordenamiento Jurídico Romano, que creadas *ex novo*, o reformadas, por la legislación augustea, resultan de especial interés, al margen de las más conocidas y estudiadas disposiciones de Augusto en materia de matrimonio, legislación provincial y municipal, ciudadanía y libertad.

Así delimitado el objeto de estudio, me voy a referir en los epígrafes que siguen a las distintas reformas legislativas de Augusto, la mayor parte de las cuales introducidas mediante leyes, atinentes a la regulación de las distintas materias.

En el lenguaje jurídico romano el término ley tiene una significación más amplia que en el Derecho actual. En palabras de Orestano, nos encontramos con dos campos significativos: ley como acuerdo y ley como imposición.

Dentro de la primera acepción cabe incluir una serie de leyes como *las leges collegii,* las *leges mancipationis*, las *leges venditionis* y la *lex contractus* en general. Por su parte, la ley como imposición que se corresponde con el sentido jurídico moderno, era denominada por los romanos *lex publica* en cuanto que era votada por el pueblo y era de obligado cumplimiento para el pueblo que la había votado.

En este segundo sentido entendemos las palabras de Gayo, Institutiones I.3, referidas a la ley como: *lex est quod populus iubet atque constituit*, y de Papiniano, Digesto 1.3.1: *communis rei publicae sponsio*.

II. LOS BENEFICIOS DE EJERCER LA MEDICINA

Corresponde a Cesar el mérito de haber favorecido la penetración y difusión en Roma de la medicina griega por medio de medidas indirectas, encuadrables en la categoría genérica de privilegios, privilegia. Así, conforme subraya SUETONIO, Iulius 42, Cesar concede la ciudadanía romana, *donatio civitatis*, a los extranjeros que ejercen la medicina en Roma y lo soliciten, y a quienes sin vivir en Roma, se instalen en la ciudad para ejercer la actividad médica, lo que convierte al núcleo urbano romano en una referencia en la época de difusión de la medicina.

Augusto confirma la política sanitaria de Cesar, al tiempo que configura los antiguos privilegios como ventajas establecidas a favor de personas o grupos de personas, a las que se accede mediante un procedimiento, y a las que se otorga la denominación de beneficios, beneficia.

Así conforme nos relatan SUETONIO, AUGUSTUS 42.3, y OROSIO, en su Historia del mundo, entre las medidas adoptadas durante la carestía del año 10 a.C., se encuentra la expulsión de todos los extranjeros, excepto los médicos libres. Por su parte, DION CASIO nos informa que AUGUSTO establece, en el año 23 a.C., la exención de todo tributo a un médico oriental, Antonio Musa, que lo había curado de una grave dolencia hepática, lo que hace extensivo a todas aquellas personas que se dediquen al oficio de la medicina, lo que implica la concesión de un beneficio a toda una categoría de personas por el hecho de ejercer una determinada profesión[1].

Mientras que los privilegios, privilegia, hacen referencia a disposiciones específicas, que carecen, o adolecen, de una justificación o abstracción suficiente, y tienen por finalidad beneficiar, o bien con posterioridad también perjudicar, a personas o grupos concretos, el *ius singulare*, hace referencia a normas que se justifican por la *aequitas* o a la *utilitas*, así el testamento de los militares o los codicilos, en los que se prevé la exención del cumplimiento de determinadas formalidades. Por su parte, con la expresión *ius commune* se alude a la aplicación, con carácter general, de las normas a los miembros de una comunidad.

Los beneficios, se encuadran en el *ius singulare* y su denominación obedece a que constituyen una ventaja, *beneficium*, reconocida por la ley a aquellas personas que se encuentren en una situación determinada y, por regla general, lo solicitan, así el *beneficium inventarii*.

III. SUCESIÓN HEREDITARIA DEL ESTADO

La consideración del Estado como sucesor a título universal, *in heredis loco,* de los bienes de una herencia que queda vacante y sin dueño, tiene su origen en la legislación de Augusto, y se configura como una norma que re-

sultará determinante en la regulación del derecho sucesorio del Estado en las modernas codificaciones[2].

Se considera la legislación caducaria de Augusto[3], la *sedes materiae* de la que parte la consideración de la adquisición del Estado como *in heredis loco,* así en la *Lex Iulia* de *maritandis ordinibus,* del 18 a.d.C., que es modificada por otra de igual nombre del año 4 a.d.C., y en la *Lex Iulia et Papia Poppea,* del 9 a.d.C., que contemplan distintos beneficios para los casados, así como la posibilidad de determinar excepciones por el Senado y el Príncipe.

Los *caduca* eran bienes o porciones hereditarias que, por diversas causas, no habían sido adquiridos por los llamados a su titularidad y que no podían serlo, a los que se unían otras situaciones en las que el obstáculo o imposibilidad era de tipo legal, y que, por ello, tales bienes eran atribuidos al *aerarium populi romani,* en principio, y después al *fiscus Caesaris*.

A los *caduca* se asimila también la situación de los *bona vacantia* y de la *hereditas* cuando no existen herederos civiles o *bonorum possessores pretorios*.

Se considera por algunos autores que el derecho del Estado a la adquisición de las distintas categorías de bienes presenta un marcado carácter publicístico, basado en la soberanía, lo que no obsta para subrayar que la institución de referencia se privatiza tomando numerosos elementos de las disposiciones reguladoras de la esfera sucesoria, que permiten atribuir al *aerarium* y, con posterioridad, al *Fiscus* la posición *in heredis loco*.

IV. POSICIÓN DE LOS JURISTAS EN RELACIÓN CON EL *IUS PUBLICE RESPONDENDI EX AUCTORITATE PRINCIPIS*

En un texto atribuido a PAPINIANO en D. 1.1.7.pr., y referido las fuentes del Derecho desde Augusto, se afirma que: «Es derecho civil el que dimana de las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos, los decretos de los príncipes y la autoridad de los jurisconsultos».

Augusto otorga, por primera vez en la historia del Derecho, el carácter de fuente del derecho a las opiniones de determinados juristas, que se consideran de aplicación obligatoria por los tribunales, dando origen a lo que se denomina el *ius publice respondendi ex auctoritate principis*, es decir, el derecho de responder de forma pública con respaldo en la autoridad del Príncipe[4].

Las opiniones de estos juristas, directamente aplicables por los jueces en los casos controvertidos, suponen el cénit del reconocimiento jurisprudencial, quizás en toda la historia del Derecho.

Es probable que el parecer de los juristas a los que era atribuido el *ius publice respondendi* habría pasado de tener un superior valor respecto de los otros juristas, a tener carácter vinculante para el juez, y que el *ius respondendi* haya sido un beneficio que se otorgaría, en su caso, por el Príncipe previa solicitud de los juristas.

Si bien es objeto de debate tanto la finalidad de su concesión, como el alcance o grado de obligatoriedad de las respuestas, en los supuestos de litigios, para los jueces, parece cierto que a partir de un rescripto de Adriano, si la opinión de los juristas era unánime sobre una determinada cuestión, el juez debía necesariamente seguirla a la hora de dictar sentencia. Si, por el contrario, la cuestión era controvertida en la jurisprudencia *(ius controversum),* el juez tendría libertad de decisión[5].

Así en GAYO, en Instituciones 1.7, se afirma a propósito de las opiniones de los juristas: «Respuestas de los prudentes son las sentencias y opiniones de aquellos a los que les está permitido crear derecho. Cuando las sentencias de todos ellos son unánimes, su contenido obtiene fuerza de ley; pero si disienten, el juez puede seguir la sentencia que le plazca, y así consta en un *rescripto* del divino Adriano».

Asimismo, al *ius respondendi* se refiere POMPONIO en D. 1.2.2.49: «Digamos de paso que, antes de los tiempos de Augusto, los príncipes no daban el derecho de responder oficialmente, sino que aquellos que se sentían con confianza por sus estudios para realizar esta labor, respondían a los que les consultaban, y no daban sus respuestas firmadas, sino que las más de las veces ellos mismos las escribían a los jueces, o las referían con testigos los mismos que les consultaban. Augusto, de consagrada memoria, fue el primero que, con el fin de que hubiera un derecho de más autoridad, determinó que respondieran en virtud de la autoridad del príncipe y desde aquel tiempo comenzó a solicitarse esto como un beneficio. Por ello, el óptimo príncipe Adriano, al solicitarle unos de rango pretorio que se les permitiera dar respuesta contestó en un rescripto que tal cosa no se solicitaba, sino que solía darse y, por tanto, si alguien tenía confianza en sí mismo «para asumir esa función», él estaba encantado de que el tal se preparase para dar respuestas al pueblo, "si alguno quería acaso consultarle"».

Como contrapunto del reconocimiento a la labor jurisprudencial por parte de Augusto, hay que afirmar asimismo que la independencia de los juristas del poder político propia de la etapa republicana comienza a quebrantarse con Augusto, quien sigue una hábil política de asesoramiento y consulta a los más prestigiosos juristas de su época, que culmina en el otorgamiento de la autorización o respaldo para emitir respuestas o dictámenes a determinados juristas a los que se reconoce la *auctoritas* del propio Príncipe.

Parece claro que el *ius respondendi* coarta la libertad jurisprudencial en el ámbito de los *responsa,* aunque no en toda la restante actividad y literatura escrita de la jurisprudencia.

MAGDELAIN distingue entre juristas beneficiados, dotados del *ius publice respondendi,* y juristas no beneficiados, que o bien emiten respuestas sin la *auctoritas* del Príncipe, o bien dedican su labor a la enseñanza o a escribir obras sobre la ciencia del Derecho[6].

En la época de Augusto destacan, entre otros juristas: Labeón, que se caracterizó por su independencia, su amplia cultura y su oposición al régimen de Augusto. Dedicaba seis meses al año a estudiar y seis a enseñar y asesorar. Su obra científica asciende a 400 publicaciones. Sus escritos más conocidos son las respuestas dadas a las preguntas jurídicas que se le planteaban. Fue un prestigioso maestro del Derecho.

Capitón: partidario del régimen de Augusto. Dedica parte de su producción al estudio de la relación entre Derecho y religión. Sus libros *de iure pontificio,* son una prueba de ello, y

Sabino: discípulo de Capitón, pertenecía al orden ecuestre, fue uno de los primeros juristas a los que se reconoció el *ius publice respondendi*. Su obra más conocida son los Tres libros de Derecho civil, que constituye una exposición sistemática y concisa de todo el Derecho civil vigente. Fue esta una obra muy estudiada y comentada en los siglos posteriores. Le dio nombre a la escuela Sabiniana.

En relación con el contenido del *ius civile* la labor de los jurisconsultos cobra a partir de Augusto un papel de especial relevancia. A los juristas se les atribuye la condición de fundadores del Derecho civil, *«fundaverunt ius civile»*.

Si bien se llega a afirmar por Pomponio que el *ius* consiste solo en la interpretación de los juristas, D. 1.22.12: *«ius civile quod sine scripto venit compositum a prudentibus»,* a mi juicio, la labor del jurista es de integración del *ius civile*, de interpretación creadora sobre la base del respeto al sistema jurídico en su conjunto, deduciendo del mismo aspectos no contenidos de forma literal en sus normas, que no puede transgredir.

La labor integradora e interpretativa del jurista no consiste, en principio, en especular teóricamente sobre la norma, sino en resolver los problemas jurídicos que se le plantean, salvo que la lógica abstracta especulativa le resultase útil para dar una solución al caso concreto.

La lógica jurídica contenida en las opiniones de los juristas, la depuración de los conceptos y las ajustadas y equitativas soluciones a los conflictos planteados, son unánimemente consideradas como la mayor demostración del genio jurídico romano, y constituyen la base sobre la que se asienta la dogmática jurídica moderna.

V. *LEGES IULIAE IUDICIORUM PRIVATORUM ET PUBLICORUM*. LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA. EL INICIO DE LA *COGNITIO* EXTRAORDINARIA. LA *IURISDICTIO* VOLUNTARIA

La regulación del proceso formulario, así denominado por el escrito que recoge el desarrollo del procedimiento, se contiene en la *lex Iulia de iudiciis privatis,* de ordenación de los juicios privados, del 17 a.C., aprobada en tiempo de Augusto[7].

La *lex Iulia de iudiciis publicis,* del 17 a.C. regula el procedimiento criminal de las *quaestiones perpetuae*. Crea cuatro tribunales integrados, cada uno de ellos, por cien jueces, cien senadores, cien caballeros, un órgano judicial mixto de senadores y caballeros, y un cuarto tribunal formado en su mayoría por *equites*[8].

Las dos leyes mencionadas, aprobadas el mismo año 17 a.C., suelen citarse bajo la denominación de *Leges Iuliae de iudiciis privatis et publicis*[9].

La denominación de *cognitio extra ordinem* obedece a que la tramitación procesal, en determinados asuntos, no se regía por la normativa de los juicios ordinarios, *ordo iudiciorum*, relativa básicamente al procedimiento formulario, sino a una tramitación singular de los procedimientos, de ahí *extra ordinem*.

Los primeros supuestos de *cognitio extraordinaria* de los asuntos traen consigo la novedad de que el juez encargado de dictar la sentencia ya no es elegido por las partes, ni sorteado ante el magistrado, y se regulan asimismo por primera vez en época de Augusto, a través de una fórmula intermedia consistente en la designación de un juez, *iudex datus,* por parte del magistrado, probablemente para conocer determinados supuestos que hasta entonces no eran más que obligaciones morales y, por tanto, no exigibles ante los Tribunales[10].

Estos primeros asuntos que se tramitan conforme al nuevo procedimiento son aquellos que o bien no se encontraban protegidos por la jurisdicción pretoria, o bien consistían en relaciones que daban lugar tan solo a obligaciones morales o naturales, como los fideicomisos, las prestaciones de alimentos entre parientes, las reclamaciones de honorarios por los profesionales liberales, los codicilos, los bienes vacantes, *bona vacantia*, por falta de capacidad de los herederos o por inexistencia de estos, las reclamaciones por testamento inoficioso, los asuntos sobre el estado de las personas, las reclamaciones de los pupilos frente a sus tutores, etc. En estos supuestos, el príncipe, y posteriormente el emperador, procedía a nombrar magistrados, pretores o cónsules, que solo en la denominación se asemejaban a los magistrados republicanos de este nombre.

En el sentido iniciado por Augusto, se estableció que las cuestiones relativos a fideicomisos y tutela fueran sustanciadas necesariamente ante magistrados específicos, así los *praetores fideicomissarius*, instituidos por Claudio, con jurisdicción en la cuestiones y litigios sobre los mismos y el *praetor tutelarius*, con competencia para el nombramiento de tutores y en asuntos relativos a tutelas, también previsto por Claudio, lo que supuso un paso adelante en la profesionalización de la Administración de Justicia y la apuesta por la especialización de los titulares encargados de conocer las materias objeto de su competencia.

El absolutismo imperial, instaurado de forma progresiva en la vida política, se manifiesta, en definitiva, en el nombramiento de magistrados jurisdiccionales por los distintos emperadores, lo que supuso un manifiesto retroceso histórico respecto a los logros de independencia judicial y libertad de la república, y una absorbente asunción de funciones legislativas, ejecutivas y judiciales por el poder constituido.

La implantación paulatina del procedimiento extraordinario, caracterizado por la ausencia de la bipartición en dos fases, ante el magistrado y ante el juez, supuso la relegación del procedimiento ordinario escrito mediante formulario. En el nuevo proceso, que acabó por configurarse como la forma ordinaria de resolución de los litigios, toda la tramitación se desarrolla ante un magistrado-juez, funcionario público, órgano de la Administración del Estado, que es el encargado asimismo de dictar la sentencia. No obstante, el proceso formulario se mantiene formalmente en vigor durante toda la época clásica y ha de esperarse a una Constitución del año 342, de Constantino y Constante, para que se proceda a la derogación formal de este tipo de procedimiento, si bien desde el siglo II, en provincias, y desde el siglo III, en Roma y en Italia, se habría ido produciendo una desaparición progresiva del procedimiento formulario.

En época de Augusto, la regla general, sin embargo, continua siendo, la sustanciación del proceso en dos fases, una primera ante el Magistrado, *in iure*, que encauza el litigio, y la segunda ante un juez privado, *apud iudicem* elegido por las partes o sorteado ante el magistrado, entre los integrantes de un listado de jueces.

En las mencionadas *Leges Iuliae de iudiciis privatis et publicis* de Augusto, se dispone que podía ser juez —tanto si se ostentaba esta función a título individual, como si se desempeñaba como miembro de un órgano colegiado— cualquier ciudadano romano, de buena reputación, en el pleno uso de sus facultades mentales y con una edad mínima, que para los jueces unipersonales elegidos por las partes era de 20 años y para los jueces incluidos en la *album* judicial elaborado por el pretor urbano, era de 25 años, lo que supuso una rebaja de la edad de 30 años fijada con en la legislación anterior para poder desempeñar el oficio de juez, *officium iudicis*.

En relación con la *iurisdictio* voluntaria cabe subrayar que en la *Lex Iulia de iudiciis privatis* de Augusto, que revoca, con mínimas excepciones, el proceso de las *legis actiones* mantiene su vigencia de la antiguas legis actiones, en relación con los supuestos que Marciano denomina de *iurisdictio* voluntaria[11], lo que hace pensar, como ha señalado Girard, que probablemente Augusto haya introducido un regulación de conjunto de la jurisdicción voluntaria en estas leyes[12].

VI. TRIBUTACIÓN Y FINANZAS PÚBLICAS

La conformación del sistema financiero basado, de forma preferente, en la tributación, se consolida, en buena medida, con la creación de las provincias, al quedar sus habitantes gravados con impuestos y cargas de diversa índole, exigibles en metálico y en especie, de los que quedaron exentos, en numerosas ocasiones, los residentes en Roma y en la península itálica[13].

Al frente de la administración financiera, y de la gestión de los bienes públicos propios de cada provincia, se encuentra un *quaestor provincialis*. A partir del Principado de Augusto[14], la figura del *quaestor* se mantiene en las provincias senatoriales y es sustituido, en las provincias imperiales, por un *procurator Augusti*.

La reorganización provincial de Augusto[15] supone asimismo el transvase de los yacimientos minerales al *Fiscus Caesaris*, y la atribución de su administración a un procurador *metallorum*, con jurisdicción en el distrito minero[16].

La carestía de alimentos del año 22 a.C. lleva a Augusto a instaurar un sistema de atribución gratuita de reparto de trigo y a atribuir la competencia a dos pretores[17]. Con posterioridad crea Augusto la figura del *prafectus annonae*, en torno al año 6 d.C., con competencia para reunir y almacenar el trigo necesario para el abastecimiento de Roma. Las otras grandes prefecturas creadas por Augusto en el marco de la Administración ciudadana las denominas: *urbi, praetorio, vigilum* y *Aegypti*[18].

Entre los impuestos introducidos, o reformados, por Augusto, cabe destacar:

— La *centessima rerum venalium* o *auctionum*, podría considerarse una especie de IVA romano. Era un impuesto sobre la compraventa de productos. Consistía en un gravamen del uno por ciento sobre el precio de determinadas mercancías objeto de venta, como la sal, que se vendía en régimen de monopolio, o las cosas enajenadas en pública subasta, y q era recaudado por los propios subastadores[19].
— La *vicessima hereditatis*. Consistía en el pago al *aerarium militare* del 5 por ciento del importe de las herencias, que recaudaban los publicanos. Gravaba solo a los ciudadanos romanos y estaban excluidos de él los ascendientes y descendientes del fallecido. Introducida por la *Lex Iulia de vicessima hereditatium*, establece que el acto de apertura del testamento debe hacerse en la propia oficina de percepción del impuesto.

VII. CONFORMACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE POLICÍA

La configuración de la labor de policía como un servicio público, incardinado en el aparato administrativo estatal, es obra, en buena medida, de Augusto, que establece las bases de la policía urbana y provincial, con un criterio de jerarquía, de unidad de acción y de dirección permanente.

La labor de la policía augustea se desarrolla en dos campos de actuación estrechamente interrelacionados: un ámbito externo de investigación o espionaje, propio de la policía imperial o palatina, cuya dirección se atribuye al prefecto del pretorio o al *Magister Officiorum,* y un ámbito urbano, municipal o colonial,

que comprende labores de orden y vigilancia local, bajo la dirección del Prefecto de la ciudad y de los Prefectos de las distintas localidades[20].

VIII. *TESTAMENTI FACTIO* PASIVA, FIDEICOMISOS, APERTURA DEL TESTAMENTO, CODICILO Y ADQUISICIÓN DE LOS LEGADOS

En materia hereditaria, Augusto introduce diversas reformas en relación con la capacidad para suceder en testamento, *testamenti factio* pasiva, los fideicomisos, la apertura del testamento, el codicilo y la adquisición de los legados.

En materia de capacidad para ser instituido heredero o legatario en un testamento son de aplicación unas leyes de Augusto aprobadas en los comicios con la finalidad de aumentar la natalidad y moralizar la ciudad romana, la *Lex Iulia de maritandis ordinibus,* 17 a.C. y la *Lex Papia Poppea*, 9 d.C., en virtud de las cuales se establece que los *caelibes,* entendiendo por tales las personas solteras, varones entre 25-60, y mujeres entre 20-50, no pueden ser instituidos herederos, y los o*rbi,* de mismas edades, en los que se comprende el varón casado, pero sin hijos, y la mujer con menos de 3 hijos ingenuos o 4 libertos, solo podrán recibir la mitad de la herencia[21]. En el Derecho postclásico desaparecieron las limitaciones al respecto que impuestas por Augusto.

En estrecha relación con la capacidad para suceder se encuentra la institución del fideicomiso, por la que se entiende la disposición de última voluntad confiada, *fideicommittere*, por el testador, fideicomitente, a la buena fe y lealtad de una persona de confianza, heredero fiduciario, para que este ejecute el encargo consistente en disponer de todo o parte de la herencia, o de bienes determinados de la misma, a favor de un tercero, fideicomisario[22].

Los fideicomisos se utilizaban, en ocasiones, para realizar disposiciones de última voluntad a favor de personas que carecían de la *testamenti factio* pasiva, así para burlar las leyes de Augusto respecto de la capacidad para recibir por herencia los solteros o casados sin hijos.

En principio los fideicomisos, basados en la *bona fides*, carecían de tutela jurídica. A partir de Augusto dichos fideicomisos podían ser exigidos a través de la *cognitio extra ordinem*. La competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los fideicomisos fue atribuida por Augusto a los cónsules. Claudio, por su parte, creó la figura de los pretores fideicomisarios, en número de dos, que fueron reducidos a uno a partir de Tito.

En materia de apertura del testamento, se estableció una normativa específica a partir de Augusto, ligada a la aplicación de la *vicesima hereditatum* o impuesto de sucesiones, conforme a la cual la apertura debía hacerse en lugar público, debían intervenir todos o la mayoría de los testigos, *signatores,* para que reconociesen sus sellos y, a continuación, procederse a la apertura del tes-

tamento, y a la lectura pública de su contenido, *recitatio*. Todo el procedimiento se documentaba por escrito[23].

La institución del codicilo surge en época de Augusto como un documento anexo al testamento. Es una carta o documento escrito sin sujeción a forma, que contenía, en principio, fideicomisos encargados a la buena fe de una persona (fiduciario) y a favor de otra (fideicomisario) y no podía contener una institución de heredero[24].

En materia de adquisición de los legados, la jurisprudencia republicana distinguió a estos efectos entre el *dies cedens* y el *dies veniens*.

El *dies cedens* coincide con la muerte del testador, si bien Augusto lo retrasó al momento de apertura del testamento, y es el día en el que el legado comienza a producir efectos. El legatario adquiere desde entonces un derecho al legado transmisible a su vez a sus herederos, salvo que el legado estuviere sujeto a condición o término suspensivo, en cuyo caso el derecho nace cuando se cumpla la condición o el término[25].

El *dies veniens* coincide con la aceptación de la herencia por el heredero. A partir de ese momento, el legatario adquiere el legado y puede ejercitar la correspondiente acción judicial[26].

IX. REGISTRO DE NACIMIENTOS

En materia de derecho de personas, cabe señalar que el registro de nacimientos como oficina pública de Registro Civil fue creado por Augusto, en cuyo tiempo se estableció la obligación de registrar los hijos legítimos, exigencia que se extendió a los no legítimos en el siglo II d.C. Los progenitores podían exigir en el Registro, un testimonio acreditativo de la inscripción, en el que constaba los nombres y la ciudadanía de los padres y de la persona nacida, y la fecha del nacimiento[27].

X. ASOCIACIONES

En materia de asociaciones, cabe afirmar que, parece probable, dada la ausencia de fuentes o noticias al respecto, que hasta finales de la república, las asociaciones se hayan constituido, con carácter general, por obra de la libre iniciativa privada, sin necesidad de una previa autorización estatal mediante la que se procediese al control del cumplimiento de los requisitos señalados, si bien la personificación jurídica, en el ámbito de su autonomía patrimonial, no parece que pueda predicarse de las asociaciones republicanas, salvo quizás en el caso de las sociedades de publicanos[28].

Las primeras muestras de intervencionismo de la autoridad estatal se producen en el siglo II a.C., a propósito de la abolición y represión de las aso-

ciaciones constituidas para el culto al Dios Baco, al entender que se habían contravenido las leyes públicas y atentado contra el orden público. En el año 64 a.C. se dicta una senadoconsulto conforme al cual, se consideran disueltas todas las asociaciones, salvo las que persiguiesen fines de utilidad pública, con la finalidad de preservar el orden público, puesto en peligro por las actividades políticas de todas las asociaciones.

Mediante una *Lex Iulia de collegiis*, de fecha y autoría discutidas, si bien parece probable que haya sido aprobada en época de Augusto, el 21 a.C., se establece que:

a) Quedan disueltas todas las asociaciones, salvo las de mayor antigüedad y reconocimiento en leyes públicas.
b) Las futuras asociaciones requieren una autorización individualizada del Senado para su constitución.
c) Se requiere asimismo que el Príncipe, o con posterioridad, los gobernadores provinciales, otorguen su conformidad con la autorización senatorial.

A finales del siglo I, se restableció, en época de Augusto, mediante ley pública o senadoconsulto, del año 8 a.C., la libertad de asociación, al tiempo que se reintegra a la legalidad a las asociaciones disueltas.

El progresivo fortalecimiento de la capacidad de las asociaciones en el marco de las relaciones patrimoniales y de representación, es constante a lo largo de toda la etapa clásica, si bien no cabría hablar de un desarrollo uniforme de la capacidad de todas estas entidades, que acaba desembocando en una equiparación con la personalidad jurídica de las ciudades, así en D.4.1.1.: «Los colegios, sociedades o cualquier otra corporación, tienen, como si fueran una ciudad, bienes comunes, caja común y un apoderado o síndico, por medio de quien, al igual que en una ciudad, se trate y haga lo que deba hacerse y tratarse en común» y en D. 3.4.7. pr: «Al igual que se puede conceder acción a favor de un municipio, reconociéndole a sus representantes legitimación para ejercitarla, así también creo que debe concederse acción contra el municipio, la cual deberá dirigirse contra sus representantes…».

XI. DELITOS DE APROPIACIÓN DE COSAS PÚBLICAS, FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS O DE MONEDA Y DESVIACIÓN DEL DINERO PÚBLICO

En el marco del crimen de *peculatus*, consistente en la apropiación, o el abuso, por parte de un funcionario público o de un particular, de cosas públicas, sagradas o religiosas, así como la falsificación de moneda o de documentos públicos, se atribuye al impulso de Augusto la aprobación de una ley rogada,

la *Lex Iulia de peculatu et de sacrilegiis,* promulgada el año 8 a.C., que supone la actualización de una ley del mismo contenido votada a instancia de Julio Cesar[29].

Asimismo en el ámbito del crimen de *peculatus*, se atribuye al impulso de Augusto la aprobación de una ley rogada específica reguladora delito de *residuis* consistente en la retención de dinero público, o bienes públicos, que destinados a una finalidad específica no se le da el destino previsto, con la particularidad de que en el caso de fallecimiento del autor del hecho delictivo, la acción penal puede dirigirse contra los herederos, en la medida en que se hayan beneficiado, así en sentencias de Paulo 5.27, D. 48.13 y CJ 9.28[30], se preveía que si el dinero público o los bienes públicos no se restituían y se aplicaban a la finalidad prevista, pasado el plazo de un año, la pena pecuniaria aplicable consistía en el triplo del importe dinerario o del valor de los bienes retenidos[31].

BIBLIOGRAFÍA

AGUDO, *Los privilegios de los médicos en el derecho romano,* Ius Fugit, 8-9 Zaragoza, 2001, pp. 226 y sigs.

ÁLVAREZ SUÁREZ. U. (1942). El principado de Augusto: interpretaciones de la Constitución augustea, *Revista de estudios políticos,* 7-8.

APARICIO PÉREZ, A. (2006). *Las grandes reformas fiscales del Imperio Romano:(reformas de Octavio Augusto, Diocleciano y Constantino)*. Universidad de Oviedo.

ARANGIO RUIZ, V. (1938). La legislazione, [en] Augustus. *Studi in occas*. *Del bimillenario augusteo,* Roma, pp. 101-146 (=Scritti di Diritto Romano, vol. III, Nápoles, 1977).

ARCHI, G. A. (1981). Interesse privato e interesse pubblico nell'apertura e pubblicazione del testamento romano, *Scritti* 2.

ASTOLFI, R. (1965). I beni vacante e la legislazione caducaria, BIDR 68.

BELL H. (1937). A latin registration of Birth, *JRS*, 27.

BESNIER, R. (1949). L'application des lois caducaires d'Auguste d'après le Gnomon de l'Idiologue [en] L. Caes, R. Dekkers, R. Henrion, (eds.): *Mélanges F. De Visscher* 2. [=(1949):*RIDA* vol. 2].

BONFANTE P. (1925). *Corso de Diritto romano I. Diritto di famiglia,* Roma.

BRAVO BOSCH, M. J. (2008). La reorganización administrativa de «Hispania» con César y Augusto, *Revue internationale des droits de l'antiquité* 55.

BUSTELO, A. (1996). *Dies incertus*, Santiago de Compostela.

— (2009) Annus inceptus pro completo (non): habetur?, [en] C. Russo Rugeri, (ed.) *Studi in onore Metro* 1.

CAGNAT, (1883): *Étude historique sur les impôts indirects chez les romains*, París.

CALDELLI M. L., PETRACCIA M. F., RICCI, C. (2012). Praesidia urbis et Italiae. I mestieri della tutela e della sicurezza, [en] C. Wolff (ed.) *Le meteri de soldat dans le monde romain,* Lyon.

CAMACHO DE LOS RÍOS, F. (1995). *Vectigalia*: contribución al estudio de los impuestos en Roma, Universidad de Granada.

— (2007). Vectigal incertum, *Revista General de Derecho Romano*, 8.
CAPPONI, S. y MENGOZZI, B. (1993). *I vigiles dei Cesari. L'organizzazione antincendio nell'antica Roma*, Roma.
COLI, U. (1973). Collegia e sodalitates. Contributo allo studio dei collegi nel diritto romano, *Scritti di diritto romano* 1.
CRAVIOTO, E. y GARCÍA GARCÍA, I. (2009-2010). En torno a la medicina romana, *Hispania antiqua* 33-34.
CUQ, E. (1929). *Les lois d'Auguste sur les déclarations de naissance,* Mélanges Fournier.
DE LAS HERAS, G. (1989). *El régimen jurídico-político de Augusto en el marco de la crisis republicana: ¿revolución o reforma?* Albacete.
DE ROBERTIS, F. (1970). Autonomía statutaria e personificazione giuridica nel regimen associativo romano. *Etudes offertès a Jean Macqueron,* Aix en Provence.
FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2006). *Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano,* Madrid.
— (1986). *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 3.ª ed. 1999.
— (2000). *La Jurisdicción Voluntaria*, Pamplona.
— *Derecho Público Romano,* Civitas 2014, 17.º ed., capítulo XII.
FUHRMANN, Ch. R. (2012). *Policing the roman empire. Soldiers, administration and public order*, Oxford.
FUENTESECA, P. (2006). La eficacia vinculante de los responsa prudentium romanos, AFDUDC 10.
GALLO, F. (1985). L'uomo e il diritto (a proposito di una *rivisitazione di Augusto*), *SDHI* 51.
GAUDEMET, G. (1970). Sobre la Nov. III *de bonis vacantibus*, de Antemio, Etudes Macqueron, 1970.
GALINSKY, K. (1981). *Augustus Legislation on Morals and Marriage,* Philologus 125.
GENZMER, (1962). La genese du fideicommis comme institution juridique, *RHD* 40.
GIRARD, F. (1913). Les *leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum*, ZSS, 34.
GNOLI, (1973). Sulla repressione penale della ritenzione di 'pecunia residua' nella lex Iulia peculatus, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere 107.
GIRARD (1913). Les *leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum*, *ZSS* 34.
GIOFREDI, C. (1947-1948). *Ius, lex praetor*, *SDHI*, 13-14.
GIODICE-SABBATELLI, V. (1993). *La tutela giuridica dei fedecommessi tra Augusto e Vespasiano,* Bari.
GIUFFRE, V. (1996). *Letture e ricerche sulla res militaris*, Napoli.
GNOLI, F. (1979). *Ricerche sul* crimen peculatus, Milano.
— (1975). Cic, Nat deor, 3,74 e l'origine della *quaestio perpetua peculatus*, *RIL*, 109.
GOZALBES CRAVIOTO, E. (1996-1997). Los baños y la curación de Octavio Augusto en Tarraco, [en] Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED, (eds). *Termalismo antiguo: I Congreso peninsular*, La Rioja.
HERRERA BRAVO, R. (2000). *Bona vacantia* y sucesión a favor del Estado en el Derecho Romano y su recepción en el Derecho Histórico Español, [en] Ramón Herrera Campos (coord.): *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada 2*.
— (2003). Ius fisci. *Aspectos históricos sobre la formación de una categoría jurídica*, [en] A. Fernández de Buján, (dir.) G. Gerez Kraemer E., *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano II*, Madrid.
HUMBERT, *bona vacantia,* DS, 1, 1969.

HURLET, F. (2001). Les auspices d'Octavien/Auguste, [en] C. Nicolet (coord.). Cahiers du Centre G. Glotz: *Revue d'histoire ancienne,* núm. 12.
IMPALLOMENI, G. B. Prospettive in tema di fedecommesso, *Conferenze romanistiche* 2.
JÈZE, G. (1894). *Les registres de naissance à Rome*, *RGDLS* 18.
KASER M. (1953). Die *lex Aebutia*, [en] V. Arangio-Ruiz; G. Lavaggi (eds.), *Studi Albertario, 1*.
— (1996). *Das römisches Zivilprozessrecht*, München.
KIENAST, D. (1999). Prinzeps und Monarch, Darmstadt.
KING, H. (2002). *Greek and Roman Medicine*. Reprint. Classical World Series. Bristol.
LANFRANCHI, F. (1951). *Ricerche sul valore giuridico delle dichiarazioni di nascita in diritto romano*, 1951, Modena.
LAURIA, M. (1934). *Aspetti ed effetti della* cognitio extraordinem, Nápoles.
LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, (2004). *Historia de Roma,* Madrid.
LUZZATTO, G. I. (1965). *Il problema d´origine del processo extra ordinem*, 1. Bolonia.
MAGDELAIN, A. (1950). *Ius respondendi*, *RHDFE* 29.
MALDONADO, E. (2002). *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*: Leyes de familia del emperador César Augusto, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* 14.
MANTOVANI, D. (2008). *Leges et iura p(opuli): R(omani): restituit*. Principe e Diritto in un aureo di Octaviano. *Athenaeum*, 96.
MARQUART, J. (1888). *Manuel des antiquités romaines*. *X. L'organisation financiere chez les romains*, París.
MARTINI, R. (1968). Sulla presenza dei *signatores* all'apertura del testamento, *Studi in onore di G. Grosso* 1.
MASCHIN, N. A. (1978). *El principado de Augusto*. Madrid.
MÉNDEZ DE FRABOSCHI, A. (1971). Evolución al Imperio. Augusto sociológicamente patrono y jurídicamente *tutor.* Fundamento jurídico-político del Principado. *Anales de historia antigua y medieval* 16.
METRO, A. (1979). *Studi sui codicilli,* 1.
MUÑOZ VALLE, I. (1969). La esencia del principado de Augusto como forma de gobierno. *Revista de Ciencias Humanas y Sociales*. 27 núm. 52.
NAQUET, H. (1875). *Des impôts indirects chez les romains sous la Republique et sous l'Empire*, París.
ORESTANO, R. (1938). Augusto e la *cognitio extra ordinem*, *SUC* 26.
PAVIS D'ESCURAC, J. (1976). *La prefecture de l'annonae service administratif imperial d'Auguste a Constantin*, Roma.
PIQUER MARÍ, J. M. (2009). La revocación tácita de legados por venta de cosa legada, en RGDR, 13.
PROVERA, G. (1964). La vindicatio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale romano, Torino.
PUGLIESE, G. (1963). *Il processo civile romano*, II, Milán.
RAAFLAUB, K. A. (1987). Die militaerreformen des Augustus und die politische problematik des fruehen Prinzipats, en *Saeculum Augustum* 1, 1987.
RADITSA, L. F. (1980). Augustus' legislation concerning marriage, procreation, love affairs and adultery, *ANRW*, 2.13.

RAMPAZZO, N. (1997). Ordine Pubblico, lotta politica e coercitio in Roma *antiqua*, Index 25-26.
RATHBONE, D. W. (1993). *Egypt, Augustus and Roman Taxation*, [en] C. Nicolet (coord.). *Cah. Centre G. Glotz* 4.
RICCI, C. (2011). *In custodiam urbis*. Notes on the *cohortes urbanae*, *Historia,* 60, 2011.
ROBINSON, O. (1977). Fire prevention at Rome, *RIDA* 24.
RICCOBONO, (1949). *Cognitio extra ordinem*. Nozioni e caratteri del *ius novum*. RIDA 3.
RODRIGUEZ ENNES, L. (2004). *Gallaecia*: romanización y ordenación del territorio. Madrid Iustel.
ROLDÁN, J. M-BLÁZQUEZ J. M.-DEL CASTILLO, A. (1999). *Historia de Roma. Tomo II, El Imperio Romano*. Madrid.
SABLAYROLLES, R. (1996). *Libertinus miles. Les cohortes de vigiles*, París.
SÁNCHEZ-MORENO ELLART, C. (2002). *Professio Liberorum: las declaraciones y los registros de nacimiento en Derecho Romano, con especial atención a las fuentes papirológicas*, Madrid.
SÁNCHEZ-MORENO ELLART, (2004). Notes on some new issues concerning the birth certificates of roman citiziens, *JJP* 34.
SANTALUCIA, B. (1994). *Studi di diritto penale romano*, Roma.
— (1999). Augusto e i iudicia publica, *ACOP* 8.
SCHERILLO, (1960). *Lezioni sul processo. Introduzioni alla* cognitio extra ordinem, Milán.
SCHULZ F., Roman register of birth and birth certificates, *JRS,* vol. 32-33, 1942, pp. 78-sigs. [=*BIDR*, 55-56, 1951].
SOMMER, OT. (1913). *Dies cedens*, *ZSS* 34.
SPAGNUOLO VIGORITAT. (2012). Joersiana IV: Livia, Augusto e il Plebiscito Voconio», *Index* 40, 2012.
STOLFI, R. (2011). *Giuristi e officium: l´elaborazione giurisprudenziale di regole per l´esercizio del potere fra II e III secolo d.C.,* Napoli.
SYME, R. (1939). The Roman Revolution, Oxford.
TOVAR-BLÁZQUEZ J. M. (1997). Historia de la Hispania romana, Madrid.
VIÑAS, A. (2009). El régimen dictatorial y autoritario del Emperador Augusto. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid,* 19.
VOCI, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano*, 1936.
WALLACE-HADRILL, A. (2009). Family and Inheritance in the augustan marriage laws, [en] J. Edmonsohn (ed.), *Augustus*.
WATSON, A. (1970). The Early Historia of fidei-commissa, *Index* 1, 1970.
ERMINI, G. (1981). Nota sulla storia del fedecommesso, *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana* 4.
WALTZING, J. P. (1895-1900). Etude historique sur les corporations proffessionelles chez les Romains. 1-4, Lovain.
WERNER, E. (2009). The administrative reforms of Augustus: pragmatism or systematic planning?, [en] J. Edmondson ed *Augustus* Edimburgo.
WIEACKER, F. (1985). Respondere ex auctoritate principis [en], J. A. Ankum, J. E. Spruit, FBJ. Wubbe eds. *Satura Feenstra oblata*, Friburgo.
ZIEGLER, S. (1964). *Zur Strafrechtsgesetzgebung des Augustus*, München.

NOTAS

[1] *Vid*., con carácter general, sobre la medicina en época de Augusto en: Gozalbes Cravioto, *Los baños y la curación de Octavio Augusto en Tarraco, Termalismo antiguo:* I Congreso peninsular: actas: Arnedillo, La Rioja, 1996-1997, pp. 241-246; AGUDO, *Los privilegios de los médicos en el derecho romano,* Ius Fugit, 8-9 Zaragoza (2001) 22e6 sigs.; Helen King. Greek and Roman Medicine. Reprint. Classical World Series. Bristol, U.K.: Bristol Classical Press, 2002; Gozalbes Cravioto y García García, En torno a la medicina romana, *Hispania antiqua,* núm. 33-34, 2009-2010, pp. 323-335.

[2] *Vid*., sobre la sucesión hereditaria del Estado, *vid*., con carácter general, en: Provera, La vindicatio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale romano, Torino 1964; Astolfi, I beni vacante e la legislazione caducaria, BIDR. 68, 1965, pp. 323 y sigs.; Humbert, bona vacantia, DS, 1, 1969, pp. 732 y sigs.; Gaudemet, Sobre la Nov. III «de bonis vacantibus», de Antemio, Etudes Macqueron, 1970, pp. 341 y sigs.; Herrera Bravo, Bona vacantia y sucesión a favor del Estado en el Derecho Romano y su recepción en el Derecho Histórico Español, Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada, vol. 2, 2000, pp. 835-841

[3] *Vid*., en Besnier, *L'application des lois caducaires d'Auguste d'après le Gnomon de l'Idiologue*, en «Mélanges F. De Visscher», vol. II, 1949, pp. 93 y sigs. [=en «RIDA», vol. 2, 1949, pp. 94 y sigs.

[4] *Vid*., al respecto en Wieacker, Respondere ex auctoritate principis, en Satura Feenstra oblata, Friburgo 1985, pp. 71 y sigs.; Stolfi, Giuristi e officium: l´elaborazione giurisprudenziale di regole per l´esercizio del potere fra II e III secolo d.C., Napoli 2011.

[5] *Vid*., en Fuenteseca, La eficacia vinculante de los responsa prudentium romanos, AFDUDC, 10, 2006, pp. 413-417.

[6] Magdelain, Ius respondendi, RHDFE, 29, 1950, pp 1-22.

[7] Así en Gayo, Instituciones, IV, 30: «Todas estas acciones de la ley, sin embargo, se fueron haciendo odiosas de forma paulatina. En efecto, por el formalismo excesivo de los antiguos que crearon estas normas jurídicas, se llegaba al extremo de que, el mínimo error que se cometiese acarreaba la pérdida del proceso. Por ello estas acciones previstas en la ley fueron abolidas por una ley Ebucia y dos leyes Julias, a partir de las cuales comenzamos a litigar mediante formularios escritos, y de ahí la denominación de procedimiento formulario», y en D. 48.14.1.4: «A las mencionadas leges Iuliae, se hace referencia en numerosas fuentes literarias, así en Suetonio, Vita Augusti, 32; Dion Casio, Historia Romana, 54,18, 2; Fragmenta Vaticana, 197 y 198.

[8] *Vid*., en Santalucia, Augusto e i iudicia publica, ACOP 8, 1999, pp. 261 y sigs.

[9] Girard, Les leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum, ZSS, 34, 1913, pp. 295 y sigs.; Giofredi, Ius, lex praetor, SDHI, 15. 1949, pp. 231 y sigs.; Kaser, Die lex Aebutia, Studi Albertario, I, 1953, pp. 25 y sigs.; Pugliese, Il processo civile romano, II, Milán 1963, pp. 19 y sigs.

[10] *Vid*., al respecto en: Lauria, Aspetti ed effetti della cognitio extraordinem, Nápoles 1934; Orestano, Augusto e la cognitio extra ordinem, Studi Cagliari, 26, 1938, pp. 151 y sigs.; Riccobono, Cognitio extra ordinem. Nozioni e caratteri del ius novum. RIDA 3, 1949, pp. 277 y sigs.; Scherillo, Lezioni sul processo. Introduzioni alla cognitio extra ordinem, Milán 1960; Pugliese, con la colabr. de Stizia y Vacca, Padova 1986; y Luzzatto, Il problema d'origine del processo extra ordinem, 1. Bolonia 1965; Kaser, Das römisches Zivilprozessrecht, München 1996; Fernández de Buján, Jurisdicción y arbitraje en Derecho Romano. Madrid 2006.

[11] *Vid*., en Fernández de Buján, Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano, Madrid 1986, 3.ª ed. 1999.; Id. La Jurisdicción Voluntaria. Civitas 2000, pp. 62 y sigs.

[12] *Vid*., en Girard, Les leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum, *cit*., pp. 368 y sigs.

[13] *Vid*., en: Werner, The administrative reforms of Augustus: pragmatism or systematic planning?, en «Augustus» (ed. Jonathan Edmondson), Edimburgo, 2009, pp. 229-249; Aparicio Pérez, Las grandes reformas fiscales del Imperio Romano: (reformas de Octavio Augusto, Diocleciano y Constantino). Universidad de Oviedo, 2006. Fue asimismo en época de Au-

gusto cuando se inició la creación de un catastro general del territorio romano, si bien hasta el Principado de Trajano no cabe considerar concluida su configuración y efectiva puesta en funcionamiento, en especial a efectos fiscales.

[14] Sobre la creación de Fiscus Caesaris en época de Augusto, *vid*., en Herrera Bravo, Ius fisci. Aspectos históricos sobre la formación de una categoría jurídica, en Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano II, Director A. Fernández de Buján, Editor Gerez Kraemer, Iustel 203, pp. 549-564.

[15] Acerca de la Hispania de Augusto, *vid*., Bravo Bosch, La reorganización administrativa de «Hispania» con César y Augusto, *Revue internationale des droits de l'antiquité,* 55, 2008, 107-13.

[16] *Vid*., en Rodriguez Ennes, Gallaecia: romanización y ordenación del territorio. Prólogo A. Fernández de Buján Iustel 2004.

[17] *Vid*., en Dion Casio, Historia Romana, LIV, 1,4, y en Pavis d'Escurac, La prefecture de l'annonae service administratif imperial d'Auguste a Constantin, Roma 1976.

[18] *Vid*., en Rathbone, *Egypt, Augustus and Roman Taxation*, en «Cah. Centre G. Glotz», vol. IV, 1993, pp. 81-112.

[19] *Vid*., con carácter general, en Naquet, Des impôts indirects chez les romains sous la Republique et sous l'Empire, París 1875; Cagnat, Étude historique sur les impôts indirects chez les romains, París 1883; Marquart, Manuel des antiquités romaines. X. L'organisation financiere chez les romains, París 1888; Camacho de los Ríos, Vectigalia: contribución al estudio de los impuestos en Roma, Universidad de Granada, 1995. Id. «Vectigal incertum», Revista General de Derecho Romano, 8 (2007).

[20] ROBINSON, *Fire prevention at Rome*, en «RIDA», vol. 24, 1977, pp. 377-388; CAPPONI - MENGOZZI, *I vigiles dei Cesari. L'organizzazione antincendio nell'antica Roma*, Roma, 1993; SABLAYROLLES, *Libertinus miles. Les cohortes de vigiles*, París, 1996; RAMPAZZO, *Ordine Pubblico, lotta politica e coercitio in Roma antiqua*, Index, XXV-XXVI, 1997, pp. 491-500; RICCI, *In custodiam urbis. Notes on the cohortes urbanae*, en Historia, vol. 60, 2011, pp. 484-508; FUHRMANN, *Policing the roman empire. Soldiers, administration and public order*, Oxford, 2012; CALDELLI - PETRACCIA - RICCI, *Praesidia urbis et Italiae. I mestieri della tutela e della sicurezza*, en «Le meteri de soldat dans le monde romain», 2012, pp. 285-299.

[21] *Vid*., con carácter general, en Fernández de Buján, Reflexiones a propósito de la realidad social, la tradición jurídica y la moral cristiana en el matromonio romano. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 10, 10, 2006, pp. 33 y sigs. y, de forma específica en, Raditsa, Augustus' legislation concerning marriage, procreation, love affairs and adultery, en «ANRW», vol. II.13, 1980, pp. 278-339; Galinsky, Augustus Legislation on Morals and Marriage, Philologus 125 (1981), 126-44; Maldonado, Lex Iulia de Maritandis Ordinibus: Leyes de familia del emperador César Augusto, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, 14, 2002, pp. 535-645; Wallace-Hadrill, Family and Inheritance in the augustan marriage laws, en «Augustus», Edimburgo, 2009, pp. 250-274; Spagnuolo Vigorita, Joersiana IV: Livia, Augusto e il Plebiscito Voconio, en «Index», vol. 40, 2012, pp. 257-270.

[22] *Vid*., en Genzer, La genese du fideicommis comme institution juridique, en «RHD», vol. XL, 1962, pp. 319-350; Impallomeni, Prospettive in tema di fedecommesso, en «Conferenze romanistiche», vol. II, 1967, pp. 277-335. [=en «Scritti di diritto romano e tradizione romanistica», Padova, 1996, pp. 153-193]; Watson, *The Early Historia of «fidei-commissa»*, en «Index», vol. I, 1970, pp. 178-183; Ermini, *Nota sulla storia del «fedecommesso»*, en «Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana», vol. IV, 1981, pp. 461-472; Giodice-Sabbatelli, *La tutela giuridica dei fedecommessi tra Augusto e Vespasiano*, Bari, 1993.

[23] *Vid*., en Martini, Sulla presenza dei «signatores» all'apertura del testamento, en Studi in onore di G. Grosso, vol. I, 1968, pp. 485 y sigs.; Archi, Interesse privato e interesse pubblico nell'apertura e pubblicazione del testamento romano, en «Scritti», vol. 2, 1981, pp. 809 y sigs.

[24] *Vid*., en Metro, Studi sui codicilli, vol. 1, 1979.

[25] *Vid.,* en Sommer, *Dies cedens*, en «ZSS», vol. 34, 1913, pp. 394 y sigs.; Bustelo, Dies incertus, Universidade de Santiago de Compostela, 1996; Id. Annus inceptus pro completo (non) habetur?, Studi in onore Metro, I, Giuffré 2009, pp. 255 y sigs.

[26] *Vid.,* en Voci, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano*, 1936.

27 Jèze, Les registres de naissance à Rome, en «RGDLS», 18, 1894, p. 422; Cuq, Les lois d'Auguste sur les déclarations de naissance, en «Mélanges Fournier», París, 1929; Bell, A registration of Birth, en JRS, 27, 1937, pp. 30 y sigs.; Lanfranchi, Ricerche sul valore giuridico delle dichiarazioni di nascita in diritto romano, 1951; Schulz, roman register of birth and birth certificates, en JRS, vol. 32-33, 1942, pp. 78 y sigs. [=en «BIDR», vol. 55-56, 1951, pp. 170 y sigs.]; Sánchez-Moreno Ellart, Professio Liberorum: las declaraciones y los registros de nacimiento en Derecho Romano, con especial atención a las fuentes papirológicas, Madrid, 2002. Id, Notes on some new issues concerning the birth certificates of roman citiziens, en «JJP», vol. 34, 2004, pp. 107-119.

[28] *Vid.,* con carácter general, en: Waltzing, Etude historique sur les corporations proffessionelles chez les Romains. I 1895. II 1896. III 1899. IV 1900; De Robertis, Autonomía statutaria e personificazionegiuridica nel regimen associativo romano. Etudes Jean Macqueron. Aix en Provence, 1970, pp. 591 y sigs.; Coli, Collegia e sodalitates. Contributo allo studio dei collegi nel diritto romano. Scritti I, Milano 1973, pp. 1 y sigs.

[29] *Vid.,* en: Ziegler, Untersuchungen zur Strafrechtsgesetzgebung des Augustus, München 1964 Gnoli, Ricerche sul crimen peculatus Milano 1979. Id. Cic Nat deor, 3,74 e l'origine della quaestio perpetua peculatus, RIL, 1975, pp. 331 y sigs., 340; Santalucia, Studi di diritto penale romano, Roma 1994; *vid.,* en Gnoli, Sulla repressione penale della ritenzione di 'pecunia residua' nella lex Iulia peculatus. Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, 1973.

[30] *Vid.,* en Gnoli, Sulla repressione penale della ritenzione di 'pecunia residua' nella lex Iulia peculatus. Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, 1973.

[31] Así en D. 48.13.2: «Por la Ley Julia de Peculado y de retención de dinero público queda sujeto el que retuvo una cantidad pública a él confiada para una finalidad en la que no la gastó 5. «Queda sujeto a la ley Julia de retenciones quien retiene algo de una cantidad pública que recibió a cuenta de arriendo, compra, cuenta de pensiones o cualquier otra causa. El condenado por esta ley es condenado a pagar el triplo de la cantidad retenida».

(Trabajo recibido el 1-7-2014 y aceptado para su publicación el 1-9-2014)

DICTÁMENES Y NOTAS

El arrendamiento urbano de vivienda y sus efectos respecto a terceros a partir de la ley 4/2013, de 4 de junio, de «medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas»

The urban lease of housing and its effects regarding third parties since «flexible measures and market development of rental dwelling» act, June 4/2013

por

ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Zaragoza

RESUMEN: La reforma de la LAU, como señala la Exposición de Motivos de la Ley 4/2013, de 4 de junio, tiene como objeto flexibilizar e incentivar el mercado de alquiler; para ello, el legislador ha potenciado la protección del arrendador, fundamentalmente a través de la reducción de la duración del arrendamiento y de las prórrogas tácitas y la de algunos terceros titulares registrales, a través del mecanismo de la inscripción. El arrendamiento inscrito en el Registro de la Propiedad afectará a terceros que tengan su derecho

inscrito con posterioridad según lo establecido por los principios hipotecarios. Dado el carácter declarativo de la inscripción registral, no cabe afirmarse la inoponibilidad absoluta del arrendamiento no inscrito frente a terceros que han inscrito su derecho, salvo los supuestos recogidos expresamente por la LAU en referencia al titular de un retracto convencional, de un derecho de opción de compra, heredero fideicomisario, acreedor hipotecario o de otra clase de la que se derive la enajenación forzosa por sentencia judicial, así como el adquirente tercero hipotecario de la vivienda arrendada. En todos los demás casos, en los que la realidad registral no coincide con la extrarregistral, la preferencia de derechos se resolverá según las normas de prelación de créditos en armonía con los principios hipotecarios. El legislador no exige expresamente que el tercero que no se subroga en el arrendamiento actúe de buena fe. La buena fe, en su caso, consistirá en el desconocimiento de la existencia del arrendamiento.

ABSTRACT: The reform of the Urban Lease Act, as the Preamble of the Law 4/2013 of 4 June states, aims to relax and stimulate rental market; for this, the legislator has strengthened the protection of the lessor, mainly through the reduction of lease term, implied renewal and some other owners registry, through the mechanism of registration. Lease contract registered in the Land Registry will affect third parties having their right registered after according to the mortgage basic principles. Having into account the declaratory nature of registration, there is no absolute assert about unenforceable unregistered lease against third parties who have registered their rights, except in the cases expressly prescribed by the Urban Lease Act in reference to the holder of a vendor's option to repurchase from buyer on agreed terms, the right of preferential option purchase, trustee heir, mortgagee and any other that comes from an expropriation due to a sentence, as well as the third party purchaser of the leased housing. In all other cases in which the registration reality does not concur with the extraregistral reality, preference rights will be resolved according to the rules of priority payment in harmony with the mortgage basic principles. The legislature did not expressly require that the third party is not subrogated to the lease must act in good faith. Good faith, where appropriate, will consist of the ignorance or unawareness of the existence of the lease.

PALABRAS CLAVE: Inscripción registral. Titular registral. Tercero hipotecario. Inoponibilidad. Oponibilidad. Buena fe.

KEY WORDS: Registration. Holder. Third party. Unenforceability. Enforceability. Good faith.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TERCEROS: 1. Tercero civil. 2. Tercero civil y titular registral. 3. Tercero hipotecario. 4. Los terceros en la Ley de Arrendamientos Urbanos: *A) Introducción. B) Teoría monista o dualista.*—III. EFECTO DEL ARRENDAMIENTO RESPECTO A TERCERO: 1. Arrendamiento inscrito (de finca inscrita): *A) Principio general. B) Resolución del derecho del arrendador. C) Resolución del contrato de arrendamiento. D) Enajenación de la vivienda arrendada. E) Duración, prórroga y renovación del arrendamiento inscrito.* 2. Arrendamiento no inscrito de finca inscrita: *A) Principio general. B) Resolución del derecho del arrendador. C) Enajenación de la vivienda arrendada. D) Duración, prórrogas y renovación.* 3. Arrendamiento de vivienda no inscrita: *A) Arrendador sin facultades. B) Duración, prórrogas y renovación de arrendamiento de vivienda no inscrita. C) Enajenación de la vivienda arrendada no inscrita. D) Resolución del derecho del arrendador.*—IV. REFLEXIONES: 1. Forma. 2. Legitimación. 3. ¿Qué sentido tiene que tanto la Exposición de Motivos como los preceptos de la LAU distingan entre los efectos del arrendamiento respecto a terceros y respecto al adquirente tercer hipotecario de la vivienda?: *A) Artículo 13.1 Ley de Arrendamientos Urbanos:* a) Antes de la reforma. b) Después de la reforma (art. 13.1). c) Conclusión. *B) Artículo 14 Ley de Arrendamientos Urbanos:* a) Antes de la reforma. b) Después de la reforma. c) Conclusión. 4. Efectos de la resolución del derecho del arrendador por causas no recogidas en la Ley de Arrendamientos Urbanos: *A) Vivienda arrendada inscrita:* a) Arrendamiento inscrito. b) Arrendamiento no inscrito. *B) Vivienda arrendada no inscrita.* 5. Efectos de la extinción del derecho de goce sobre la vivienda arrendada del arrendador. 6. Conocimiento del arrendamiento por el adquirente de la vivienda arrendada: *A) Venta inscrita o no inscrita, de finca inscrita arrendada, cuyo arrendamiento puede estar inscrito o no. B) Venta inscrita de finca arrendada no inscrita. C) Venta no inscrita de finca arrendada no inscrita.* —V. REFLEXIONES FINALES.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 4/2013, de 4 de junio, de «Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Viviendas», modifica en profundidad el articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, apreciando, entre otras, la preocupación del legislador de someter el régimen de arrendamiento de viviendas al general establecido por el sistema de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, en particular sus efectos frente a terceros.

El legislador es consciente de la preocupación de los adquirentes de derechos de la finca arrendada, de saber si la misma está efectivamente arrendada o no, por lo que entiende que el otorgamiento en documento público y posterior

inscripción en el Registro de la Propiedad del contrato de arrendamiento es una medida de seguridad preventiva que mantiene en detrimento de tercero el derecho del arrendatario, cuya naturaleza jurídica, cercana a la real, tanto por el contenido del derecho como por su eficacia *erga omnes*, hace posible su publicidad registral.

Así, la Exposición de Motivos señala:

> *«… los arrendamientos no inscritos sobre fincas urbanas no pueden surtir efectos frente a terceros adquirentes que inscriban su derecho…el tercero adquirente de una vivienda que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la LH, no pueda resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito…».*

Parece ser voluntad del legislador que el arrendamiento no inscrito no produzca efecto frente a aquellos que, no siendo parte en el contrato de arrendamiento, son titulares registrales de derechos sobre la vivienda arrendada, sean o no terceros hipotecarios.

Y en la línea apuntada el nuevo artículo 7, 2 Ley de Arrendamientos Urbanos dispone:

> *«En todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas, surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho, dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad.*

Literalmente puede entenderse que el arrendamiento para que surta efecto respecto al tercero, titular registral de un derecho real que recaiga sobre la finca arrendada, ha de estar inscrito en el Registro de la Propiedad.

Por otro lado, el artículo 9. 2 señala:

> *«Una vez inscrito el contrato de arrendamiento, el derecho de prórroga establecido en el artículo 9, así como la prórroga de un año a la que se refiere el apartado anterior, se impondrán en relación a terceros adquirentes que reúnan las condiciones del artículo 34 LH».*

Es decir, el adquirente de la vivienda arrendada, aunque sea tercero hipotecario, tiene obligación de soportar las prórrogas a las que tenga derecho el arrendatario, una vez inscrito el arrendamiento. La norma no señala cuando ha de estar inscrito el arrendamiento, por lo que en principio podría entenderse que puede darse antes o después de la inscripción del nuevo adquirente, tercero hipotecario.

Sin embargo, la Ley al tratar en concreto la enajenación de la vivienda arrendada establece que si la finca está inscrita, para que el arrendamiento afecte

al tercero hipotecario, será necesario que aquel esté inscrito con anterioridad a la transmisión de la finca, así el artículo 14.1, señala:

> *«El adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada como vivienda en todo o en parte, que reúna los requisitos exigidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, solo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito, conforme a lo dispuesto por los artículos 7 y 10 de la presente ley, con anterioridad a la transmisión de la finca.*

Por el contrario, si la finca no está inscrita, se aplica lo dispuesto en el Código Civil: *«la venta quita renta»*, así el artículo 14.2:

> *«Si la finca no se hallase inscrita en el Registro de la Propiedad, se aplicará lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1571 del Código Civil. Si el adquirente usare del derecho reconocido por el artículo citado, el arrendatario podrá exigir… al vendedor que le indemnice los daños y perjuicios que se le causen».*

A su vez el artículo 1571 Código Civil señala:

> *«El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».*

De la lectura de los citados preceptos se plantean las siguientes cuestiones:

1. ¿A qué terceros se refiere la Ley?;
2. ¿Cuándo el arrendamiento debe ser soportado por los titulares de derechos que recaigan sobre la vivienda arrendada?;
3. ¿Cuando los titulares de los derechos que recaen sobre la vivienda arrendada no se subrogan en los derechos y obligaciones del arrendador?

II. TERCEROS

En los preceptos señalados el legislador determina los efectos del arrendamiento respecto a terceros, es decir, sujetos, que no son parte en el contrato de arrendamiento; distinguiendo del tercero titular registral, del tercero, que además es tercero hipotecario

La Exposición de Motivos de la Ley 4/2013 de 4 de junio de «Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Viviendas» hace referencia al efecto de los arrendamientos no inscritos respecto a terceros adquirentes

que inscriben su derecho y respecto a terceros adquirentes de la vivienda que son terceros hipotecarios.

El artículo 7.2, establece el principio general de que para que el arrendamiento tenga efecto respecto a terceros ha de estar inscrito, sin hacer distinción, ni exigir, que el titular registral sea tercero hipotecario. En tema de enajenación de la vivienda arrendada, los artículos 9.2 y 14.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se refieren única y exclusivamente al tercero hipotecario. Distingamos las diferentes categorías de tercero

1. Tercero civil

El artículo 1257 del Código Civil, señala que los contratos solo producen efecto respecto a las partes o en su caso, a sus herederos; en su virtud, entenderemos por tercero civil a aquel que no es parte del contrato. Por lo que en tema de arrendamiento de vivienda será tercero el que no es parte en el mismo; será pues, todo aquel que no sea arrendador, ni arrendatario. A su vez, puede ser o no totalmente ajeno a la vivienda arrendada, lo será si no es titular de ningún derecho subjetivo que recaiga sobre aquella, y no lo será en caso contrario.

2. Tercero civil y titular registral

El tercero civil del contrato de arrendamiento puede ser titular de un derecho inscribible en el Registro de la Propiedad que recaiga sobre la finca arrendada. Por el carácter declarativo de la inscripción registral, salvo excepciones, la inscripción del derecho es voluntaria, lo que supone que no siempre estos derechos aparecen registrados; cuando lo estén, el tercero civil será también titular registral.

Así las cosas, el tercero-titular registral, es adquirente no arrendatario, a título oneroso o gratuito, de buena o mala fe, de un derecho sobre la vivienda arrendada, que inscribe en el Registro de la Propiedad.

Puede tratarse de cualquier derecho real inscribible: propiedad, usufructo, hipoteca… o aquellos que tienen vocación de derecho real sin serlo como el derecho de retracto, opción, el embargo o el propio arrendamiento.

Si lo que se adquiere a título gratuito u oneroso, es la propiedad de la vivienda arrendada, el vendedor puede tenerla inscrita o no. Si no la tiene, el comprador, en su caso, procederá a la inmatriculación de la misma. Si la finca está inscrita, y se adquiere su propiedad, en la adquisición debe fallar alguno de los requisitos exigidos por el artículo 34 Ley Hipotecaria ya que partimos de que el adquirente no es tercero hipotecario.

En todos estos supuestos, en los que el tercero es titular registral de un derecho que recae sobre la vivienda arrendada, la fe pública registral les protege con la presunción *iuris tantum* de exactitud, de legitimación procesal, posesión y demás principios hipotecarios.

3. Tercero hipotecario

Cuando el tercero, titular registral reúne los requisitos del artículo 34 Ley Hipotecaria estamos ante la figura del tercero hipotecario. Ha de adquirir de buena fe, a título oneroso, de titular registral que según el Registro pueda transmitir el dominio, inscribiendo su adquisición.

El efecto de la fe pública registral en relación al tercero hipotecario consiste en mantenerlo en su adquisición en los términos resultantes en el Registro, aunque el transmitente no tenga facultades para transmitirlo por causas que no consten en aquel.

En relación al tema que nos ocupa, el tercero hipotecario sería el comprador, no arrendatario, que adquiere la vivienda arrendada al vendedor-titular registral (arrendador o no), sin facultades para disponer de la misma por circunstancias que no constan en el Registro. Se trata de una adquisición *a non domino* por la que al comprador se le mantendrá en la propiedad de la vivienda en los términos publicados en el Registro aunque se resuelva o anule el derecho del disponente[1]. También serían terceros hipotecarios, el adquirente de derechos, como el de usufructo sobre la vivienda arrendada, que cumplan los requisitos ya citados del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Y, todos aquellos adquirentes de derechos sobre la vivienda arrendada que no reúnan los presupuestos citados no serán terceros hipotecarios.

4. Los terceros en la Ley de Arrendamientos Urbanos

A) Introducción

En pro de la seguridad jurídica, la Exposición de Motivos de la Ley 4/2013 de 4 de junio de «Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Viviendas» manifiesta la intención del legislador de activar la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad que, a pesar de su permisibilidad, sea cual sea la duración del contrato según artículo 2.5 Ley Hipotecaria, no es habitual en la práctica. Con esta finalidad, otorga un tratamiento diferente al arrendamiento inscrito, del que no lo está, respecto a terceros que tengan derecho sobre la vivienda arrendada, distinguiendo al titular registral del que no lo es, y dentro de la primera categoría a aquel que es tercero

hipotecario. En concreto, distingue entre terceros que inscriben su derecho y el adquirente de la vivienda arrendada que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 Ley Hipotecaria. ¿Qué sentido tiene esta diferenciación? Entiendo que al referirse al tercer adquirente que inscriba su derecho está haciendo alusión a todo derecho inscribible, y cuando se habla del tercer hipotecario, no se refiere estrictamente solo al adquirente de la vivienda arrendada a título oneroso que reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria sino a cualquier comprador que inscribiendo su derecho desconoce la existencia del arrendamiento.

El nuevo artículo 7.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos al regular los efectos del arrendamiento inscrito frente a terceros que inscriban su derecho, no distingue a qué terceros se refiere, simplemente habla de terceros que hayan inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad y que indudablemente les afecte el contrato de arrendamiento, es decir, son terceros civiles, por no ser parte en el contrato de arrendamiento, y titulares registrales, por inscribir en el Registro de la Propiedad el derecho que tengan sobre la vivienda.

Cuando se trata de la enajenación de la vivienda arrendada, tanto el artículo 9, como el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se centran en los efectos del arrendamiento inscrito o no, respecto al adquirente tercero hipotecario.

B) Teoría monista o dualista

La teoría monista considera que el tercero de la Ley Hipotecaria y al que el Registro protege con la fe pública registral, con un efecto adquisitivo inatacable cuando se resuelva o anule el título del transmitente, es el tercero hipotecario del artículo 34, siendo la norma del artículo 32 manifestación o desarrollo del mismo[2]. Solo hay un tercero, el del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

La teoría dualista distingue el tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al que se le mantiene en su adquisición aunque se resuelva o se anule el título del transmitente por causas que no constan en el Registro, y el tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, que consagra el principio de la inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito o imposibilidad de fundar en un título no inscrito una pretensión contra el tercero que inscribió. Según esta posición, la incompatibilidad de títulos se resuelve por la inscripción.

¿Cuál es el criterio del legislador? ¿La doctrina mayoritaria o monista, o la teoría dualista?

De la lectura de los preceptos citados parece desprenderse que la Ley pretende seguir la teoría dualista en cuanto distingue dos clases de tercero, el del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, al establecer que solo el arrendamiento inscrito produce efectos respecto a los derechos inscritos (oponibilidad-inoponibilidad)

y el del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en cuanto lo nombra repetidamente a efectos de la adquisición de la propiedad de la vivienda arrendada.

Si bien, como veremos más tarde, relacionando lo dicho en la Exposición de Motivos y el artículo 7.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos con el resto del articulado, es difícil saber cuál es la posición del legislador en este tema.

Por ejemplo, entiendo que la terminología empleada cuando el legislador hace referencia al tercero hipotecario no es la adecuada o no coincide con el espíritu de la norma[3].

Así, el artículo 14.1, al señalar que si el adquirente de la vivienda es tercero hipotecario solo quedará subrogado en el arrendamiento si este se encuentra inscrito con anterioridad a la venta; pienso que no se está refiriendo solamente al caso del comprador que está protegido por la fe pública registral en caso de que se anule o resuelva el título del vendedor, sino que erróneamente, porque la figura que comentamos a continuación nada tiene que ver con aquella categoría registral, se está refiriendo principalmente a aquel que de buena fe, adquiere la propiedad a título oneroso del titular registral; derecho que inscribe en el Registro de la Propiedad[4]. No se trata pues, de una adquisición *a non domino,* que es lo que caracteriza la figura del tercero hipotecario, sino simplemente, de la venta de la vivienda arrendada en la que el vendedor es el propietario y titular registral y el comprador, que inscribe la propiedad adquirida, se entiende que es tercero porque no es arrendatario, es decir es tercero civil en relación al contrato de arrendamiento y de buena fe porque desconoce su existencia.

Los otros terceros a los que se refieren las normas son los titulares registrales de derechos que recaigan sobre la vivienda arrendada, en los que no se incluye en ningún caso al adquirente de derechos tercero hipotecario[5] porque la Ley de Arrendamientos Urbanos solo hace referencia a esa figura cuando trata la transmisión del derecho de propiedad.

III. EFECTO DEL ARRENDAMIENTO RESPECTO A TERCERO

1. Arrendamiento inscrito (de finca inscrita)

A) Principio general

Para que el arrendamiento, según señala el artículo 7.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, produzca efectos respecto a terceros que hayan inscrito su derecho deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad. En consecuencia, si el arrendamiento está inscrito, los titulares de derechos, inscritos con posterioridad, soportarán el arrendamiento en los términos del contrato subrogándose en los derechos y obligaciones que de él derivan.

B) Resolución del derecho del arrendador

En la línea apuntada el artículo 13.1, párrafo segundo de la Ley Arrendamientos Urbanos, al regular la extinción del arrendamiento por resolverse el derecho del arrendador por las causas establecidas en el precepto, señala una excepción, y es que el arrendamiento esté inscrito con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador, en cuyo caso, los terceros se subrogarán en los derechos y obligaciones que derivan de aquel contrato.

C) Resolución del contrato de arrendamiento

Como señala el artículo 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones resultantes del contrato dará derecho a promover la resolución del contrato.

Tratándose de arrendamientos de fincas urbanas inscritos en el Registro de la Propiedad, la resolución tendrá lugar de pleno derecho, si se hubiera estipulado en el contrato que el arrendamiento quede resuelto por falta de pago de la renta, con la restitución inmediata del inmueble al arrendador, una vez el arrendador haya requerido judicial o notarialmente al arrendatario en el domicilio designado al efecto en la inscripción, instándole al pago y cumplimiento, y siempre que este no haya contestado al requerimiento en los diez días hábiles siguientes, o conteste aceptando la resolución de pleno derecho, todo ello por medio del mismo juez o notario que hizo el requerimiento.

En consecuencia, solo en caso de arrendamiento inscrito puede darse la resolución de pleno derecho, siempre que así se haya pactado y se cumplan los requisitos señalados en el artículo 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

D) Enajenación de la vivienda arrendada

El artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece que cuando el adquirente de la vivienda arrendada inscrita sea tercero hipotecario quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador siempre y cuando el arrendamiento se hallase inscrito con anterioridad a la transmisión de la finca.

Pero ¿es el tercero hipotecario del artículo 34 Ley Hipotecaria?

Como he señalado y teniendo en cuenta el espíritu y la voluntad del legislador, entiendo que la norma se está refiriendo no solo al tercero hipotecario que adquiere de quien no es dueño y al que la fe pública registral protege en caso de resolución o nulidad de la titularidad del transmitente, sino principalmente al comprador de la vivienda que inscribe su propiedad en el Registro al igual que lo estaba la del vendedor. Si no fuera así, solo entraría el supuesto de la

adquisición *a non domino,* que no es habitual en la práctica, quedando fuera lo que si lo es, la adquisición a título oneroso de quien es dueño.

En sentido estricto, lo que establece el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es que, si A titular registral de la finca arrendada (propietario y arrendador) se la vende a B (no arrendatario), que inscribe su derecho; si se resuelve o se anula el título de A por causas que no se encuentren en el Registro y además no está inscrito el arrendamiento, B no se subrogará en el arrendamiento.

Por lo que si es así, estarían fuera del precepto todos los demás supuestos, entre ellos el más habitual: A (propietario y arrendador) titular registral de la finca arrendada, cuyo arrendamiento no está inscrito, se la vende a B (no arrendatario), que sí inscribe su derecho de propiedad en el Registro; al no ser B tercero hipotecario se subrogará en el arrendamiento y por tanto en las obligaciones y derechos del arrendador (A) y no podrá ejercitar la acción de desahucio.

E) Duración, prórroga y renovación del arrendamiento inscrito

La Ley de Arrendamientos Urbanos en tema de duración del arrendamiento, prórroga, renovación[6], no distingue si el arrendamiento está o no inscrito, pero hace una precisión en el artículo 10. 2, al señalar:

> *«Una vez inscrito el contrato de arrendamiento, el derecho de prórroga establecido en el artículo 9, así como la prórroga de un año a la que se refiere el apartado anterior, se impondrán en relación a terceros adquirentes que reúnan las condiciones del artículo 34 Ley Hipotecaria».*

Resulta de difícil interpretación al relacionarlo con el artículo 14.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que señala que si el adquirente de la vivienda es tercero hipotecario solo se subroga en el arrendamiento si este está inscrito con anterioridad a la adquisición; por lo que se entiende que también se subrogaría en las prórrogas y renovaciones a las que tiene derecho el arrendatario.

Entonces, ¿qué significado tiene el artículo 10.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos?; hay algunos autores que han querido ver una alteración del principio de prioridad registral en cuanto entienden que los efectos que establece el precepto se van a producir tanto si la inscripción del arrendamiento es anterior o posterior a la adquisición por el tercero hipotecario de la vivienda arrendada.

Pienso en cambio, que el legislador hace esta precisión con la intención de aclarar la situación por si al interpretar el nuevo artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se acude al mismo precepto antes de la reforma; en él, el tercero hipotecario se subrogaba siempre en el arrendamiento por el tiempo mínimo de duración, entonces cinco años, pero no en las prórrogas anuales

una vez transcurrido aquel plazo[7]. En consecuencia, la Ley está advirtiendo que, ahora a diferencia de antes, el adquirente tercero hipotecario también se subroga en las prórrogas y renovaciones a que tiene derecho el arrendatario.

2. Arrendamiento no inscrito de finca inscrita

A) Principio general

¿Podría entenderse *a sensu contrario* del artículo 7.2, la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito frente a los titulares registrales de derechos sobre la vivienda arrendada?, ¿estos titulares registrales, no se subrogan en los derechos del contrato de arrendamiento? Es decir, ¿se extingue el arrendamiento?

El precepto pretende ser homólogo del artículo 32 LH con las consecuencias de su controvertida interpretación[8]. Entiendo que la inoponibilidad absoluta de lo no inscrito frente a lo inscrito llevaría a la admisión de la inscripción registral de naturaleza constitutiva, cuando en nuestro sistema hipotecario lo es declarativa, salvo excepciones.

En consecuencia, la valoración de la extinción o no del arrendamiento será casuística, armonizando la normativa de la prelación de créditos y los principios hipotecarios.

B) Resolución del derecho del arrendador

El artículo 13, párrafo primero de Ley de Arrendamientos Urbanos, impone la extinción del arrendamiento por resolución del derecho del arrendador debido al ejercicio del derecho de un retracto convencional, de un derecho de opción de compra, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de una sentencia judicial.

Llama la atención lo determinado en la norma a efectos de la ejecución hipotecaria, se trata de una novedad respecto a la regulación anterior que establecía que el arrendatario tenía derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplieran cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación.

Con la regulación actual, si el arrendamiento no está inscrito con anterioridad, la ejecución hipotecaria supondrá la extinción del arrendamiento. La medida es de gran importancia práctica porque el arrendatario se verá privado de su vivienda cuando en la subasta sea adjudicada a un tercero, que en consecuencia podrá ejercitar el desahucio[9].

Si lo que pretendía el legislador con esta medida era impulsar la inscripción del arrendamiento en el Registro, además de ser social y políticamente incorrecta, dada desgraciadamente la frecuencia de las ejecuciones hipotecarias, creo

que los efectos pueden ser los contrarios, pues si el arrendamiento inscrito se mantiene en las ejecuciones hipotecarias, a los arrendadores no les interesará inscribirlo si quieren acceder a la financiación hipotecaria.

C) Enajenación de la vivienda arrendada

Si el adquirente de la vivienda inscrita es tercero hipotecario, no se subrogará en el arrendamiento si este no está inscrito con anterioridad (*a sensu contrario* artículo 14 Ley de Arrendamientos Urbanos).

D) Duración, prórrogas y renovación

Tanto la duración mínima, tres años, como la posibilidad de pacto, prórrogas, plazos anuales, se aplican exactamente igual si el arrendamiento recae tanto en finca inscrita como no inscrita.

3. Arrendamiento de vivienda no inscrita

A) Arrendador sin facultades

El artículo 9.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos recoge el supuesto en el que el arrendador, de vivienda no inscrita, no tiene facultades para arrendar por no ser propietario (entiendo que tampoco usufructuario) desconociendo el arrendatario esta circunstancia por causas ajenas a él e imputables al propietario:

> *«También durarán tres años los arrendamientos de vivienda que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que parezca ser propietario en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el apartado 1 de este artículo…».*

Así, se entiende válido el arrendamiento cuando el arrendador no tiene facultad para otorgarlo por no ser propietario, siempre que tanto él como el arrendatario sean de buena fe; efectos que deberán ser extensibles al que contrata el arrendamiento con el que cree que es usufructuario de la vivienda sin serlo.

B) Duración, prórrogas y renovación de arrendamiento de vivienda no inscrita

Como se ha señalado en el texto, tanto la duración mínima, como la posibilidad de pacto y las prórrogas, se aplican exactamente igual si el arrendamiento recae tanto en finca inscrita como no inscrita.

C) Enajenación de la vivienda arrendada no inscrita

En relación a la venta de finca no inscrita en el Registro de la Propiedad la Ley de Arrendamientos Urbanos establece al respecto en el artículo 14.2:

> «Si la finca no se hallase inscrita en el Registro de la Propiedad, se aplicará lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1571 del Código Civil. Si el adquirente usare del derecho reconocido por el artículo citado, el arrendatario podrá exigir… al vendedor que le indemnice los daños y perjuicios que se le causen».

A su vez el artículo 1571 Código Civil señala:

> «El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

Es de destacar que antes de la reforma la Ley de Arrendamientos Urbanos aunque la vivienda no estuviera registrada no había remisión al Código Civil. En la actualidad, sin embargo, según las normas citadas, si la finca arrendada no está inscrita en el Registro de la Propiedad su venta ocasionará el cese del arriendo salvo que se haya pactado lo contrario.

También llama la atención que ni la Ley de Arrendamientos Urbanos, al igual que cuando la vivienda está inscrita, ni el Código Civil al que se remite, exigen que el comprador no conozca el arrendamiento.

Es decir, a tenor del precepto, si A propietario y arrendador de la vivienda no inscrita la vende a B no arrendatario, tanto si tiene conocimiento como si ignora la existencia del arrendamiento, este cesa, se extingue, en los términos establecidos en el artículo 1571 del Código Civil; pudiendo exigir el arrendatario, además de una indemnización por daños y perjuicios que se le deje continuar durante tres meses, pagando la renta.

Sin embargo, parece de justicia que el comprador deba ignorar la existencia del arrendamiento que cesa con el consiguiente perjuicio para el arrendatario, aunque tenga derecho a ser indemnizado; pero por otro lado, si se admite esta tesis, se hace harto difícil el citado cese, dado que la mayoría de los adquirentes conocen la existencia del arrendamiento por las notificaciones que se exigen en la tramitación de la venta para el ejercicio del derecho de tanteo y retracto.

D) Resolución del derecho del arrendador de la vivienda no inscrita

Señala el artículo 13.1 *in fine* de la Ley de Arrendamientos Urbanos:

> *«Cuando se trate de un arrendamiento sobre finca no inscrita se estará a la duración establecida en el apartado 4, del artículo 9».*

Es decir, en los supuestos en los que el derecho del arrendador de una vivienda no inscrita se resuelva por las causas establecidas en el artículo 13.1: el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la ejecución por sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendamiento se mantendrá durante tres años los arrendamientos de vivienda que el arrendatario haya concertado de buena fe, sin perjuicio de la facultad de no renovación.

Obviamente esta regla no es aplicable en el caso de la ejecución hipotecaria, causa recogida también en el precepto. La explicación es que la hipoteca por el carácter constitutivo de la inscripción registral no cabe que grave una vivienda que no esté inscrita.

IV. REFLEXIONES

1. Forma

La Ley de Arrendamientos Urbanos no establece que el contrato de arrendamiento deba revestir una determinada forma para ser eficaz, solamente el artículo 37 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece en relación a la formalización del mismo y en la línea del Código Civil (arts. 1278, 1279 y 1280):

> «Las partes podrán compelerse recíprocamente a la formalización por escrito del contrato de arrendamiento».

Por lo que en base a la citada norma y en virtud del carácter supletorio del Código Civil, el contrato de arrendamiento puede otorgarse en documento privado o documento público, incluso de forma oral, aunque las partes pueden compelerse a que se haga por escrito.

Su inscripción en el Registro de la Propiedad no tiene carácter constitutivo porque ni la Ley Hipotecaria que permite la inscripción del arrendamiento, ni la Ley de Arrendamientos Urbanos, establece nada al respecto. En consecuencia, el contrato de arrendamiento será válido aunque no se inscriba en el Registro de la Propiedad.

2. Legitimación

Con carácter general y aplicando supletoriamente el Código Civil y la ley personal del arrendador, puede señalarse que están legitimados para arrendar,

persona física o jurídica que sea propietaria, usufructuaria, superficiaria o titular de análogo derecho de goce sobre la vivienda.

La Ley de Arrendamientos Urbanos recoge en el artículo 9-4, el supuesto del arrendatario que concierta de buena fe el arrendamiento con una persona que pareciendo propietario no lo es, en virtud de un estado de cosas imputable al verdadero propietario.

Se trata de un caso de anulabilidad por falta de legitimación de una de las partes que la Ley de Arrendamientos Urbanos le otorga plena validez en base a la buena fe y a la apariencia. Es un supuesto legal con cierta semejanza a la adquisición *a non domino* de la propiedad de los bienes muebles del artículo 464 del Código Civil (la adquisición de la posesión de bienes muebles de buena fe equivale al título) y de los bienes inmuebles del 34 Ley Hipotecaria. Se diferencia, del artículo 464 del Código Civil, en que no es bien mueble; del artículo 34 Ley Hipotecaria, en que la apariencia y publicidad no la da el Registro de la Propiedad y de ambos, que lo que se adquiere no es el derecho de propiedad sino un derecho de arrendamiento.

El arrendatario contrata con quien cree propietario sin serlo, en base a una apariencia de la que es responsable el verdadero propietario. Supone una sanción al propietario que no puede exigir la extinción del arrendamiento salvo si como señala el artículo 9.4, *in fine:*

> *«Si (el arrendador propietario aparente) fuere vencido en juicio por el verdadero propietario, se estará a lo dispuesto en el citado artículo 1571 del Código Civil, además de que corresponda indemnizar los daños y perjuicios causados».*

Es decir, si al verdadero propietario se le estima la demanda se extingue el arrendamiento. Este último párrafo desconcierta bastante; el legislador se contradice, por un lado, parece mantener el arrendamiento del no propietario con el arrendatario basándose en la buena fe y en la apariencia; pero, por otro lado, no es así, porque que el verdadero propietario venza judicialmente al que no lo es, es obvio y que la consecuencia de este reconocimiento judicial sea la aplicación del artículo 1571 del Código Civil (venta quita renta), es totalmente contradictorio al mantenimiento del arrendamiento que preconiza al comienzo del precepto.

Antes de la reforma de 4 de junio de 2013, el artículo 9.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos regulaba el mismo supuesto haciéndolo extensible al arrendamiento concertado de buena fe con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad y no recogía la posibilidad de que se extinguiera el arrendamiento en el caso de que el verdadero propietario venciera en la propiedad.

Por lo que llama la atención, dada la relevancia de la inscripción para el legislador, que el precepto no tenga la misma consideración respecto al arrendador titular registral como ocurría antes de la reforma.

No quiero creer que el legislador haya confundido en este supuesto al arrendatario con el tercero hipotecario, y por ello entender que ya la situación está regulada.

También sorprende que con la reforma se posibilite la extinción del arrendamiento en el supuesto de que el verdadero propietario venza en la propiedad, cuando el espíritu de la norma es el mantenimiento del arrendamiento en base a la buena fe y la apariencia.

3. ¿Qué sentido tiene que tanto la Exposición de Motivos como los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos distingan entre los efectos del arrendamiento respecto a terceros y respecto al adquirente tercer hipotecario de la vivienda?

Podría ser, que sean distintos los efectos del arrendamiento inscrito para los adquirentes de derechos posteriores, que para el adquirente del derecho de propiedad que sea tercero hipotecario. Si el arrendamiento está inscrito, los efectos van a ser los mismos, tanto si el tercero es o no tercero hipotecario, ya que en principio se mantendrá (arts. 7.2; 13.1 párr. 2; 14.1 Ley de Arrendamientos Urbanos). Puede en cambio, que el planteamiento en relación a los efectos del arrendamiento no inscrito respecto a terceros con derecho inscrito sea diferente.

¿Qué significa que el arrendamiento no inscrito no produce efecto respecto a terceros que han inscrito su derecho?

En sentido estricto, que el arrendamiento no inscrito se extinguirá si hay algún derecho posterior inscrito incompatible o que se vea perjudicado.

Y ¿qué significa que el arrendamiento no inscrito no produce efectos respecto al tercero hipotecario? Supone igualmente la extinción del arrendamiento.

Y ¿si no es tercero hipotecario? Exactamente lo mismo porque se trata de un derecho posterior inscrito incompatible.

De la premisa: «solo el arrendamiento inscrito produce efectos respecto a terceros con derecho inscrito», ¿se desprende como principio general que a *sensu contrario* el arrendamiento no inscrito de vivienda inscrita no produce efectos respecto a terceros derechos inscritos? Entiendo que no, por lo señalado anteriormente en relación a la oponibilidad absoluta, de ahí el artículo 13.1 párrafo 1.º, y especialmente el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Dispone el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que el arrendamiento no inscrito no perjudicará al tercero hipotecario. Si el arrendamiento no inscrito no perjudicara nunca los derechos inscritos, el artículo 14, sería una obviedad, por lo que entiendo que si se hace esta precisión, que lo no inscrito no perjudica al tercero hipotecario es porque cabe interpretar que *a sensu contrario*, todos los demás casos en los que el adquirente no sea tercero hipotecario, el arrendamiento no inscrito sí produce efectos.

Se me ocurre, el caso de la donación inscrita de la vivienda arrendada en la que en la escritura de donación no se hace constar el arrendamiento, ¿este se mantiene?, por el razonamiento que acabamos de hacer opino que sí.

Y por lo demás, con carácter general, salvo lo establecido en los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la discordancia existente entre realidad registral y extrarregistral se resolvería por lo señalado en la normativa de la prelación de créditos en armonía con los principios hipotecarios.

En la misma línea, el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dispone la extinción del arrendamiento por resolución del derecho del arrendador-propietario por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, enajenación forzosa, derecho de opción de compra, o extinción del derecho de usufructo, superficie o derecho de disfrute análogo.

Si se estableciera con carácter general que el arrendamiento anterior no inscrito no afectara a tercero que tenga su derecho inscrito, sería obvio que la resolución del derecho del arrendador (se entiende posterior al arrendamiento e inscrito en el Registro de la Propiedad), supondría la extinción del arrendamiento no inscrito, pero demuestra lo contrario el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos al señalar que en los casos expuestos se extingue el arrendamiento, salvo que esté inscrito con anterioridad.

Con ello, cabe entender que fuera de estos supuestos se aplicarán las reglas generales. Así, si el usufructuario (titular registral) de la vivienda arrendada (por 20 años) vende (a los 5 años de su constitución) su derecho a un tercero que igualmente lo inscribe, ¿se mantendrá el arrendamiento no inscrito por el tiempo pactado (inferior al que resta para que acabe el usufructo), aunque este no conste en la escritura de venta? Entiendo en virtud de lo señalado, que se mantendrá el arrendamiento anterior a la transmisión del usufructo en aplicación de las reglas generales de la prelación de créditos.

¿Pero cuál es el avance de la reforma legislativa en relación a la inscripción registral?

La respuesta nos la da el contenido de las normas antes y después de la reforma.

A) Artículo 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos

a) Antes de la reforma

La resolución del derecho del arrendador por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, no extinguía el arrendamiento; de manera que

el arrendatario tenía derecho a continuar en el mismo hasta que transcurrieran los cinco años establecidos en la Ley.

Solo cabía la extinción del arrendamiento cuando la duración pactada fuera superior a cinco años, salvo que estuviera inscrito con anterioridad en el Registro de la Propiedad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador.

b) Después de la reforma (art. 13.1)

Sea cual sea la duración del contrato de arrendamiento, la resolución del derecho del arrendador por las causas establecidas en la Ley, supondrá la extinción del mismo salvo que esté inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de aquella.

c) Conclusión

Antes de la reforma, salvo que la duración pactada fuera mayor de cinco años, el arrendamiento se mantenía con independencia de que estuviera o no inscrito. Después de la reforma, el arrendamiento no inscrito se extingue cuando se resuelve el derecho del arrendador por las causas establecidas en el artículo 13.

En consecuencia, según la legislación actual, el que ejerce el retracto convencional de la vivienda arrendada, el heredero fideicomisario de la misma, su adjudicatario por subasta en ejecución hipotecaria o por sentencia judicial o aquel que ejerce el derecho a opción de compra, al no mantenerse el arrendamiento, no se subrogarán en las obligaciones y derecho del mismo.

B) Artículo 14 LAU

a) Antes de la reforma

La enajenación de la vivienda arrendada inscrita mantiene el arrendamiento aunque el tercer adquirente sea tercero hipotecario. Solo se tendrá en cuenta la figura del tercero hipotecario cuando el arrendamiento se pacte por duración mayor de cinco años.

b) Después de la reforma

La enajenación a tercero hipotecario de la vivienda arrendada extingue siempre el arrendamiento, salvo que esté inscrito con anterioridad.

c) Conclusión

La enajenación de la vivienda arrendada inscrita, antes de la reforma no extingue el arrendamiento, después de la reforma solo extingue el arrendamiento si este no está inscrito y el adquirente es tercero hipotecario.

4. Efectos de la resolución del derecho del arrendador por causas no recogidas en la LAU

En el estudio de los efectos respecto a terceros de la resolución del derecho del arrendador por las causas no recogidas en la LAU, es preciso distinguir si la vivienda está inscrita o no, y en el primer caso si lo está o no el arrendamiento.

A) Vivienda arrendada inscrita

a) Arrendamiento inscrito

En todos aquellos supuestos no recogidos en los artículos 13.1 y 14.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el arrendamiento inscrito prevalecerá registralmente respecto a los derechos inscritos con posterioridad.

En el caso casi utópico de que la realidad registral no coincida con la extrarregistral, se seguirán las normas de la prelación de créditos conjugándolas, en su caso, con los principios hipotecarios.

Supongamos que A dona a B un piso. Y en el intervalo de tiempo existente entre el otorgamiento de la escritura pública de la donación y su inscripción en el Registro de la Propiedad, A, sin facultades, arrienda a C, que de buena fe inscribe su arrendamiento en el Registro de la Propiedad, inscripción que no se deniega dado que A aparece registralmente como dueño, con potestad por tanto para arrendar la vivienda y cumpliéndose en consecuencia el principio del tracto sucesivo.

Con posterioridad B inscribe la donación y descubre la inscripción del arrendamiento. Ante esta situación y dada la actual LAU se plantea la siguiente cuestión

¿Prevalece el arrendamiento inscrito sobre la donación, teniendo en cuenta que la inscripción del primero es anterior a la de aquella?

Es un supuesto no recogido en los artículos 9.4, 13.1, 14.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

No es aplicable el artículo 9.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos porque A es titular registral y de mala fe, y el arrendador del artículo 9, ni es titular, ni de mala fe, por lo que no cabe tener en cuenta lo que él prescribe.

Tampoco el supuesto entra dentro del ámbito del artículo 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que en el ejemplo no se resuelve el derecho del arrendador por ninguna de las causas establecidas en el mismo, es más, ni se resuelve, se transmite por donación por lo que tampoco cabe la prescripción de la norma.

Igualmente, es obvio que el donatario al no ser tercero hipotecario por no ser adquirente a título oneroso queda fuera del ámbito del artículo 14.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Así las cosas, como no hay norma que resuelva de forma expresa el ejemplo que se ha puesto, habrá que tener en cuenta las circunstancias del mismo siendo de aplicación el régimen general de prelación.

Registralmente, el arrendamiento prevalece a la donación, pero extraregistralmente lo es la donación por ser de fecha anterior. Por otro lado, estamos ante un negocio inválido por no estar A capacitado para arrendar la vivienda, por lo que desde la perspectiva registral, y aplicando el artículo 33 Ley Hipotecaria, la inscripción tampoco será válida, ya que el Registro no convalida los actos nulos.

En consecuencia, aunque el arrendamiento aparece inscrito con anterioridad a la donación, el donatario no se subrogará en el arrendamiento; hay que tener en cuenta para dar solución al tema, las fechas de constitución de los derechos en conflicto, ambos otorgados en documento público, así como la no obligatoriedad de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

b) Arrendamiento no inscrito

Para la determinación de los efectos del arrendamiento no inscrito frente a los terceros con derecho inscrito habrá que estar a las normas que rigen la preferencia de derechos, teniendo en cuenta que la presunción de exactitud, veracidad, legitimación, acción registral operará siempre a favor del titular registral.

Pongamos nuevamente un supuesto de donación.

A dona a B la vivienda ya arrendada, en la escritura de donación que se inscribe en el Registro de la Propiedad no consta el arrendamiento porque no lo declara el donante.

¿Qué prevalece?, ¿el arrendamiento no inscrito o la donación?

Es un supuesto no recogido en los artículos 9.4, 13.1 y 14.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni en el artículo 1571 del Código Civil, por lo que no será aplicable lo establecido en estos preceptos.

La donación de la vivienda arrendada no entra dentro del ámbito del artículo 9.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, porque el arrendador cuando arrendó la vivienda lo hizo de buena fe y era el verdadero propietario. La validez del arrendamiento no alberga duda ya que el donante-arrendador tiene plena capacidad y el otorgamiento en documento público y posterior inscripción en el

Registro de la Propiedad afecta en tema de seguridad jurídica preventiva pero no en tema de eficacia.

Tampoco es aplicable el artículo 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos porque la donación ni es un supuesto de resolución, ni en su caso si lo fuera, entraría dentro de los supuestos recogidos en el precepto. Lo mismo es predicable para el artículo 14.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, dado que el donatario no es tercero hipotecario.

A falta de normas reguladoras de este supuesto en concreto se acudirá al régimen general de prelación para la resolución de los derechos en conflicto.

Desde un punto de vista registral solo existe la donación, desde la perspectiva extraregistral, además, un arrendamiento que le precede temporalmente. La titularidad del donatario estará amparada por los principios hipotecarios, presumiéndose con presunción iuris tantum que el contenido del asiento es exacto, veraz… por lo que la carga de la prueba recaerá en el arrendatario que deberá demostrar para que persista el arrendamiento que este es anterior a la donación.

B) Vivienda arrendada no inscrita

Como ya se ha señalado el artículo 13.1 *in fine* de la Ley de Arrendamientos Urbanos, determina que en caso de resolución del derecho del arrendador de la finca no inscrita por las causas establecidas en el precepto, se mantendrá el arrendamiento durante tres años (por referencia al art. 9.4 Ley Arrendamientos Urbanos).

¿Pero se mantendrá el arrendamiento de la vivienda no inscrita si se resuelve el derecho del arrendador por causas no recogidas en el artículo 13.1?

Antes de la reforma, el artículo 13, no distinguía entre finca inscrita o no inscrita, ahora sí lo hace, regulando los efectos que tiene para el arrendamiento, la resolución del derecho del arrendador, se entiende para los supuestos recogidos en el precepto.

¿Qué puede significar este cambio de criterio del legislador para el caso de que la finca no esté inscrita? Entiendo que para los supuestos recogidos en el precepto se aplicará el artículo 9.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y en los demás supuestos el régimen general.

Por ejemplo, si se resuelve el derecho del arrendador al cumplirse una condición resolutoria, ¿se mantiene el arrendamiento?

Así, si en documento privado A vende a B la vivienda no inmatriculada con la condición resolutoria de que abone la totalidad del precio, de manera que en caso de incumplimiento se procederá a la resolución del contrato de compraventa. B se la arrienda a C, en documento privado.

¿Se mantendrá el arrendamiento si por no pagar B el último plazo, A, resuelve la venta?

El caso no se encuentra regulado en el artículo 13.1 *in fine* de la Ley de Arrendamientos Urbanos ya que el cumplimiento de la condición resolutoria no está dentro de los supuestos del precepto citado; tampoco se encuentra incluido en el artículo 1571 del Código Civil que se refiere exclusivamente a la venta de finca, no a la resolución de la misma por incumplimiento del pago del precio.

Por ello, y en aplicación del régimen general de prelación, entiendo que el arrendamiento se extinguirá porque la condición resolutoria es anterior al arrendamiento

En consecuencia, si la ley nada señala al respecto, la solución del conflicto será casuístico. En cada supuesto, el arrendamiento se extinguirá o no, dependiendo de la preferencia del derecho del arrendatario según las normas generales de prelación de créditos.

5. Efectos de la extinción del derecho de goce sobre la vivienda arrendada del arrendador

Al igual que antes de la reforma, el artículo 13.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos señala:

> *«Los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley».*

Sin distinguir si la vivienda está o no inscrita, la norma establece la extinción del arrendamiento al extinguirse el derecho del arrendador. La medida cumple con el régimen general de prelación al determinar la preferencia de los derechos atendiendo a las fechas de su constitución (*«prior tempore potior iure»*). Así, de la extinción de los derechos de usufructo, de superficie u otro de goce análogo, se deriva la del arrendamiento constituido en fecha posterior.

6. Conocimiento del arrendamiento por el adquirente de la vivienda arrendada

Los artículos 13.1 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos señalan la extinción del arrendamiento no inscrito cuando el derecho del arrendador se resuelve por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, por enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra y cuando el adquirente es tercero hipotecario.

En los casos de resolución citados por el precepto nada dice el legislador pero se sobreentiende que los titulares de los derechos que no se subrogan en el arrendamiento deben actuar de buena fe, al igual y por definición, en el supuesto de enajenación de la vivienda arrendada al adquirente tercero hipotecario.

Pero la buena fe exigible en unos y otros es diferente. Los titulares de los derechos determinantes de la resolución deberán desconocer la existencia del arrendamiento. Y el titular tercer hipotecario deberá desconocer las causas por las que se resuelve o anula el derecho del transmitente (art. 34 Ley Hipotecaria), salvo si como he señalado, la Ley de Arrendamientos Urbanos no se está refiriendo solo al adquirente a non domino sino fundamentalmente al adquirente a título oneroso del titular registral que sí puede transmitir porque sí es dueño, entonces también buena fe equivale al desconocimiento de que la vivienda vendida está arrendada.

Partiendo de estas premisas distingamos:

A) Venta inscrita o no inscrita, de finca inscrita arrendada, cuyo arrendamiento puede estar inscrito o no

El artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos regula el derecho de adquisición preferente del arrendatario en caso de venta de la finca arrendada. El arrendatario podrá ejercitar un derecho de tanteo a partir de treinta días naturales a contar desde el siguiente en que se le notifique fehacientemente la decisión de vender la finca y demás condiciones esenciales de la transmisión; o, en su defecto, de retracto, cuando no se le hubiese hecho la notificación prevenida o se hubiesen alterado el precio u otras condiciones esenciales.

Pues bien, en la escritura pública de venta deberá constar en caso de que la vivienda esté arrendada que se han hecho las prevenidas notificaciones o la advertencia de que deban hacerse al arrendatario para su posterior inscripción; y si no está arrendada, el vendedor deberá declararlo así en la escritura bajo pena de falsedad en documento público. De manera, que para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas.

En consecuencia, resulta difícil que el adquirente de la vivienda arrendada no conozca el arrendamiento, aunque este no esté inscrito en el Registro de la Propiedad, cuando en la escritura de venta y en la posterior inscripción de esta debe constar que la vivienda está arrendada; y si no lo está, así deberá declararlo bajo pena de falsedad en documento público.

Por lo que en todos los supuestos señalados por la Ley de Arrendamientos Urbanos en los que el arrendamiento no se mantiene porque no está inscrito (arts. 13.1 y 14.1), el legislador, no puede basarse en la buena fe del titular del derecho que no se subroga en el arrendamiento, porque en el documento público

se ha de hacer constancia del mismo y de las notificaciones al arrendatario para el ejercicio del tanteo o retracto en su caso.

También es cierto que la Ley 4/2013 de 4 de junio reforma el artículo 25 en su párrafo 8, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, estableciendo la posibilidad de las partes del contrato de arrendamiento de pactar la renuncia del arrendatario al derecho de adquisición preferente, debiendo comunicar al arrendatario su intención de vender la vivienda con una antelación mínima de treinta días a la fecha de formalización del contrato de compraventa. Pero el vendedor deberá declarar igualmente en la escritura de venta que la vivienda está arrendada, haciendo constar el pacto por el que el arrendador renuncia al derecho de adquisición preferente, circunstancia que deberá acceder al Registro de la Propiedad, de la misma manera que si el contrato de arrendamiento estuviera inscrito.

Así las cosas, si el legislador en el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos exige buena fe y esta consiste en el desconocimiento del arrendamiento, aplicable también según lo dicho al tercero hipotecario del artículo 14 de la Ley, posiblemente la reforma tenga poca eficacia en la práctica, porque se hace difícil de entender la buena fe, habida cuenta de la constancia en documento público de la existencia del arrendamiento y de las notificaciones efectuadas para el ejercicio del tanteo y retracto.

Reiterada Jurisprudencia señala que no hay buena fe cuando se desconoce lo que con la diligencia normal y adecuada al caso se debería haber conocido[10]. En este sentido, no puede afirmarse que han actuado con la diligencia debida que exige la consideración de la buena fe: el rematante que adquiere la finca arrendada, consecuencia de una ejecución hipotecaria, cuando en el anuncio de la subasta conste la existencia del arrendamiento; o el titular del retracto convencional; el del derecho de opción de compra; el heredero fideicomisario o el comprador que no ha visitado el inmueble para comprobar su estado[11].

B) Venta inscrita de finca arrendada no inscrita

El supuesto es el del propietario (arrendador), que vende la vivienda arrendada, no inscrita en el Registro, al comprador (no arrendatario) que inscribe la venta a través del procedimiento de inmatriculación.

Al igual que en los supuestos anteriores a pesar de que el arrendamiento no esté inscrito, (no puede estarlo, ya que cuando se otorgó el arrendamiento, la vivienda no estaba inscrita), el adquirente es imposible que ignore la existencia del arrendamiento, ya que debe constar en la escritura de venta, la existencia del arrendamiento, el hecho de las notificaciones o la advertencia de que deben hacerse para su posterior inscripción o en su caso, el pacto por el que el arrendatario renuncia a su derecho de adquisición preferente.

C) Venta no inscrita de finca arrendada no inscrita

Este apartado recoge la venta de una vivienda arrendada (no inscrita) que a su vez no se inscribe en el Registro. Tanto si la venta se otorga en documento privado como en escritura pública, es exigible notificar al arrendatario la venta de la vivienda arrendada para que pueda ejercitar, en su caso el derecho de adquisición preferente.

Ahora bien, la venta en documento privado, que no culmine en documento público, no garantiza la constancia del arrendamiento ni que se hagan las notificaciones referidas, por lo que el adquirente puede desconocer la existencia del arrendamiento, pero la buena fe declina ante el hecho posesorio del mismo.

V. REFLEXIONES FINALES

La reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos, como señala la Exposición de Motivos, tiene como objeto flexibilizar e incentivar el mercado de alquiler «por medio de la búsqueda del necesario equilibrio entre las necesidades de vivienda en alquiler y las garantías que deben ofrecerse a los arrendadores para su puesta a disposición del mercado arrendaticio».

Para ello, el legislador ha potenciado la protección del arrendador y la de algunos terceros titulares registrales, al primero, fundamentalmente a través de la reducción de la duración del arrendamiento y de las prórrogas tácitas, y a los otros, por medio del mecanismo de la inscripción, en virtud de los reformados artículos 7. 2, 13, 14 y 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Especialmente, el artículo 7.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de difícil interpretación, plantea por si solo y en relación al resto del articulado múltiples cuestiones. Recordemos que el precepto establece que para que los arrendamientos sobre fincas urbanas surtan efecto frente a terceros han de estar inscritos en el Registro de la Propiedad. *A sensu contrario,* su interpretación literal llevaría a la consideración de que el arrendamiento no inscrito no afectaría a terceros con su derecho inscrito.

Pero, ¿cabe afirmar la inoponobilidad absoluta del arrendamiento no inscrito frente a los derechos inscritos? No, porque la inoponibilidad absoluta llevaría a la consideración de la naturaleza constitutiva de la inscripción registral, cuando en nuestro ordenamiento es declarativa, salvo excepciones.

Este criterio se ve corroborado por los artículos 13.1 y 14.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, porque ¿qué sentido tiene establecer que si se resuelve el derecho del arrendador por las causas establecidas en el precepto, los terceros no asumirán el arrendamiento no inscrito; o que, solamente se mantendrá el arrendamiento si está inscrito con anterioridad a la adquisición de la vivienda arrendada por el tercer hipotecario? Sería una obviedad, si afirmáramos la

inoponibilidad absoluta del arrendamiento no inscrito frente a terceros con sus derechos inscritos.

En consecuencia, no cabe interpretar el artículo 7-2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos *a sensu contrario* y establecer que el arrendamiento no inscrito no produce efecto respecto a los derechos posteriores inscritos. Los efectos del arrendamiento no inscrito frente a lo inscrito debe solucionarse por las normas que armonizan la realidad registral con la extrarregistral. El legislador establece una excepción al régimen general a través de los supuestos recogidos en los artículos citados (13.1, 14.1), en los que el arrendamiento se extingue por prevalecer los derechos inscritos de terceros.

En general las normas relacionadas con la inscripción registral son medidas, que con pretensiones de incentivar el arrendamiento, no han sido bien acogidas:

a) Por la dificultad de ponerlas en práctica

Así, una medida que a priori parece efectiva como la regulada en el artículo 27.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que faculta al arrendador a resolver de pleno derecho el contrato de arrendamiento por falta de pago, previo requerimiento notarial o judicial, siempre que se hubiera estipulado en el contrato que el arrendamiento quede resuelto con restitución inmediata del inmueble al arrendador, plantea cuestiones procedimentales que el legislador no resuelve, por ejemplo, ¿cómo se lanza al arrendatario?

Por otro lado, ¿se exige buena fe por parte del tercero que no se subroga en el arrendamiento?, nada señala el legislador, pero si la respuesta es afirmativa, difícilmente serán de aplicación las normas por las que se extingue el arrendamiento, porque entendiendo como buena fe el desconocimiento del mismo, ¿teniendo en cuenta la situación posesoria del arrendamiento, además de la exigencia de su constancia documental, es posible la actitud diligente del tercero desconociéndolo?

b) Por la falta de claridad de las normas

Así ¿qué entiende el legislador por tercero hipotecario? ¿el adquirente a non domino?, o ¿todo comprador que inscribe su derecho y que adquiere del arrendador-propietario y titular registral? Entiendo que por ser lo habitual, se está refiriendo a todo adquirente a título oneroso de la vivienda arrendada que adquiere del titular registral e inscribe su derecho.

¿Pueden interpretarse *a sensu contrario* los artículos 13 y 14 LAU? Considero que son excepciones al régimen general por lo que la respuesta según la argumentación expuesta en el texto debe ser afirmativa.

c) Por entender que las normas reformadas van en detrimento del arrendatario

Se entiende que la actual Ley de Arrendamientos Urbanos va en detrimento del arrendatario al compararla con la regulación anterior a la reforma, antes de ella, el arrendamiento se mantenía en los mismos supuestos que después se extingue. Especialmente llama la atención que un tema tan sensible en la actualidad como son las ejecuciones hipotecarias, el arrendamiento se extinga si no está inscrito con anterioridad a la constitución de la hipoteca, lo que supondría la facultad del adjudicatario de ejercitar el desahucio contra el arrendatario.

GARCÍA y GARCÍA señala que el régimen normativo del arrendamiento siempre ha sido demasiado confuso a diferencia de las normas claras y precisas que existen para la regulación de la propiedad y de los derechos reales, incluso para los que tienen mas similitud con el arrendamiento como es el usufructo[12].

Pero ¿cómo solucionarlo?

Señala VIGIL DE QUIÑONES OTERO que lo más sencillo sería que las leyes de arrendamiento volviesen a la estela del Código Civil para todos los arrendamientos reputándolos derecho personal como en el Derecho romano si no está inscrito, y permitir una oponibilidad *erga omnes* cuando lo esté.

La regulación jurídica del arrendamiento presenta gran dificultad, sus motivos no le faltan: es una relación jurídica en el que el derecho del arrendador es personal y real, el del arrendatario por su carácter posesorio; al ser contrato, se pretende lograr el equilibrio de derechos y obligaciones de las partes, pero sin olvidar por otro lado las connotaciones sociales de la vivienda ocupada por el arrendatario; es controvertido, si el acto de arrendar es de administración o de disposición; a todo ello se añade la finalidad de agilizar el tráfico jurídico sin menoscabar la seguridad y la protección de terceros.

Así las cosas, entiendo que la Ley de Arrendamientos Urbanos debería regular el arrendamiento como figura contractual de naturaleza obligacional, buscando una posición de equilibrio en la relación jurídica entre arrendador y arrendatario, sin olvidar, por un lado, las vicisitudes sociales y de protección familiar de la vivienda arrendada y por otro, facilitando mediante un procedimiento rápido, barato y eficaz, la resolución del arrendamiento por incumplimiento de las obligaciones del arrendatario.

En cuanto a los efectos respecto a terceros, el derecho del arrendatario, como poseedor que es con poder directo e inmediato sobre la vivienda arrendada, sin necesidad de la cooperación del arrendador, debería tratarse como otros derechos reales de parecidas características (usufructo, derecho de uso…), cuya inscripción registral, si así lo desea su titular, recordemos su carácter declarativo, estaría amparado por los principios hipotecarios de publicidad, fe pública registral legitimación, prioridad registral y tracto sucesivo.

CONCLUSIONES

I. Los terceros a los que se refiere la Ley de Arrendamientos Urbanos son titulares registrales de derechos sobre la vivienda arrendada que no son parte en el contrato de arrendamiento. Se distingue el adquirente titular tercero hipotecario, los terceros del artículo 13.1, y todos los demás.

II. La referencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos al titular tercero hipotecario parece referirse a todo titular registral que adquiere a título oneroso de otro titular, la propiedad de la vivienda arrendada, desconociendo la existencia del arrendamiento.

III. No cabe afirmar la inoponibilidad absoluta del arrendamiento no inscrito frente a terceros que inscriben su derecho, dado el carácter declarativo de la inscripción registral.

IV. El arrendamiento no inscrito es inoponible al heredero fideicomisario, al titular de un derecho de retracto convencional, de opción de compra, de derecho de hipoteca o de otro derecho que implique ejecución judicial y al adquirente titular tercero hipotecario.

V. Los titulares de derechos inscritos posteriores al arrendamiento no inscrito que no sean: adquirente tercer hipotecario, heredero fideicomisario, titular de un derecho de retracto convencional, de opción de compra, de derecho de hipoteca o de otro derecho que implique ejecución judicial, gozarán como todo titular registral de la protección registral que deriva de los principios registrales, pero la preferencia de los derechos en conflicto se resolverá por las normas determinantes de la prelación de créditos en concordancia con los preceptos hipotecarios.

VI. La buena fe del tercero que no se subroga en el arrendamiento consiste en el desconocimiento de su existencia.

VII. Teniendo en cuenta la situación posesoria del arrendamiento de vivienda, además de la exigencia de su constancia documental, la exigencia de la buena fe del tercero que no se subroga en el arrendamiento, supondría en la práctica la inaplicabilidad de la norma que establece la no subrogación.

BIBLIOGRAFÍA

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E. (2014, 2015). La doble venta, la venta de cosa ajena y el Registro de la Propiedad. *Revista General del Notariado, núms. 92-93*.

CARRERAS MARAÑA, J. M. (2010). Por la inscripción voluntaria del contrato de arrendamiento, ¿Deja de existir un derecho personal y surge un derecho real? *Cuadernos de Arrendamientos Urbanos*, núm. 303, pp. 7-12.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., SERRA RODRÍGUEZ, A (coords.), (2010), Derecho Civil III, Tirant Lo Blanch,Valencia.

GARCÍA Y GARCÍA, J. M. (2009 y 2011). *Código de Legislación Inmobiliaria Hipotecaria y de Registro Mercantil*, Tomo I y II, Sexta, Séptima Edición, Navarra, Editorial Aranzadi S.A.

LOSCERTALES FUERTES, D. (2014). Las inconsecuencias de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los Arrendamientos Urbanos, *La Notaría,* pp. 85 y 86.

MERINO ESCARTÍN, J. F., Resumen de la Reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos, http//www. notariosyregistradores.com

PÉREZ HEREZA, J. (2014). Arrendamiento, hipotecas y Registro de la Propiedad, *Revista Notario del Siglo XXI,* Colegio Notarial de Madrid, htp//www.elnotario.es

VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2014). El arrendamiento urbano, arrendatario casado en consorciales: perspectiva registral, *Actas de Vigésimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés,* Edita Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 133 y sigs.

NOTAS

[1] La adquisición *a non domino* de bienes muebles está recogido en el artículo 464 del Código Civil.

[2] Supone la exclusión de los efectos jurídicos perjudiciales al 3.ª Hipotecario de derechos no inscritos.

[3] *Vid*., GARCÍA y GARCÍA, *Código de la Legislación Inmobiliaria y del Registro Mercantil,* 7.º Ed. Civitas, 2011, p. 2643, DE LA PUENTE ALFARO, F.; *El arrendamiento urbano frente a terceros,* Bosch, Barcelona, 1996, p. 72; DE QUIÑONES OTERO, El arrendamiento urbano, arrendatario casado en consorciales. Perspectiva Registral. *Actas de Vigésimoterceros Encuentros de Foro de Derecho Aragonés,* p. 14, Los citados autores, por motivos diferentes a los alegados en el texto, entienden que la remisión de la LAU al tercero hipotecario es incomprensible pues el artículo 34 LH no soluciona la colisión de dos derechos reales, sino que protege al tercero en caso de que adquiera un bien y luego se resuelva su derecho.

[4] GARCÍA y GARCÍA, señala que la buena fe, no ha de consistir solo en la ignorancia del arriendo, sino de las peculiares condiciones del mismo, tales como su duración o fecha de celebración, pues de lo que se trata, es conocer el contenido total del contrato del que el adquirente puede subrogarse en los derechos y obligaciones que de él derivan, *(Código de la Legislación Inmobiliaria y del Registro Mercantil,* 7.º Ed. Civitas 2011, p. 2643).

[5] Por ejemplo, el adquirente a título oneroso del usufructo del propietario o usufructuario, que teniendo inscrito su derecho se resuelve por causas que no consten en el Registro.

[6] Artículo 9 LAU: 1. «*La duración del arrendamiento será la libremente pactada por las partes. Si esta fuera inferior a tres años, llegado el día del vencimiento del contrato, este se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de tres años, salvo que el arrendador manifieste al arrendador con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de la prórrogas, su voluntad de renovarlo*».

Artículo 10, 1: «*Si llegada la fecha de vencimiento del contrato, o de cualquiera de sus prórrogas, una vez transcurridos como mínimo tres años de duración de aquel, ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con treinta días de antelación a aquella fecha, su voluntad de renovarlo, el contrato se prorrogará necesariamente durante un año mas*».

[7] Artículo 14 LAU antes de la reforma: «*El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurran en él los requisitos del artículo 14 LH*».

[8] *Vid*., BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, La doble venta, la venta de cosa ajena y el Registro de la Propiedad, *Revista General del Notariado,* núm. 92 y 93, octubre de 2014 - marzo de 2015.

[9] La norma sorprende al ponerla en relación con el capítulo primero de la Ley 1/2013 de 14 de mayo de Protección de Deudores Hipotecarios de Reestructuración de Deuda y Alquiler Social, (anterior en 20 días a la Ley de 4 de junio, objeto de estudio), que prevé la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión y con el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero de Segunda Oportunidad y otras Medidas, que modifica el artículo 3 de la Ley 1/2013 extendiendo la suspensión de lanzamientos judiciales y extrajudiciales y añadiendo un supuesto más de vulnerabilidad.

[10] *Vid*., entre otras, la STS 27 de diciembre de 2004.

[11] Artículos 13 y 14 LAU.

[12] GARCÍA GARCÍA, *Código de la Legislación Inmobiliaria y del Registro Mercantil,* 7.ª ed. Civitas 2011.

[13] *Actas de Vigésimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés,* Edita Justicia de Aragón, Zaragoza 2014, p. 143.

Impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana: aproximación a un tributo de moda

Municipal tax on the increase in value of urban land: a look at a fashion tribute

por
ENRIQUE JOSÉ RODRÍGUEZ CATIVIELA
Notario

RESUMEN: En este artículo se trata de realizar una sencilla aproximación al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, un tributo antes casi imperceptible pero que con la crisis económica ha adquirido una gran actualidad. Se inicia con el estudio de su casi centenaria historia, examinando a continuación cada uno de sus elementos. Se dedica una especial atención al problema de su cuantificación objetiva, que permite gravar supuestos sin incremento real de valor. Asimismo, se describe el método para determinar su importe, incluyendo un caso práctico. El artículo finaliza con las perspectivas de futuro del tributo, proponiendo su integración en el Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI).

ABSTRACT: This paper is make a simple approach to IIVTNU, a before almost imperceptible tribute, but the economic crisis has taken a very topi-

cal. It begins with the study of its nearly century-old history, then examining each of its elements. Special attention to the problem of objectively quantified, which allows cases in which there is no increase in value is taxed is dedicated. It also describes the method for determining the amount, including a case study. The paper ends with future prospects tribute, proposing integration in the IBI.

PALABRAS CLAVE: Incremento real de valor. Cuantificación objetiva. Doble imposición.

KEY WORDS: Real increase in value. Objectively quantified. Double taxation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. UN POCO DE HISTORIA PARA COMENZAR.—III. CARACTERÍSTICAS DEL ACTUAL IMPUESTO: 1. DIRECTO, PROVOCANDO DOBLE IMPOSICIÓN. 2. MUNICIPAL. 3. REAL. 4. INSTANTÁNEO. 5. OMNICOMPRENSIVO. 6. INMOBILIARIO. 7. CON BASE IMPONIBLE CALCULADA DE FORMA OBJETIVA. 8. DE DISCRETA POTENCIA RECAUDATORIA.—IV. HECHO IMPONIBLE: 1. PROBLEMA GENERAL. 2. ASPECTOS PARTICULARES.—V. SUJETOS PASIVOS.—VI. CUANTIFICACIÓN.—VII. GESTIÓN DEL IMPUESTO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS ASPECTOS NOTARIALES Y REGISTRALES.—VIII. PERSPECTIVAS DE FUTURO.—IX. BREVES CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU), denominado en términos vulgares «plusvalía municipal», y que en adelante denominaré sencillamente «el Impuesto», ha abandonado en los últimos tiempos su modesta posición dentro del sistema fiscal español para adquirir un repentino protagonismo. La profunda crisis económica que hemos padecido ha elevado una figura imperceptible que apenas ocupaba una modesta nota a pie de página en los tratados de Derecho Tributario, y una parte no cuestionada del importe de los costes de transacción de los bienes inmobiliarios, a un papel esencial. Este fenómeno se ha debido fundamentalmente al notable gravamen que implica a pesar del hundimiento generalizado de los precios de los inmuebles urbanos, lo que provoca la existencia de importantes disminuciones patrimoniales difícilmente conciliable con un tributo que debido a sus peculiares normas de cálculo de la base imponible, siempre resulta exigible por grande que haya sido la pérdida real experimentada por la transmisión —o adquisición— pues ambas son objeto de gravamen en

función de la naturaleza onerosa o gratuita, respectivamente del terreno. Y lo que en las épocas de prosperidad era una partida más, ahora representa un coste importante y en algunos supuestos, absolutamente inasumible para el sujeto pasivo obligado al pago del Impuesto. Un impuesto denominado «de Incremento Patrimonial», que hace tributar como tales enormes minusvalías, admitidas pacíficamente como tales por los tributos más prestigiosos del Sistema, provoca una airada reacción de hostilidad en los contribuyentes que tienen la desgracia de padecerlo.

Esto se ha visto agravado, en una suerte de tormenta perfecta, con otras circunstancias adversas. Por un lado, el notable incremento de los valores catastrales de los bienes urbanos llevado a efecto durante los últimos años por los Ayuntamientos, con el fin de actualizar las bases del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), muy erosionadas por el «boom» del mercado inmobiliario operado en los años inmediatamente anteriores al estallido de la crisis económica, pues precisamente una parte de este Valor Catastral vigente en el momento de la operación, la correspondiente al suelo, constituye el elemento determinante para cuantificar la cuota del Impuesto. Y por otro, la significativa rebaja de otras figuras tributarias, también estrechamente ligadas al fenómeno inmobiliario, como el Impuesto sobre el Patrimonio, ampliamente bonificado, hasta el punto de no exigirse en determinadas CCAA (caso del País Valenciano y Madrid, donde la bonificación alcanza al 100%); y el ISD, prácticamente inexistente en las transmisiones entre ascendientes, descendientes y cónyuges en buena parte del territorio español. Lo cual significa que en la mayoría de las herencias y donaciones, aquellas que tienen por objeto principal bienes urbanos, el coste principal es precisamente este Impuesto, antes poco menos que invisible. Tal estado de la cuestión ha provocado, por un lado una reacción del propio legislador, que ha establecido con carácter retroactivo la exención total del Impuesto para los supuestos más escandalosos, como la dación en pago de la vivienda habitual del deudor hipotecario o garante del mismo, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca, y en general en transmisiones derivadas de ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales[1].

De otra parte, se han publicado recientemente diversos trabajos doctrinales, alguno de ellos muy crítico con el impuesto, y propugnando su expulsión del ordenamiento jurídico por inconstitucionalidad[2]. Resulta curioso que un tributo de solera casi centenaria, vigente con diferentes nombres bajo el imperio de tres constituciones, las de 1876, 1931 y la vigente, aparte de las inefables Leyes Fundamentales del Reino, y habiendo vivido entre otras vicisitudes las consecuencias de la Crisis de 1929 y la catástrofe de la Guerra Civil y su larga postguerra, precisamente ahora resulte tan cuestionado.

Por último, y aludiendo a la esfera registral, tampoco hay que dejar de lado la reciente implantación del cierre del Registro, y la consiguiente existencia de diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notaria-

do (DGRN), que aplicando esta norma endurecen el acceso al Registro de la Propiedad[3].

Tales razones justifican esta humilde aproximación a una figura tributaria curiosa y olvidada que ha caminado de puntillas durante décadas, pero que inopinadamente ha provocado un pequeño terremoto con oleadas de recursos ante los tribunales y cierta preocupación por parte de los operadores jurídicos —mis disculpas por la utilización de tan horrendo neologismo—. En las páginas que siguen, trataré de esclarecer las principales cuestiones suscitadas por el tributo para ofrecer a quien pudiera estar interesado un punto de vista lo más sencillo y aséptico posible.

II. UN POCO DE HISTORIA PARA COMENZAR

Es una lástima que en la lectura de los trabajos jurídicos, nos saltemos siempre el apartado histórico, pues suele ofrecer algunas claves para una mejor comprensión de la materia tratada. En este caso también es así.

Como ya anticipé, se trata de una figura muy añeja, con mucha más antigüedad que los impuestos cardinales de nuestro sistema tributario: IRPF, Sociedades e IVA.

Su antecedente más remoto se encuentra en Alemania, y más concretamente en el gravamen establecido en la colonia de Kiantschou (China) en 1898, también con carácter local aunque más tarde se convertirá en imperial. Después se implantaría sucesivamente en Dinamarca, Reino Unido, Francia e Italia[4].

En España, se empieza a hablar de él tras el fracaso de la desamortización, que había tratado de financiar los municipios vía patrimonio, como alternativa recaudatoria al muy impopular Impuesto sobre Consumos.

Con este objetivo se creó el Arbitrio de Plusvalía, antecedente del Impuesto vigente. Su primera norma fue el Real Decreto de 13 de marzo de 1919, promulgado al amparo del artículo 9 de la Ley de Autorizaciones de 2 de marzo de 1917, siendo Ministro de Hacienda GÓMEZ ACEBO. Este Real Decreto se inspiró en el proyecto de ley de Exacciones Municipales, que se había elaborado en 1910 bajo el mandato del Ministro COVIÁN, el denominado Proyecto Canalejas. Aunque, su antecedente más remoto sea el Proyecto de Haciendas Locales de 1907, conocido como Proyecto Maura, frustrado como el anterior, que ya preveía el establecimiento de un impuesto sobre el incremento de valor que obtuvieran las propiedades directamente beneficiadas por las reformas urbanas. Se le confirió provisionalmente carácter municipal, lo cual persiste en la actualidad. Y naturaleza potestativa, de suerte que no resultaba obligatoria su implantación por los municipios[5]. Solo sometía a gravamen el incremento de valor de aquellos terrenos con naturaleza de solares en el momento de su transmisión. El cálculo de la plusvalía era mucho más correcto técnicamente

que en el Impuesto vigente, pues consistía —como no puede suceder de otra manera en un impuesto de esta naturaleza— en la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión, con una serie de deducciones, como las mejoras, las contribuciones especiales y el Impuesto de Derechos Reales. Y el tipo de gravamen era progresivo en función de la plusvalía obtenida, del 5 al 25%, lo cual es discutible, pues resulta más ortodoxa la fijación de un tipo único, como sucede incluso en el IRPF para el gravamen de los incrementos patrimoniales.

Junto al Arbitrio de Plusvalía propiamente dicho, que solamente afectaba a las personas físicas, por razones de justicia existía lo que para algunos era una modalidad del arbitrio, pero que más bien constituía un tributo independiente[6], la mal llamada Tasa de Equivalencia, que gravaba la mera tenencia de solares por parte de las personas jurídicas, que obviamente nunca mueren —aunque esta verdad también se está viendo sometida a una dura prueba en estos últimos años— y en virtud de la cual debían tributar por la prolongación de su titularidad durante un determinado periodo de tiempo, últimamente diez años.

Aquí se halla la clave del nuevo tributo al que tan larga vida aguardaría: gravar los terrenos urbanos, de ahí que su gravamen se redujera a los solares, cuyo valor se incrementa por sí solo, sin actividad alguna de quien la obtiene, sino exclusivamente por una actuación extraña a él, la realizada por la actividad de ensanche y urbanización urbana de las Corporaciones Municipales[7].

Otros hitos reguladores posteriores, que trataron de mejorar técnicamente el arbitrio, especialmente en materia de valoraciones, fueron el Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924, el Real Decreto-ley de 3 de noviembre de 1928, proyectado por CALVO SOTELO, y el Decreto de Ordenación Provisional de las Haciendas Locales de 25 de enero de 1946, desarrollando la Ley de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945, que no se articularía hasta el Decreto de 1953. También hay que citar los Reglamentos de Haciendas Locales de 1952 y 1981. Aparte de las Ordenanzas particulares de cada Municipio, para desarrollar la normativa estatal del Impuesto, siempre dentro de los límites fijados por ella.

Con posterioridad, en plena agonía del Régimen anterior, se promulgó la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de Bases del Régimen Local, que ya no hablaba de «arbitrio» sino de Impuesto. Esta Ley, que jamás se articularía, sería desarrollada en este punto por el Real Decreto 3250/76, de 30 de diciembre. Los RR.DD. Leyes 15/1978 de 7 de junio, 11/1979 de 20 de julio y 3/1981, de 16 de enero, introdujeron importantes modificaciones en la normativa del Impuesto, así como otro tributo solapado con él —el Municipal sobre Solares—. También es interesante la Orden de Presidencia del Gobierno 20 de diciembre de 1978, que aprobó una Ordenanza fiscal-tipo de obligada aplicación para aquellos Ayuntamientos que no aprobasen otra. Una de las modificaciones más significativas fue su implantación con carácter obligatorio en todas las capitales de provincia y aquellos municipios que superasen los 20.000 habitantes. Otra importante y elogiable modificación fue la integración de la antigua Tasa de Equivalencia en

el Impuesto, pues de ser un tributo independiente como se vio con anterioridad, pasó a tener carácter de ingreso a cuenta, con lo cual perdería su independencia.

También hay que mencionar una mejora técnica más que una ampliación del hecho imponible: la equiparación con la transmisión de la constitución y extinción de los derechos reales de goce restrictivos del dominio, como el usufructo, la servidumbre o la superficie.

En esta regulación, resultaba presupuesto indispensable para el devengo del tributo por la concurrencia del hecho imponible que se produjera un incremento de valor real y objetivo del terreno manifestado con ocasión de su transmisión o la constitución o extinción de derechos reales restrictivos del dominio. Este dato supone un planteamiento distinto al de la normativa vigente. Lo propio sucede con la cuantificación de la base imponible, que continuaba calculándose por la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión, determinada con arreglo a unos índices de precios elaborados trianualmente por el Municipio, ponderándose no solamente la realidad del mercado sino también la depreciación monetaria, que no influye para nada en la cuantificación actual. Continuaban existiendo determinados ajustes a la baja como las mejoras permanentes y aquellas contribuciones especiales que afectasen exclusivamente al terreno.

En cuanto al tipo, era fijado por el Ayuntamiento con un tope del 40% del importe del incremento. Otra diferencia muy significativa con la regulación vigente es la existencia de un tope específico aplicable exclusivamente a las sucesiones directas entre cónyuges y padres e hijos, que es la cifra de la liquidación girada para cada inmueble en el antiguo Impuesto sobre Derechos Reales.

Por último, la gestión del Impuesto, como en la actualidad, corría a cargo de los Ayuntamientos, partiendo de la declaración del contribuyente en el plazo de un mes o un año, según se produjera la transmisión *inter vivos* o *mortis causa* respectivamente, mediante la práctica de la correspondiente liquidación, que como se desprende de lo expuesto implicaba una gran complejidad. De ahí que el procedimiento de autoliquidación generalizado en casi todos los impuestos, en este no se llevase a la práctica, aunque estuviese previsto facultativamente (art. 97.4 del ya citado Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre)[8].

Como en la actualidad, aunque desde luego con mucha menos algarabía, la posición doctrinal en relación al Impuesto resultaba bastante crítica, fundamentalmente debido a su conflictividad y los graves problemas jurídicos que planteaba la fijación de los índices de valoración a efectos de la determinación de su base imponible[9].

III. CARACTERÍSTICAS DEL ACTUAL IMPUESTO

La normativa vigente parte de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales, modificada por las Leyes 50/1988, de 30 de diciembre y

51/2002, de 27 de diciembre, modificación esta última que, como veremos, desempeñó un papel muy importante en los efectos altamente injustos derivados de la aplicación del Impuesto y su alta litigiosidad, y se encuentra contenida en el TR citado, artículos 104 y 110 ambos inclusive. Sus características serían las siguientes:

1. Es un tributo directo

Pues tiene por objeto el patrimonio, y en concreto el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana puesto de manifiesto a consecuencia de su transmisión o la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, que recaiga sobre los mismos. En la tributación de las transmisiones onerosas concurre con el gravamen genérico de los incrementos patrimoniales del IRPF estatal, provocando un caso de doble imposición, como otros muchos en nuestro sistema, a veces dentro del propio ámbito estatal, como por ejemplo y sin salir del ámbito inmobiliario entre el IRPF y el Patrimonio, cuando el primero grava los rendimientos presuntos de inmuebles no arrendados. Esta doble imposición estaba expresamente reconocida por la Ley 39/1988, que en su D. Adicional 7.ª.1, dispondría la deducción en el IRPF del 75% de la cuota del nuevo Impuesto. Pero el aplazamiento de su implantación eliminó la correcta integración de ambos tributos.

Esta doble imposición es parcial, puesto que solo afecta a la parte del incremento —cuantitativamente fundamental— referida al valor del suelo urbano. También debo precisar que utilizo el término doble imposición no en sentido legal sino de técnica tributaria, como lo hacen la mayoría de los autores que han estudiado el tema. Sabido es que el Tribunal Constitucional tiene declarado que no se incurre en la doble imposición prohibida por la LOFCA entre el Impuesto y el IRPF, por el carácter local del Impuesto y su distinta naturaleza (sentencia 186/1993, de 7 de junio, entre otras.)

En la tributación de los actos gratuitos sujetos al Impuesto, también se da una doble imposición parcial, en esta ocasión con un tributo cedido a las Comunidades Autónomas, el Impuesto de Sucesiones y Donaciones (ISD). Al revés que en la normativa anterior, ya no se contemplan topes de tributación al respecto.

Esta doble imposición, como señalé al principio, ha coincidido con una atenuación del Impuesto en las transmisiones tanto *inter vivos* como *mortis causa* entre cónyuges y parientes más próximos en grado, lo que si por un lado resuelve el problema de la doble imposición, por otro agrava la discriminación entre Comunidades Autónomas y lo convierte en protagonista tributario de estas transmisiones en aquellos territorios prácticamente libres de tributación por ISD[10].

En ambos supuestos, el Impuesto concurre con el IBI, tradicionalmente el eje del sistema tributario español, y en la actualidad del local. La concurrencia es doble, pues si de un lado los valores catastrales constituyen el elemento fundamental para cuantificar su base imponible, ambos tributos gravan parcialmente el mismo objeto imponible (el valor de los inmuebles, según expresión literal del artículo 60 TR, si bien el IBI lo hace de forma periódica por su titularidad y el Impuesto de forma instantánea al transmitir y adquirir el terreno, pero si los valores catastrales se actualizasen debidamente la doble imposición sería muy considerable.

2. Se trata, como es tradicional, de un tributo municipal

Constante histórica ya expuesta, y de implantación potestativa para los Municipios (art. 59.2 TR). Igualmente resulta posible la delegación de las facultades de gestión, liquidación, inspección y recaudación en la respectiva Comunidad Autónoma, o en su caso, en otra entidad local en cuyo territorio estén integradas (art. 7 TR).

La implantación y regulación del Impuesto, si el Municipio hiciese uso de la facultad de exigirlo en su territorio, se lleva a efecto a través de la correspondiente ordenanza fiscal. Su procedimiento de elaboración y los requisitos de publicidad se regulan por el artículo 17 TR. De hecho, en la mayoría de los municipios españoles ha tenido lugar su implantación.

Las Ordenanzas Municipales, norma de rango reglamentario típico de la Administración Local, presentan ciertas peculiaridades, sobre todo en orden a la aprobación y publicación, que dificultan el conocimiento efectivo de su contenido por parte de los administrados en general, y en el de las Fiscales por los contribuyentes, dentro de esta amazónica proliferación de normas a que dan lugar las cuatro esferas administrativas del Estado autonómico[11].

En la esfera tributaria, el problema principal es la mayor exigencia del principio de legalidad. No obstante, como ha puesto de manifiesto la doctrina[12], el acusado protagonismo del Estado en la tributación local derivado de los artículos 133.1 y 149.1 CE y el excesivo detallismo de la Ley de Haciendas Locales en la regulación de estos impuestos zanjan el problema.

3. Es un impuesto real

Pues el elemento objetivo de su presupuesto de hecho no se proyecta sobre el elemento personal de la relación tributaria, como sucede en el IRPF o Sociedades, sino que es constitutivamente autónomo[13].

4. Estamos ante un impuesto instantáneo

Que se agota por su propia naturaleza en un determinado periodo de tiempo, que es cuando efectivamente tiene lugar el acto jurídico de adquisición, transmisión o constitución de derechos reales limitativos del dominio[14].

Esto no sucedía con la Tasa de Equivalencia aplicable a las personas jurídicas en la normativa anterior del Impuesto, que sí revestía por su devengo naturaleza de impuesto periódico.

5. Constituye un impuesto omnicomprensivo

Pues abarca tanto los actos jurídicos a título oneroso como lucrativo, *inter vivos* o *mortis causa*, transmisiones como constitución de cualquier derecho real de goce limitativo del dominio, siempre que por supuesto se refieran a los terrenos de naturaleza urbana. Y ya se efectúe por personas físicas o jurídicas de cualquier clase, aunque como veremos, algunas gocen de exención subjetiva (art. 105.2 TR).

En esto se distingue del ISD, que grava exclusivamente a las personas físicas (art. 5 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre). El gravamen de las adquisiciones a título gratuito por las personas jurídicas corre a cargo del Impuesto sobre Sociedades (arts. 4.1 y 10.1 de su nueva Ley reguladora, la 27/2014 de 27 de noviembre). El antiguo Impuesto sobre los Bienes de las Personas Jurídicas, de naturaleza periódica, un equivalente a la Tasa de Equivalencia en el ISD, ya hace mucho tiempo que fue derogado.

6. Es un impuesto inmobiliario

En cuanto grava este tipo de riqueza. Es uno de los rasgos inmarcesibles de nuestro vigente sistema fiscal. No solamente existen varios tributos de esta naturaleza, como el Impuesto, el IBI, el que recae sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, también local; muchas tasas, como la de Basuras, y la totalidad de las contribuciones especiales, sino que los impuestos capitales del sistema también gravan de forma muy significativa las manifestaciones de riqueza inmobiliaria. Ya hice una referencia al IRPF. El Impuesto sobre el Patrimonio, se ha convertido fundamentalmente en inmobiliario, tras la exención de las empresas familiares. Y el IVA, cuya Directiva 77/338, de 17 de mayo de 1977 ordenó una implantación armonizada del Impuesto en los estados miembros de la entonces CEE, no exigía el gravamen de los inmuebles, pero desde el primer momento se aplicó con calzador en España, lo que produjo muchas distorsiones y controversias con las cuantiosas devoluciones y las renuncias a la exención.

De hecho, el artículo 15.2.a) de la Directiva actualmente vigente, la 2006/112/CE del Consejo de 28 de noviembre sobre sistema común del IVA, modificada por las 2008/8/CE de 12 de febrero y 2013/61/UE de 27 de noviembre, mantiene la misma línea.

Esta constante tiene una doble explicación. En primer lugar, la histórica. Nuestra tardía industrialización hizo que la economía española poseyese hasta tiempos relativamente recientes un carácter fundamentalmente agrario, y en consecuencia el grueso de la tributación recaía sobre bienes inmuebles rústicos, mediante el cálculo de sus rendimientos potenciales por el Catastro. Incluso el mayor privilegio territorial existente en el sistema tiene este origen. Me refiero al Concierto Económico vigente en los Territorios Históricos del País Vasco, cuyo origen no es precisamente foral, sino todo lo contrario: la Ley de Abolición de los Fueros de 21 de julio de 1876 que implantó en esos territorios el régimen fiscal común, pero ante la ausencia de datos catastrales sobre sus fincas hubo de recurrir al instrumento técnico del cupo, que con el paso del tiempo, se consolidó, desvirtuó y gracias a la Disposición Adicional Primera CE, se revalorizó, transformándose en un sistema envidiado y reivindicado por otras Comunidades Autónomas, singularmente Cataluña, antes de la encrucijada actual.

La otra explicación estriba en la dificultad de evasión ante la pronunciada propensión de los españoles al fraude fiscal. Si sociológicamente el sistema tributario está diseñado para la clase media; económicamente, por razones de eficacia se sustenta sobre el doble y firme pilar del factor trabajo y la riqueza inmobiliaria.

7. La estimación de la base del impuesto no es directa, sino objetiva

Este ha sido, y continúa siendo, el aspecto más polémico del Impuesto, que desarrollaré en los siguientes apartados, y que ha suscitado dudas sobre su constitucionalidad por oponerse al artículo 31 CE. Resulta indiscutible que su hecho imponible sí refleja la capacidad económica de su transmitente o adquirente[15]. Pero el problema estriba en su forma de cuantificar el incremento.

Ha sido su pecado original, pero con la actual regulación se ha convertido en mortal, al desaparecer el escaso refinamiento técnico existente en la normativa anterior.

8. Desde la perspectiva económico-financiera, es un impuesto de discreta potencia recaudatoria

Con datos referidos al ejercicio 2012, en que los impuestos representaban un 35,2% de los ingresos totales de los municipios españoles, con un porcen-

taje mucho mayor en las dos grandes ciudades, el Impuesto representaba con relación al total de los ingresos apenas un 2,71% (1.506,26 millones de euros) muy lejos del 22,67% del IBI (12.581,68 millones de euros)[16].

IV. HECHO IMPONIBLE

1. Problema general

Acabo de referir cuál es el hecho imponible del Impuesto, y el grave problema de su sistema de cuantificación. Estamos ante el problema capital del Impuesto. Al respecto existen dos posiciones bien diferenciadas.

La primera, la oficial, defendida por parte de la doctrina y la jurisprudencia, integrada por los Tribunales Superiores de Justicia, puesto que todavía no se ha pronunciado al respecto el Tribunal Supremo, y evidentemente por los órganos gestores, no solo municipales, sino también la prestigiosa Dirección General de Tributos, centro directivo del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, encargada de elaborar los anteproyectos de las normas tributarias así como diversos informes, y resolver las consultas tributarias escritas, sean o no vinculantes para la Administración. Este organismo, caracterizado por su rigor técnico, y su excesiva prudencia a la hora de dictaminar la no tributación de los supuestos de hecho sometidos a su consideración, encabeza con rotundidad la posición de identificar y subordinar de forma absoluta el incremento de valor contemplado como hecho imponible del Impuesto con el importe de la base imponible calculada conforme a las reglas contenidas en el artículo 107 TR, con independencia de que en la transmisión concreta sujeta al Impuesto haya o no existido realmente tal incremento de valor.

Este planteamiento se ha plasmado, entre otras resoluciones, en su consulta/informe de 18 de diciembre de 2012, de la que se pueden extraer afirmaciones como las que siguen: *«En la regulación vigente no se encuentra la previsión de que la base imponible sea el incremento real del valor de los terrenos, sino que es el incremento que resulte de lo establecido en el propio precepto legal»*.

Más tajante es, si cabe, la reciente respuesta a la Consulta vinculante V0153-14, de 23 de enero de 2014, proveniente de la Subdirección General de Tributos Locales: *«La regla de determinación de la base imponible del IIVTNU establecida por el TRLRHL no es una presunción ni una regla probatoria, sino una regla de valoración que permite cuantificar la base imponible a través de un método objetivo. El Impuesto no somete a tributación una plusvalía real, sino una plusvalía cuantificada de forma objetiva… Es una regla objetiva, disociada de la realidad que puede ser inferior o superior al incremento real del terreno»*.

La gran especialista del Impuesto, Beatriz Moreno Serrano, aporta un argumento legal esencial para sustentar esta tesis, a la que por cierto ella no se

adhiere: la modificación del artículo 108.1 de la Ley de Haciendas Locales por la antes citada Ley 51/2002, y que pasó al TR vigente. Esta Ley suprimió la palabra real cuando al regular la base imponible se establecía que esta venía constituida por el incremento (ya no real) del valor de los terrenos puesto de manifiesto en el momento del devengo. Con la nueva redacción, ya sería imposible admitir la prueba por parte del contribuyente de que en la transmisión del terreno no ha experimentado de forma «real» un incremento, pues la valoración legal del incremento de valor conllevaría una presunción *iuris et de iure*[17].

Tal planteamiento, aparte de las injustas consecuencias que acarrea su aplicación a la realidad actual, presenta dos problemas dogmáticos en el campo del Derecho Tributario: la inversión del hecho imponible versus base imponible. Frente a la idea, recogida expresamente en el artículo 50.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), de que la base imponible es la magnitud dineraria o de otra naturaleza que resulta de la medición o valoración del hecho imponible, aquí el hecho imponible pierde toda sustantividad y se remite a la metodología de su cálculo, lo cual lo elimina conceptualmente. El hecho imponible, aunque no existiese, pasaría a ser la cifra calculada objetivamente de acuerdo con las reglas de la base imponible.

El segundo problema es que la estimación objetiva de la base imponible, aparte de estar prevista legalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.3 LGT, tendrá en todo caso, carácter voluntario para el contribuyente[18].

Frente a esta posición, existe otra, predominante desde el estallido de la crisis económica, presente incluso en varios informes del Defensor del Pueblo, la cual mantiene la tesis de que no es posible que el Impuesto grave incrementos no reales. Y la identificación del hecho imponible con las normas objetivas de valoración de la base imponible, en ningún caso representa la existencia de una presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*, cabiendo siempre la alegación y prueba por parte del contribuyente de que en el negocio jurídico concreto que originó el devengo del Impuesto no se habría experimentado ningún tipo de incremento real, pese a la norma de cuantificación objetiva de su base imponible.

En esta línea, se encuentran autores como CASANA, basado en la jurisprudencia del TS sentada durante la aplicación anterior del Impuesto, citando varias sentencias, como las de 25 de noviembre de 1991, y 23 de enero y 9 de octubre de 1992. Aunque el Municipio, en sus liquidaciones deba aplicar siempre la normativa legal, el particular también podrá probar que su aplicación lleva a resultados absurdos o muy apartados de la realidad[19].

En la misma línea se encuentra RUBIO DE URQUÍA, buen conocedor de nuestro sistema tributario local, para quien si la transmisión de un terreno no pone de manifiesto un incremento de valor, habrá que entender que el hecho imponible del Impuesto no ha tenido lugar. Obviamente reconoce el choque con la norma objetiva de cuantificación de la base imponible, pero tal contradicción no puede ni debe resolverse a favor del «método de cálculo» y en detrimen-

to de la realidad económica, pues ello supondría subordinar los principios de equidad, justicia y capacidad económica a la «comodidad administrativa» en la gestión del Impuesto[20].

Otros autores que mantienen esta misma posición son, entre otros, SÁNCHEZ GALIANA, FUENCISLA QUESADA; CALVO ORTEGA, CHECA, SIMÓN ACOSTA, EMILIO ARAGONÉS, ANTONIO AGÚNDEZ[21] Y más recientemente, CHICO DE LA CÁMARA[22].

En el plano jurisprudencial, hay que citar en primer lugar la sentencia del TC 221/1992, de 11 de diciembre, que *a sensu contrario,* implica una deslegitimación del actual sistema de cuantificación del Impuesto, por no tener en cuenta —al revés que el anterior— los efectos de la inflación, gravando incrementos puramente nominales en vez de plusvalías reales.

Pasando a analizar la naturaleza jurídica de la presunción legal, y la posibilidad de probar por parte del contribuyente la inexistencia de un incremento real de valor, la mayor parte de los Tribunales Superiores de Justicia, venían admitiendo dicha prueba, considerando que estamos ante una presunción *iuris tantum*. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana fue el pionero, con su sentencia 520/1997, de 26 de mayo. Otros como los de Castilla-La Mancha (sentencia 797/1999, de 3 de septiembre) y las Islas Canarias (sentencia 91/2001, de 12 de enero) están en la misma línea. Solamente el TSJ de Andalucía, cuya doctrina reproducen machaconamente los Ayuntamientos en la plantilla utilizada para desestimar los millares de recursos administrativos interpuestos contra sus liquidaciones, sostiene que la presunción legal reviste el carácter de *iuris et de iure*[23].

Más recientes son las sentencias del TSJ de Cataluña 305, 312, 478, 505, 553, 848, 900, 925 de 2012, y la 805 de 18 de julio de 2013. Tales sentencias han sido muy jaleadas por algunos medios[24], aunque como se deduce de lo expuesto tampoco representen ninguna novedad. En todas ellas se dirimía la posible inconstitucionalidad de diversas Ordenanzas Fiscales reguladoras del Impuesto (y también del IBI, entre ellas la aprobada por el Ayuntamiento de Barcelona), por ser contrarias al principio de capacidad económica. Los recursos fueron desestimados, pero las sentencias declararon que sin un efectivo incremento de valor experimentado por los terrenos de naturaleza urbana, no puede surgir la obligación tributaria al faltar para ello un elemento esencial del hecho imponible, debiendo *«entenderse que las reglas del artículo 107.2 TR son subsidiarias del principio contenido en el 107.1 sobre el incremento»* (antes «real» y ahora «incremento» a secas, lo que no quiere decir que haya de ser irreal o ficticio). De modo que cuando se acredite y pruebe que en el caso concreto no ha existido, en términos económicos y reales incremento alguno, no tendrá lugar el presupuesto de hecho fijado por la ley para configurar el tributo (art. 104.1 TRLHL) y este no podrá exigirse, por más que la aplicación de las reglas del artículo 107.2 produzca siempre la existencia de teóricos incrementos.

Es evidente que esta es la solución más correcta, tanto desde la perspectiva de la técnica jurídica como de la lógica económica, así como la más coherente con la prolongada trayectoria histórica del Impuesto, la más acorde con la actual realidad socioeconómica, y desde luego la más justa.

Sin embargo, desde el punto de vista práctico, el problema está lejos de resolverse. Puesto que, si bien desde el punto de vista del Derecho Material está muy claro que sin incremento real no existe hecho imponible y resulta improcedente la liquidación del Impuesto conforme a las reglas fijadas por el artículo 107.2 del TR, al tratarse de una presunción legal *iuris tantum* que también se compadece muy mal con el escenario resultante de la larga y profunda crisis económica, por razones de Derecho Procesal, el contribuyente afectado viene obligado a probar la existencia en la transmisión o constitución de derechos, de valores reales diferentes a los legales, pudiendo acudirse, como señalan las sentencias últimamente citadas, incluso a la tasación pericial contradictoria.

Esta prueba necesariamente habría de aportarse en el plano judicial, pues los Ayuntamientos ni siquiera la admiten, al seguir la tesis de la plena objetividad del Impuesto y de la naturaleza *iuris et de iure* de la presunción.

Y semejante exigencia procesal hará muy dificultosa y costosa económicamente la empresa de la prueba, en especial en las adquisiciones a título gratuito, más teñidas de subjetivismo, lo que convertirá en inviables la mayoría de las impugnaciones. Estoy de acuerdo con las observaciones de MOROTE en tal sentido[25]. Sería deseable una apertura del criterio judicial, sobre todo respecto de determinados supuestos, ante la cruda realidad actual del mercado inmobiliario, especialmente deprimido en materia de suelo urbano. Las elevadas provisiones que los Bancos se han visto obligados a practicar en sus balances por este motivo son un buen testimonio de ello.

2. Aspectos particulares

Estudiado ya el problema capital de su objetividad y relación con las normas de cálculo de la base imponible, apuntaré sucintamente algunas cuestiones del hecho imponible, que por su interés requerirían un tratamiento mucho más amplio.

La primera observación es su amplísimo ámbito, coherente con el carácter omnicomprensivo del Impuesto. Sin embargo, algunas propuestas *de lege ferenda,* propugnan un ámbito todavía mayor.

Una de ellas se refiere a la exclusión de gravamen en el artículo 107.4.a) TR de los incrementos manifestados antes de transcurrir un año desde la adquisición del terreno. SUÁREZ PANDIELLO y otros[26] argumentan con razón, que con esta limitación escapan del Impuesto, precisamente los incrementos más elevados y especulativos, que en la práctica han tenido lugar en el ya olvidado

pasado inmediato, especialmente cuando se generan tras determinadas decisiones urbanísticas adoptadas por el mismo ente recaudador. El brusco cambio de escenario ha hecho perder actualidad a tan atinada propuesta.

La otra propuesta atañe al gravamen de los terrenos rústicos. Tradicionalmente, tales terrenos han sido excluidos de tributación. El artículo 104.2 TR los declara no sujetos, remitiéndose para su delimitación con los urbanos a las normas del IBI, contenidas en el artículo 61.3, que a su vez se remite a la normativa del Catastro Inmobiliario. Sin embargo, el artículo 7.3 TR contempla un concepto meramente residual, que ha producido serios problemas prácticos de delimitación, alguno de los cuales, planteado a raíz de la inscripción, ha debido afrontar la DGRN[27].

Existen posiciones doctrinales, como la de BEATRIZ MORENO, que ante el carácter objetivo del Impuesto, ya no ligado como en el pasado al incremento provocado por las actuaciones urbanísticas de los Ayuntamientos, abogan por la tributación de estos terrenos rústicos, lo que además eliminaría de raíz los problemas de delimitación antes apuntados[28]. En mi modestísima opinión, esta propuesta no es acertada, pues aparte de hurgar más en la herida, no se acompasaría con la histórica filosofía urbana del Impuesto, tropezando además con un obstáculo que de hecho ya ha provocado el estancamiento recaudatorio de este sector del IBI: la tenaz resistencia de uno de los muchos sectores económicos españoles desvinculados de cualquier tributación.

Otra propuesta de gran interés, también en la línea de ampliar el círculo del hecho imponible, sobre todo a la vista de muy arraigadas prácticas elusorias, consiste en aplicar al Impuesto la norma contenida en el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, utilizando la técnica de la transparencia fiscal, en virtud de la cual tributarían, como ya sucede en ITP e IVA, aquellas transmisiones de acciones o participaciones sociales, que equivalen a la adquisición de un inmueble, cuando se den los presupuestos legales para ello, pues lo contrario implica a efectos prácticos la exención de las personas jurídicas[29].

Aparte de la no sujeción de los terrenos rústicos, el TR contiene otro supuesto de no sujeción que junto a las exenciones objetivas cierra el círculo del ámbito de su hecho imponible. El primero consiste en las aportaciones de bienes y derechos efectuadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, las consiguientes adjudicaciones a su favor, y aquellas transmisiones resultantes de sentencias de nulidad, separación y divorcio (art. 104.3). Y las exenciones objetivas son las operaciones relacionadas con los derechos de servidumbre y el Conjunto Histórico-Artístico (art. 105.1).

Por último, apuntaré alguna cuestión suscitada en la aplicación del Impuesto por algunos negocios jurídicos distintos a los que podríamos considerar típicos: compraventa, donación, herencia y usufructo. A veces la propia norma aborda la cuestión, y otras han sido los entes administrativos y judiciales los que han salido al paso de diversos problemas surgidos en la práctica.

La permuta, en principio, implica a efectos del Impuesto una doble transmisión, aunque no siempre sucede así, como cuando entran en ella terrenos rústicos[30].

En materia de expropiación, el gravamen recae sobre la parte del justiprecio que corresponda al valor del terreno, salvo que su valor catastral sea inferior, en cuyo caso se aplicará este (art. 107.2.d). Si se da la reversión, también se devenga el tributo.

En materia sucesoria, dos supuestos son dignos de mención: la renuncia hereditaria a favor de uno o varios coherederos; y la sustitución fideicomisaria, con incidencia del Impuesto tanto en su institución como en las sustituciones si estamos ante un fideicomiso de residuo. Si no se confiere poder de disposición, tributará como el usufructuario.

Especial interés revisten las operaciones societarias, pues en todas ellas pueden existir actos sujetos a gravamen. Sobre todo las aportaciones sociales de terrenos con ocasión de la constitución y ampliación de capital, pero también en las restituciones de la propia sociedad a favor de los socios en las disoluciones y reducciones de capital. El mayor problema es la determinación del momento de devengo del Impuesto. De acuerdo con la normativa mercantil y la jurisprudencia, la transmisión no se producirá hasta su inscripción en el Registro Mercantil, aunque los Ayuntamientos, basados en sentencias aisladas y alguna resolución de la DGRN, suelen exigir el tributo en el momento de otorgamiento de la escritura[31].

En las fusiones y escisiones, la tributación se difiere, si las compañías implicadas se acogen como sucede siempre al régimen especial contemplado en la normativa del Impuesto sobre Sociedades (arts. 77 y 80 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre). La aplicación de este régimen es litigiosa, pues la Administración Tributaria suele adoptar una posición bastante rigurosa en la interpretación del condicionante contenido en el artículo 96.2 TRIS (y actualmente 89.2 LIS), contando con un sólido apoyo jurisprudencial[32]. La propia LIS extiende el régimen de diferimiento al Impuesto, cuando su D. Adicional 2.ª aplaza el devengo a la transmisión posterior como sucede con las plusvalías del Impuesto sobre Sociedades, partiendo para su cuantificación no de esta operación, sino de la adquisición primitiva del terreno. Solución técnicamente correcta, pues las plusvalías son precisamente la razón de ser del régimen[33].

En estos últimos tiempos, desgraciadamente son muy frecuentes las daciones en pago de deudas. Y los escandalosos efectos que conllevan, provocaron como hice constar al principio, la creación de una nueva exención, lo que constituye un dato preocupante, pues parece como si el legislador no confiase en la eficacia de los instrumentos legales vigentes para excluir la tributación de tan clamorosas pérdidas patrimoniales. La otra cara de la moneda ha sido el privilegiado trato fiscal concedido a los Bancos en sus operaciones de saneamiento cuando aportan activos y pasivos a las Sociedades de Gestión de activos inmobiliarios. El

artículo 8.1 del Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, ha extendido a este supuesto el régimen fiscal de las fusiones que acabo de estudiar.

Otros actos gravados serían, sin ánimo ni mucho menos exhaustivo, la liquidación de las cuentas en participación si existen terrenos urbanos de por medio; la constitución o transmisión del derecho a elevar una o más plantas sobre un edificio o terreno, o del derecho a realizar la construcción bajo suelo sin implicar la existencia de un derecho real de superficie [art. 107.2.c) TR].

Por el contrario existen otros supuestos excluidos de tributación, como las transmisiones de terrenos y consiguientes adjudicaciones resultado de actuaciones urbanísticas, como las reparcelaciones y sistemas de compensación (art. 18.7 TR de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio). La explicación es el funcionamiento de la subrogación legal en las unidades de ejecución, por lo que solamente existiría tributación en el exceso sobre lo aportado, si lo hubiere. Lo mismo sucede con los expedientes de dominio y actas de notoriedad, por no poseer naturaleza traslativa sino adjetiva para resolver carencias de ciertas titularidades ayunas del amparo del Registro de la Propiedad. Otros son la extinción del usufructo o el condominio-simple especificación de derechos y el arrendamiento financiero en tanto se ejercita la opción de compra.

V. SUJETOS PASIVOS

Al revés que la complejísima problemática del hecho imponible, la regulación del sujeto pasivo es relativamente sencilla, y sobre todo de mayor rigor técnico.

La norma del artículo 106 TR atribuye la condición de sujeto pasivo a título de contribuyente del Impuesto, en función de la naturaleza jurídica que revista la transmisión de terrenos o la constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio sobre los mismos. Si tiene carácter lucrativo (*inter vivos* o *mortis causa*) el obligado al pago del Impuesto será el adquirente del terreno o del correspondiente derecho real, o la persona a cuyo favor se establezca este derecho. Por el contrario, si se trata de negocios jurídicos a título oneroso, el transmitente (o constituyente del derecho real) es el sujeto pasivo del Impuesto.

El criterio resulta correcto técnicamente, pues coincide con el fijado en el impuesto directo más generalista que recae sobre las transmisiones a título lucrativo, el ISD. Algún autor, no sin parte de razón, considera que en las donaciones, la persona que ha experimentado el incremento de valor, que ambos Impuestos tratan de gravar, y que en consecuencia debiera ser sujeto pasivo, no es otra que el donante, pues el donatario se limita a adquirir un bien o derecho, con un valor determinado, que servirá de punto de partida para posi-

bles incrementos de futuro[34]. Pero frente a esta consideración, se alza la razón de que en los negocios a título lucrativo el incremento de valor gravado, que justifica social y políticamente el Impuesto por su función redistributiva que según el artículo 31 CE debe inspirar el conjunto de nuestro sistema fiscal, se identifica con el valor íntegro de los bienes y derechos adquiridos sin ningún tipo de contraprestación.

En cuanto a los negocios jurídicos a título oneroso, aunque el ITP no sigue este criterio, gravando siempre al adquirente, el IVA salvo los escasos supuestos de inversión de sujeto pasivo, también grava al transmitente.

Coherentemente con el carácter omnicomprensivo del Impuesto ya estudiado con anterioridad, los sujetos pasivos no abarcan solamente las personas físicas, sus tradicionales contribuyentes, sino también como ya anticipé todo tipo de personas jurídicas, incluso las Comunidades de Bienes y otros entes sin personalidad jurídica mencionados en el artículo 35.4 LGT.

Los sujetos pasivos del Impuesto lo son a título de contribuyentes, y no de sustitutos, salvo en el supuesto residual del artículo 106.2 TR que prevé el mecanismo de la sustitución del contribuyente por el adquirente cuando el contribuyente que transmita a título oneroso el bien o derecho sea una persona física no residente en España. La excepción está justificada por razones de eficacia recaudatoria. Pero una extensión mayor de esta figura, existente históricamente en el Impuesto, ya no estaría justificada por tal ratio. Además, la sustitución ha perdido terreno en nuestro sistema, a favor de mecanismos más *lights* pero igual de eficaces en la práctica, como los retenedores y los obligados a practicar ingresos a cuenta y pagos fraccionados, citados junto al sustituto en el artículo 35.2 LGT[35].

La dimensión subjetiva del Impuesto se completa con el catálogo de las exenciones de esta naturaleza, que cuenta con un ámbito muy acotado. Se encuentra recogida en el artículo 105.2 TR y comprende los entes públicos, benéficos, docentes, la Cruz Roja y los titulares de concesiones administrativas revertibles respecto a los terrenos afectos a las mismas, así como las personas o entidades a cuyo favor se haya reconocido exención en los tratados o convenios internacionales. En la citada reforma de 2014 sobre las daciones en pago y ejecuciones hipotecarias se eliminó la exención subjetiva de las entidades benéfico-docentes, sustituyéndola por los transmitentes de sus viviendas en estas tristes circunstancias. Tal trueque justifica la exclusión de la compensación estatal a los municipios en caso de establecimiento de exenciones que merme la recaudación del Impuesto, prevista en el artículo 9.2 TR.

Dentro de este último grupo de contribuyentes, el caso más llamativo es el de la Iglesia, por el acuerdo Estado Español-Santa Sede sobre Asuntos Económicos de 3 de enero de 1979. El TS en un primer momento se mostró bastante restrictivo[36]. Sin embargo, la situación cambió con la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de la fiscalidad del Mecenazgo. Según su artículo 15.3 la exención

del Impuesto pasó a ser puramente subjetiva para las entidades, que como la Iglesia, carecen de fines lucrativos, sin ningún requisito adicional. Sin embargo, la reciente supresión que acabo de referir de la exención relativa a las entidades benéficas o benéfico-docentes, podría perfectamente reabrir el problema.

La cuestión de mayor interés, que afecta a la práctica notarial y registral, es el pacto suscrito entre ambas partes en virtud del cual, dentro de las transmisiones a título oneroso, el adquirente asume la obligación de pago del Impuesto, que como se ha visto legalmente corresponde al transmitente, salvo algunos territorios sujetos a Derecho Foral. La doctrina tributarista, basada en la norma establecida por el artículo 17.5 LGT, lo relega al ámbito privado, sin que pueda afectar en este caso a la Administración Municipal[37]. Y procesalmente, sería la Jurisdicción Civil la única competente para resolver las posibles controversias surgidas del cumplimiento de este pacto.

Sin embargo el TS se ha mostrado bastante abierto en el reconocimiento de determinados efectos que exceden del ámbito jurídico-privado trazado por la LGT. Así, ha reconocido la legitimación de quien asume la obligación de pagar el Impuesto para recurrir la liquidación, como titular de un interés legítimo en el asunto, el cual se hallaría amparado por las leyes 30/1992 y la de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA)[38].

Otro aspecto destacable de este pacto es su posible carácter abusivo, cuando lo sufren los consumidores, pues desde la reforma de 2006 el artículo 89.3.c) del TR de la Ley de Protección de Consumidores y Usuarios, califica como abusiva aquella estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, lo que ha reducido considerablemente la frecuencia del pacto[39].

La aplicación del Impuesto también ha planteado ciertos problemas teóricos ya estudiados en el apartado anterior, como en las sustituciones hereditarias en las cuales se daría una sucesión de sujetos pasivos; así como en la exención de Telefónica y las Universidades, apreciándose en la jurisprudencia un carácter bastante restrictivo.

VI. CUANTIFICACIÓN

Como en el apartado 3 ya estudié con cierto detalle la problemática del carácter objetivo de la base imponible del Impuesto, así como su pretendida identificación con el hecho imponible, en este apartado me limitaré a exponer el sistema de cuantificación del Impuesto.

La primera impresión que suscita esta regulación es su falta de transparencia. Es la primera impresión que siente el contribuyente que tras perfeccionar un negocio jurídico sujeto se enfrenta al tributo. Al revés que en la mayoría de los impuestos instantáneos, y salvo que sea un experto en fiscalidad, o

recurra a las muchas páginas de Internet dotadas de programas para efectuar el cálculo, sería incapaz de conocer ni siquiera aproximadamente la cuota a satisfacer al Ayuntamiento. Aunque se molestase en leer con la mayor atención los artículos 107 y 108 TR, no obtendría demasiada luz. Tal vez la idea más clara que extraería de su lectura es que para su cuantificación no se parte del valor real, sino del que tenga el terreno en el momento del devengo a efectos del IBI. Sobre ese valor se aplicará un coeficiente anual determinado por cada Ayuntamiento, dentro de unos topes fijados por tramos en el precepto legal en función del periodo de tiempo transcurrido desde su adquisición, que va desde un año —recordemos la crítica a este límite— hasta veinte, y que oscilan entre el 3 y el 3,7, en los cuatro tramos, aunque en Navarra el mínimo es 2. Lo habitual en las Ordenanzas Fiscales de los Ayuntamientos es que estos tramos sean decrecientes, es decir que conforme más largo sea el periodo impositivo menor es el coeficiente[40]. El TR prevé que se apliquen temporalmente coeficientes adicionales de reducción entre el 40 y el 60%, cuando tenga lugar una modificación de los valores catastrales de los terrenos a efectos del IBI como consecuencia de un procedimiento de valoración colectiva de carácter general (art. 107.3 TR). Hay supuestos concretos, como el tradicional relativo a la constitución del derecho real de usufructo, en los cuales la cuantificación alcanza cotas de especial complejidad[41].

Y sobre el valor así obtenido, que daría lugar a la base imponible, se aplicaría el tipo de gravamen, que tampoco se fija en el artículo 108 TR, sino que lo determina el respectivo Ayuntamiento, aunque sujeto a otro tope legal, el 30%. Esto daría lugar a la cuota íntegra del Impuesto[42].

Para obtener la cuota líquida a pagar, todavía debe aplicarse sobre la cuota íntegra el importe de la bonificación, que cada Ayuntamiento establezca en su ordenanza fiscal dentro de otro tope legal fijado por el artículo 108.4 TR —en este caso el 95%— aunque exclusivamente sobre las transmisiones de terrenos y transmisión o constitución de derechos reales de goce limitativos de dominio, realizadas a título lucrativo por causa de muerte a favor de los descendientes y adoptados, los cónyuges y los ascendientes y adoptantes[43].

Estamos ante una ecuación con demasiadas incógnitas: la primera, saber si el Ayuntamiento aplicará o no el Impuesto. La segunda, averiguar el valor catastral del suelo en el recibo del IBI del que no siempre se dispone. La tercera, sin duda la más peliaguda, fijar la base imponible, que aparte del problema del cálculo, tropieza con el interrogante de la determinación de los coeficientes aplicables. La cuarta, averiguar el tipo. Y si hubiese derecho a la bonificación prevista en el artículo 108.4 TR, todavía quedaría una nueva x: descubrir el porcentaje que ha de aplicarse cuyo tope legal es el 95%, y que varía en función del importe de su valor catastral.

A la vista de lo anterior, parece conveniente ilustrar las líneas anteriores con un sencillo supuesto de hecho, que expondré de forma absolutamente caricaturesca, solicitando por anticipado mil perdones por ello.

Supongamos, que Jonathan, soltero y residente en la capital de España, tras obtener el grado de Derecho y cursar dos costosos masters, halla por recomendación de un tío materno muy influyente y oráculo del clan familiar, un trabajo basura como falso autónomo en un despacho jurídico de tres al cuarto. Realizadas las oportunas consultas, decide iniciar una convivencia con Vanessa, su agraciada compañera sentimental. Ante la ausencia de recursos por parte de los jóvenes, la abnegada madre del muchacho, le dona un apartamento de cien metros cuadrados de superficie útil sito en la calle Claudio Coello de Madrid, que su madre adquiriera por herencia en su ya olvidada juventud. Durante el primer semestre de 2015 otorgan ante notario la correspondiente escritura pública a fin de obtener la bonificación del 99% en el ISD establecida por la normativa de la CAM. Después de abonar la cuota a su cargo, y al solicitar la inscripción de su titularidad en el Registro de la Propiedad número 1 de Madrid, recibe la nota de calificación del Sr. Registrador en la que consta el defecto de no haber acreditado su obligación de pago o presentación del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, razón por la cual suspende la inscripción por defecto subsanable. Con la natural desolación, nos consulta sobre el importe de la cuota a satisfacer.

La primera incógnita es sencilla de despejar. El Impuesto se aplica en Madrid. La Ordenanza Fiscal vigente se aprobó el 20 de diciembre de 2001.

La segunda es fijar el valor catastral de la porción del terreno urbano sobre la que se sustenta el edificio que alberga el apartamento. Aquí se alza el primer obstáculo, pues no se dispone del recibo correspondiente a 2015, que no se recibirá hasta el mes de septiembre. Solo el Excmo. Ayuntamiento cuenta con el dato. Pero, a la vista de lo que está cayendo es muy probable que se mantenga el establecido para 2014.

Examinado el recibo, Jonathan comprueba estupefacto como el valor catastral del suelo asciende a 341.558,28 euros, que representa sobre el valor catastral total del apartamento, nada menos que el 87%.

Obtenido el valor del terreno a efectos del Impuesto, toca la determinación de su base imponible. Según el artículo 10.1 de la Ordenanza Fiscal citada, el Ayuntamiento se acogió al tope previsto en el artículo 107.4 TR, es decir el 3,7. Como la adquisición del apartamento por la donante, tuvo lugar hace más de veinte años se aplica el porcentaje de incremento máximo contenido en la escala recogida en la Ordenanza, es decir 60.

En consecuencia, la base imponible del Impuesto será la siguiente:

— 341.558,28 x 0,6 = 204.934,97 euros.

El tipo de gravamen establecido por el artículo 17 de la Ordenanza para este supuesto es del 29%, pues solamente se aplica el tope legal del 30% para aquellas transmisiones que no excedan de los cinco años.

Por lo tanto, la cuota íntegra del Impuesto será la siguiente:

— 204.934,97 x 0,29 = 59.431,14. (Es decir el 17,4% del valor catastral del suelo).

La cuota líquida a ingresar, en este caso coincide con la íntegra, al no resultar aplicable la bonificación del artículo 18 de la Ordenanza, circunscrita por imperativo legal a las adquisiciones a título lucrativo por causa de muerte.

Probablemente la reacción del muchacho sería la renuncia o reversión de la donación, de ser posible, y el estudio de una fórmula jurídica más indolora fiscalmente para acoger su cohabitación con la gentil Vanessa, como la del precario o la compraventa simulada. Si no, su progenitora debería apoquinar una segunda donación, de guita en esta ocasión, para permitir al vástago el abono de la cuota del Impuesto.

De este eutrapélico supuesto, se podrían sentar las siguientes conclusiones acerca del cálculo de la base:

— Se trata de una cuantificación objetiva. Remisión al apartado del hecho imponible.
— Las normas legales adolecen de una notable complejidad, en parte a causa de la autonomía que la legislación de Régimen Local otorga a los Ayuntamientos. Se trata de una regulación de máximos. Resulta indispensable la consulta de la ordenanza fiscal de cada ayuntamiento.
— Ante la dificultad liquidatoria, no resulta factible la utilización del sistema de autoliquidación pura y dura de la deuda tributaria, como sucede en casi todos los impuestos. La liquidación se suele realizar por el órgano gestor del Municipio, partiendo de los datos contenidos en la declaración del contribuyente por la que se aportan los elementos de la relación tributaria imprescindibles para practicar la liquidación procedente (art. 110.1 TR) Como la Ley faculta a los Ayuntamientos para establecer el sistema de autoliquidación por el sujeto pasivo (art. 110.4 TR), la mayoría, como el de Madrid en el artículo 25 de su Ordenanza, optan por lo que LÓPEZ LEÓN denomina «autoliquidación asistida», consistente en la utilización de un aplicativo informático de gestión habilitado por el Ayuntamiento a los datos presentados por el contribuyente, conforme a los artículos 77 y 78 del Reglamento de Gestión e Inspección y Procedimientos Comunes, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio[44].

Antes de concluir este punto, debo hacerme eco de una sentencia que en su día levantó bastante polvareda. Se trata de la 00085/2012 dictada el 17 de abril de 2012 por el TSJ de Castilla-La Mancha. En esta sentencia se declara que la base imponible del Impuesto debe calcularse no en base al valor catastral del momento de la transmisión sino al vigente en el momento de adquisición del

terreno, al no ajustarse la norma legal al espíritu del Impuesto, pues lo que se estaría calculando sería el incremento del suelo en los años sucesivos y no el de los años pasados. Se trata de un camino intermedio para limitar la notoria injusticia producida en los últimos tiempos por la objetividad del cálculo de la base, pero que carece de todo apoyo normativo. Porque el criterio legal de cálculo es el que es. Simplemente lo que ocurre es que solo cuando se da el presupuesto del hecho imponible —la existencia de un incremento real de valor—, entran en funcionamiento estas normas de cuantificación.

VII. GESTIÓN DEL IMPUESTO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS ASPECTOS NOTARIALES Y REGISTRALES

Ya anticipé que la gestión del Impuesto, regulada en el artículo 110 TR, parte de la declaración que el contribuyente debe presentar ante el Ayuntamiento respectivo, conteniendo los elementos imprescindibles para que su órgano gestor practique la correspondiente liquidación, y junto a ella el documento —por lo general una escritura pública— en que se hayan formalizado los actos jurídicos o contratos que originan la imposición (art. 110.3). O la autoliquidación «asistida», cuando esté prevista. Lo cierto es que cada vez son más los Ayuntamientos que ejercen esta facultad legal, implementando su presentación telemática, como los de Madrid y Barcelona. El plazo de presentación para los actos *inter vivos* es de 30 días hábiles, sin distinguir entre los de título oneroso y lucrativo; mientras que en los *mortis causa,* en paralelo con la normativa del ISD, son seis meses prorrogables hasta un año a solicitud del sujeto pasivo, lo cual es debido a la larga duración que a veces acarrean las operaciones particionales.

Con el fin de facilitar el control sobre los actos sujetos al Impuesto, y en consecuencia asegurar la efectividad de su cumplimiento, el TR contempla unas obligaciones de comunicación al Ayuntamiento de los actos sujetos en los mismos plazos vistos para los contribuyentes por parte del donante o la persona que haya constituido o transmitido el derecho real en los actos a título lucrativo, y del adquirente o la persona a cuyo favor se constituya o transmita el derecho real, en los negocios a título oneroso (art. 110.6 TR). En opinión de LÓPEZ LEÓN, salvo previsión en contrario de la Ordenanza, esta declaración no se halla sujeta a formalidad alguna, y aunque nada diga el precepto, sobraría en caso de sustitución[45].

Más importante a efectos prácticos es el deber de colaboración impuesto al colectivo notarial por el artículo 110.7 TR. Este precepto lo concreta en tres obligaciones distintas, al margen del genérico de colaboración previsto en el artículo 93.4 LGT:

— Incluir en los índices de periodicidad trimestral —actualmente quincenal— relación de todos los documentos autorizados y privados cuyas fir-

mas hayan legitimado durante el periodo anterior que contengan hechos, actos o negocios jurídicos que pongan de manifiesto la realización del hecho imponible del Impuesto, con excepción de los de última voluntad. Tales índices actualmente son informatizados y el acceso por parte de los Ayuntamientos se efectúa ante la plataforma telemática del Consejo General del Notariado (CGN) gestionado por ANCERT (Agencia Notarial de Certificación), de acuerdo con la delegación del Ministerio de Justicia prevista en el artículo 7.2 del Real Decreto 1643/2000, de 22 de septiembre[46].

— Hacer constar la referencia catastral de los bienes inmuebles transmitidos. Medida establecida en orden a facilitar la explotación de la información suministrada en este y otros impuestos.
— Advertir expresamente a los obligados, dentro del propio instrumento autorizado, de su deber de presentar en plazo la declaración al ayuntamiento, y de la responsabilidad en la que incurren caso de no hacerlo.

Con razón llama la atención a MOCHÓN el amplio número de personas obligadas a comunicar a los ayuntamientos la realización del hecho imponible del Impuesto: los sujetos pasivos, los contratantes que no lo sean, y los notarios que autoricen los negocios jurídicos sujetos[47]. Tal vez la explicación sea la falta de afección del inmueble a la obligación de pago, que se ha dado históricamente en el Impuesto, y que actualmente subsiste en el IBI.

Una importante vuelta de tuerca de esta obligación se produjo con la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, cuya Disposición final cuarta introdujo el artículo 254.5 de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor «el Registro de la Propiedad no practicará la inscripción correspondiente de ningún documento que contenga acto o contrato determinante de las obligaciones tributarias por el Impuesto, sin que se acredite previamente haber presentado la autoliquidación o, en su caso, la declaración del Impuesto, o la comunicación a que se refiere el artículo 110.6.b) TR».

Es decir, que a partir de 2013 se ha reimplantado el cierre registral, pues la medida no es nueva en la historia del Impuesto. Resulta significativo que incluso la doctrina tributarista se muestra en contra de medida tan radical, propugnando que se sustituya por un sistema de información en tiempo real entre los Registros de la Propiedad, la AEAT y otros entes públicos con competencias equivalentes[48]. Aunque parece ser que esta interconexión en tiempo real todavía no es posible técnicamente.

En orden a facilitar esta obligación, impidiendo el cierre registral, el CGN suscribió el 4 de abril de 2013 un acuerdo con la FEMP, potenciando la información electrónica suministrada para facilitar la liquidación por el Ayuntamiento de la cuota del Impuesto, aparte de convenios puntuales con distintos entes locales para la remisión telemática de autoliquidaciones[49].

Durante la vigencia del cierre registral, a la hora de la inscripción, se han producido ciertas incidencias con las calificaciones de los registradores de la propiedad de documentos que pretendían la inscripción y el valor de los justificantes electrónicos de las obligaciones de comunicación citadas. La doctrina sentada al respecto por el Centro Directivo es muy estricta[50].

Por supuesto, que en caso de incumplimiento de la obligación del contribuyente, el Ayuntamiento puede y debe actuar de oficio, con o sin denuncia, iniciando los procedimientos previstos con carácter general por la normativa fiscal para la debida regularización de las situaciones tributarias, como los de verificación de datos y comprobación limitada.

A continuación de la notificación de la liquidación practicada por el Ayuntamiento, o la autoliquidación en su caso, surge para los contribuyentes la obligación de pagar el Impuesto en los plazos establecidos por el artículo 62.2 LGT. En caso de incumplimiento, serán exigibles los correspondientes recargos, pudiendo iniciarse el procedimiento de apremio.

Contra estas liquidaciones, cabrá la interposición de los correspondientes recursos: el de reposición ante el Ayuntamiento, o el económico-administrativo en el ámbito administrativo, según la población del municipio, en el plazo de un mes desde la notificación (art. 108 LBRL). Y en caso de inadmisión o desestimación, el Recurso contencioso-administrativo, ante los Juzgados de lo contencioso-administrativo, con competencia exclusiva en materia local, dentro del plazo de dos meses [art. 8.1.b) LJCA].

Como en cualquier tributo, los Ayuntamientos pueden desarrollar actividades de inspección para investigar y comprobar el correcto cumplimiento de las obligaciones establecidas por la normativa del Impuesto en tanto este no haya prescrito, y regularizar en su caso los supuestos que no ajusten a la Ley[51].

VIII. PERSPECTIVAS DE FUTURO

El futuro del Impuesto, como el de tantas otras cosas en el momento actual, aparece muy difuso. El escenario sobre el que se desenvuelve es sumamente complicado. Su brusca deslegitimación fruto de la crisis económica, su supuesta inconstitucionalidad, sus recurrentes deficiencias técnicas, el derrumbe del sector inmobiliario, las acuciantes necesidades financieras de los Ayuntamientos y su obligación legal de sanear las cuentas, su doble imposición —o si se quiere— superposición con otros tributos, las desigualdades de tributación en los diferentes territorios —en especial algunos forales—, y las incertidumbres políticas que hacen presagiar una nueva y muy diferente correlación de fuerzas de cara a las próximas elecciones constituyen un agobiante inventario de problemas que dificulta enormemente el pronóstico. Sin embargo, todo apunta a que tiene mucho más pasado que futuro.

En principio, no consta la existencia de ningún borrador o anteproyecto oficial que se plantee una reforma en profundidad o la supresión del Impuesto[52].

Por parte de los especialistas en imposición local, se han barajado dos grandes alternativas al respecto:

Mantenimiento del Impuesto, aunque reformando su estructura con objeto de dotarle de una mayor consistencia técnica que elimine sus componentes de arbitrariedad y efectos perversos, tratando de aproximarlo a la realidad. Esta es, sin duda, la propuesta dominante.

SUÁREZ PANDIELLO, contempla al respecto dos hipótesis:

— Que el tributo conserve su actual configuración, aunque tratando de limar sus aristas más duras. En este sentido, propone recuperar las dos valoraciones de adquisición y enajenación del terreno.
— Ampliar su hecho imponible, comprendiendo no solo el terreno sino el inmueble entero, con integración en este caso en IRPF e ISD para evitar la doble imposición, y gravando siempre valores reales[53]. LAGO y MARTÍNEZ VÁZQUEZ comparten esta tesis[54].

En un terreno similar se mueve la alternativa formulada por la comisión de expertos del Ayuntamiento de Madrid, cuando propone gravar el valor real de enajenación del terreno, aunque con unos tipos inferiores a los vigentes para atenuar los problemas de doble imposición[55].

La otra línea de actuación pasa por la supresión del Impuesto, integrándolo en otra figura que, aunque sea parcialmente, grave el mismo hecho imponible, con lo cual desaparecerían todos los problemas de doble imposición y también las graves deficiencias técnicas que lo han venido lastrando desde su origen. La propuesta apunta justamente a uno de los tributos esenciales del sistema, y dotado de gran rigor técnico, especialmente en el gravamen de los incrementos patrimoniales: el IRPF.

El problema principal que plantea esta hipótesis es la precaria situación financiera que actualmente atraviesan los Municipios, y la consiguiente pérdida de recaudación que supondría, pues recordemos que, aunque anteriormente la califiqué de discreta, lo cierto es que en el ejercicio 2012, este tributo recaudó más de 1.506 millones de euros, que representaron casi el 2,71% del total de los ingresos municipales. Por supuesto que se podría compensar con una mayor participación municipal en los ingresos estatales vía transferencias, pero expulsar del ámbito local una figura tan arraigada con casi un siglo de trayectoria no parece la mejor solución desde el punto de vista político por el principio de corresponsabilidad fiscal y el derecho a la autonomía municipal garantizado por el artículo 140 CE.

Por el contrario, la solución más acertada sería su integración en el IBI. Las razones que avalan esta solución serían las siguientes:

1.ª Esta alternativa supone su mantenimiento en el ámbito de la imposición local.

2.ª El IBI es la figura nuclear de la imposición municipal desde el punto de vista recaudatorio, y el tributo decano de nuestro sistema tributario, aunque la fijación de sus valores catastrales tampoco esté exenta de problemas[56].

3.ª Se trata de un tributo respetado por los contribuyentes y con una técnica más depurada, en cuya potenciación coinciden todos los especialistas en haciendas locales.

4.ª Su carácter periódico lo hace más asumible e imperceptible que el Impuesto.

5.ª El IBI ya se encuentra estrechamente vinculado al Impuesto, precisamente por su sistema para calcular la base imponible. Con la actualización de dichos valores se gravaría anualmente en el IBI el incremento que ahora se paga de golpe, y el Impuesto sobraría.

Y 6.ª Puestos a soñar, si la compensación recaudatoria se efectuase vía actualización de valores catastrales más que de tipos —que se deberían reducir—, y casi se homologasen con los de mercado, se resolvería, ¡por fin!, el secular problema de la valoración de los inmuebles en ISD e ITP con el rosario de costosas valoraciones y la abundante litigiosidad que acarrea. El objetivo resultaría viable, tanto por los medios personales y materiales con que actualmente cuenta el Catastro Inmobiliario, como por los efectos de la crisis económica que han provocado de forma automática una notable aproximación de los valores catastrales a los reales, antes demasiado distantes. Luego el principal reto que plantea esta propuesta sería evitar la petrificación de los valores catastrales, como ha solido suceder en la larga historia del IBI. A tal fin las valoraciones habrían de ser continuas, flexibles y lo más ajustadas posible a la realidad.

Esta parece la alternativa técnicamente más deseable. Prolongar contra viento y marea la vida del Impuesto como propone la mayoría de los especialistas, después de haber quedado tan en evidencia por el doloroso impacto de la crisis, no parece una buena solución ni tan siquiera desde el punto de vista político.

IX. BREVES CONCLUSIONES

Finalizaré el artículo con unas breves conclusiones:

I. El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana es un tributo casi centenario enclavado en nuestro sistema fiscal municipal, que aunque en su larga historia había pasado casi desapercibido, con la actual crisis económica ha cobrado un gran protagonismo, reclamando la atención de estudiosos, Defensor del Pueblo y medios de comunicación.

II. Es un impuesto que ha adolecido históricamente de graves deficiencias técnicas, la principal de las cuales es permitir su aplicación aunque no exista un incremento de valor real ante su sistema objetivo de cuantificación, lo cual es repudiado por amplios sectores jurisprudenciales y doctrinales. También hay que destacar el efecto de su doble imposición con otros tributos estatales, autonómicos y locales.

III. Su cuantificación, aparte de objetiva, resulta harto complicada, como se ha visto con un sencillo supuesto práctico.

IV. Cuenta con unas perspectivas de futuro realmente inciertas. La solución más acertada pasa por su integración en el IBI, siempre que se actualicen los valores catastrales, impidiendo así su tradicional petrificación.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS EN EL ARTÍCULO

- STJUE de 9 de marzo de 1999. Centros
- STJUE de 21 de febrero de 2006. Halifax y otros
- STJUE de 5 de julio de 2007. Kafoer
- STJUE de 10 de noviembre de 2011. Foggia
- STJUE de 16 de enero de 2014
- STJUE de 3 de septiembre de 2014
- STC 221/1992, de 11 de diciembre
- STC 86/1993, de 7 de junio
- STC 19/2012, de 15 de febrero
- STS de 16 de febrero de 1959
- STS de 22 de octubre de 1962
- STS de 2 de marzo de 1979
- STS de 13 de marzo de 1987
- STS de 25 de noviembre de 1991
- STS de 23 de enero de 1992
- STS de 9 de octubre de 1992
- STS de 8 de abril de 1994
- STS de 16 de junio de 2000
- STS de 13 de mayo de 2010
- STS de 7 de abril de 2011
- STS de 25 de noviembre de 2011
- STS de 8 de marzo de 2012
- STS de 24 de mayo de 2012
- STS de 25 de noviembre de 2014
- STS de 27 de noviembre de 2014
- STSJ de la Comunidad Valenciana 520/1997, de 26 de mayo
- STSJ de Castilla-La Mancha 797/1999, de 3 de septiembre

- STSJ de Islas Canarias 91/2001, de 12 de enero
- STSJ de Castilla-La Mancha 85/2012, de 17 de abril
- STSJ de Cataluña 305, 312, 478, 505, 553, 848, 900 y 925/2012 y 805/2013 de 18 de julio
- RDGRN de 8 de julio de 2013
- RDGRN de 28 de agosto de 2013
- RDGRN de 7 de diciembre de 2013
- RDGRN de 21 de enero de 2014
- RDGRN de 30 de enero de 2014
- RDGRN de 11 de junio de 2014
- RDGRN de 3 de octubre de 2014
- RDGRN de 10 de octubre de 2014

CONSULTA/INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS DE 18 DE DICIEMBRE DE 2012.

- V0153-14 de 23 de enero

BIBLIOGRAFÍA

CASANA MERINO, F. (1994). *El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana*. Madrid. Marcial Pons.

CAYÓN GALIARDO, A. (1981). Reflexiones sobre el Impuesto Municipal de Plusvalías y la Reforma de las Haciendas Locales de 1975. *Civitas Revista Española de Derecho Financiero,* núm. 31, 481-503.

CHICO DE LA CÁMARA, P. (2013). Pérdida de valor en el IIVTNU y Principio de Capacidad Económica. *Tributos Locales,* núm. 111, 11-40.

JUÁREZ GONZÁLEZ, J. (2014). La Plusvalía municipal, un zombi tributario. *Escritura pública,* núm. 89, 50.

LAGARES CALVO, M. y otros (2014). *Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario Español. Informe*. Madrid. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

LÓPEZ LEÓN, J. (2011). *Gestión e Inspección del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana*. Madrid. La Ley. Grupo Wolters Kluwer/ El Consultor de los Ayuntamientos.

MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CASADO OLLERO, J. (2013). *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Madrid. Tecnos.

MONER, F. (2014) ¿Qué es y qué está pasando en la plusvalía municipal? Un tributo controvertido. *Escritura Pública,* núm. 89, 51.

MORENO SERRANO, B. (2012). *Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Aspectos más relevantes de su régimen jurídico*. Madrid. La Ley Grupo Wolters Kluwer - El Consultor de los Ayuntamientos.

MOROTE MENDOZA, J. (2013). La plusvalía municipal, un impuesto cuestionado. *El Notario del Siglo XXI,* núm. 58, pp. 158-160.

MUÑOZ MACHADO, S. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo II. El Ordenamiento Jurídico*. Madrid. Iustel.

PÉREZ-ARDÁ y LÓPEZ DE VALDIVIESO, S. (1985). *El Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos. Plusvalía*. Pamplona. Aranzadi.

SUÁREZ PANDIELLO, J., BOSCH ROCA, N., PEDRAJA CHAPARRO, F., RUBIO, J. J. y UTRILLA DE LA HOZ, A. (2008). *La financiación local en España: radiografía del presente y perspectivas de futuro*. Disponible en http://www.femp.es. Áreas temáticas. Haciendas y Financiación Local. Publicaciones.

ZEJALVO MARTÍN, J. (2013). ¿Cabe exigir Plusvalía Municipal cuando ha disminuido el valor real de los bienes transmitidos? Disponible en http://www.notarios y registradores.com.

ZÚÑIGA, A. El futuro de la plusvalía municipal. *Escritura Pública,* núm. 89, 48-49.

NOTAS

[1] Artículo 123 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, posteriormente convertido en la Ley 18/2014, de 15 de octubre de Aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Este precepto modifica el artículo 105.1 del Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que contiene la vigente regulación del Impuesto en sus artículos 104 y siguientes, que pasaré desde ahora a mentar como TR. También debo mencionar varias normas estatales recientes con el denominador común de liberar a ciertas personas jurídicas de las garras del Impuesto. Las iré desgranando a lo largo de la exposición. En el Territorio Histórico de Guipúzcoa, también se reformó la regulación de las daciones en pago de viviendas en el mismo sentido que el Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo, con una técnica diferente, como expondré al estudiar el sujeto pasivo.

[2] Solamente en el ámbito notarial se pueden citar los siguientes artículos sobre la cuestión: MOROTE MENDOZA, J. (2013). La «plusvalía municipal», un impuesto cuestionado. *El Notario del Siglo XXI,* núm. 58, 158-160; ZÚÑIGA, A. (2014). El futuro de la plusvalía municipal. *Escritura Pública,* num. 89, 48-49. JUÁREZ GONZÁLEZ, J. (2014): La plusvalía municipal, un zombi tributario. Id., 50 y MÓNER, F. (2014). ¿Qué es y qué está pasando con la plusvalía municipal? Un tributo controvertido. Id, 51.

[3] Se trata, entre otras varias, de las resoluciones de 3 y 10 de octubre de 2014, que se comentarán en la parte final de este artículo, y que curiosamente tienen su origen en escrituras otorgadas ante uno de los notarios citados en la nota anterior.

[4] Dato procedente de la tesis doctoral de CASANA MERINO, F. (1994). *El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana*. Madrid, Marcial Pons. 17 y sigs., basado en las monografías anteriores de Rodríguez Moro y Silván.

[5] CASANA MERINO, F., Y RODRÍGUEZ-ARDÁ y LÓPEZ DE VALDIVIESO, S. (1985) *El Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos. Plusvalía*. Pamplona. Aranzadi. 21 y sigs.

[6] La opinión doctrinal mayoritaria sobre la independencia de ambas figuras tributarias fue posteriormente refrendada por la jurisprudencia dictada en aplicación de la posterior Ley de Bases de Régimen Local de 1945 de la que más adelante daré noticia, a través de las sentencias del TS de 16 de febrero de 1959, 22 de octubre de 1962 y 2 de marzo de 1979, citadas por PÉREZ-ARDÁ y LÓPEZ DE VALDIVIESO, 67, en las que se declara paladinamente que se trata de dos exacciones diferentes, gravándose en la Tasa, el incremento de valor por la mera

tenencia de la cosa en el plazo decenal previsto en la Ley de Régimen Local, y en el arbitrio de plusvalía el aumento de valor existente en el momento de la enajenación. De ahí que el antiguo Reglamento de Haciendas Locales estableciese en su artículo 118 que las entidades sujetas a la tasa de equivalencia lo estarían también al arbitrio de plusvalía.

[7] Id. 255.

[8] Id. 316 y sigs.

[9] RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: Prólogo a PÉREZ-ARDÁ. 3. CAYÓN GALIARDO, A. (1981). Reflexiones sobre el Impuesto Municipal de Plusvalías y las reforma de las Haciendas Locales de 1975. *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 31, 481-503.

[10] Esta discriminación territorial en el ISD, ya fue declarada contraria al Derecho Comunitario en relación con los no residentes en la reciente sentencia del TJUE de cuatro de septiembre de 2014, y que se ha eliminado en una de las leyes que han entrado en vigor en enero de 2015 para aplicarles la normativa autonómica que procediese, mucho más favorable que la estatal que apenas contempla bonificaciones. Ya existen reacciones doctrinales a esta nueva Ley, como JUÁREZ GONZÁLES, J. (2014). El Impuesto de Sucesiones y Donaciones tras la sentencia del TJUE de 3/09/14, *El Notario del Siglo XXI,* núm 58. 170-173. Semejante discriminación preocupaba seriamente a los responsables de nuestra política fiscal. Y de hecho, el Informe redactado por la Comisión presidida por el Profesor Lagares, sirvió de base a la reforma tributaria que entró en vigor el 2015, LAGARES CALVO, M. y otros (2014). *Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario Español. Informe*. Madrid. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. 253, recomendaba en sus propuestas 58, 59 y 60, el establecimiento en todo el territorio nacional de tres tipos: uno mínimo, en torno al 4 o 5%, para las transmisiones entre cónyuges y parientes próximos; otro medio, alrededor del 7 u 8% hasta el tercer grado; y un tercero elevado, entre el 10 y 11%, para los demás. Tal propuesta, que implicaba una penalización para los parientes próximos, supondría un considerable incremento recaudatorio por tratarse de los actos más numerosos, aunque primase a los demás, que en algún caso puntual con la normativa actual podrían llegar a tributar a tipos superiores al 81%. Sin embargo, este aspecto de la reforma, que provocó cierto efecto anuncio precipitando una oleada de donaciones, se ha aplazado para mejor ocasión.

[11] Ver al respecto: MUÑOZ MACHADO, S. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo II. El Ordenamiento Jurídico*. Madrid. Iustel. Entre las monografías, se pueden citar las de BLASCO DÍAZ, J. L. (2001). *Ordenanza Municipal y Ley*. Madrid. Marcial Pons. Y EMBID IRUJO, A. (1978). *Ordenanzas y Reglamentos Municipales en el Derecho Español* Madrid. IEAL.

[12] MARTÍN QUERALT, J. y otros (2013). *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Madrid. Tecnos. 747.

[13] Id. 73.

[14] Id. 74.

[15] De todas formas, la apreciación que de este presupuesto constitucional ha venido efectuando el TC es más bien global referido a la totalidad del sistema, más que a cada figura particular. Si bien últimamente se advierte la tendencia contraria, debiéndose proyectar el principio de capacidad económica sobre cada uno de los tributos que integran el sistema, al contrario de lo que sucede con la progresividad. La sentencia 19/2012, de 15 de febrero así lo pone de manifiesto. MARTÍN QUERALT, J. 118.

[16] Datos extraídos de la publicación de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas. Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local: (2014). *Haciendas locales en Cifras 2012*. Pp. 39-42. Disponible en http://www. minhap.gob.es.

[17] MORENO SERRANO, B. (2011). *Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Aspectos más relevantes de su régimen jurídico*. Madrid. La Ley Grupo Wolters Kluwer - El Consultor de los Ayuntamientos, pp. 171 y sigs. Cita una serie de autores que defienden la misma tesis, como POVEDA BLANCO, ESEVERRI, ORÓN MORATAL, ORTIZ CALLE, VEGA BORREGO Y ZORNOZA PÉREZ, GARCÍA MARTÍNEZ, GONZÁLEZ CUÉLLAR, MARÍN BARNUEVO, PLAZA VÁZQUEZ y VILLAVERDE GÓMEZ.

[18] Así lo apunta JUÁREZ GONZÁLEZ, J.

[19] CASANA MERINO, F., pp. 125 y sigs.

[20] RUBIO DE URQUÍA, J. I. y ARNAL SURIA, S. (1989) *Ley reguladora de las Haciendas Locales* Madrid. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 386-387, citado por Beatriz MONTERO.

[21] MORENO SERRANO, B. 173.

[22] CHICO DE LA CÁMARA, P. (2013) Pérdida de valor en el IIVTNU y Principio de Capacidad Económica». *Tributos Locales*, núm. 111, pp. 11-40.

[23] Id. 175-176.

[24] ZEJALVO MARTÍN, J. (2013). ¿Cabe exigir Plusvalía municipal cuando ha disminuido el valor real de los bienes transmitidos? Disponible en http://www. notariosyregistradores.com/

[25] Morote Mendoza, J. 160.

[26] SUÁREZ PANDIELLO, J., BOSCH, ROCA, N., PEDRAJA CHAPARRO, F., RUBIO, J. J. y UTRILLA DE LA HOZ, A. (2008). *La financiación local en España: radiografía del presente y perspectivas de futuro*. Disponible en http://www. femp.es. Áreas temáticas. Haciendas y Financiación Local. Publicaciones. 297.

[27] *Vid.,* la reciente resolución de la DGRN de 10 de octubre de 2014, que contempla un supuesto sumamente dudoso de naturaleza rústica del terreno, sobre todo a la vista de lo dispuesto en el artículo 7.2.d) del TR de la Ley del Catastro, lo que inclina al Centro Directivo a seguir su doctrina tradicional, de que sea el Municipio y no el registrador, en este caso la Registradora, quien determine la posible no sujeción al Impuesto.

[28] MORENO SERRANO, B., p. 94.

[29] SUÁREZ PANDIELLO J. y otros. pp. 297-298.

[30] CASANA MERINO, F. pp. 41-42. Y MORENO SERRANO, B. pp. 78 y sigs.

[31] CASANA MERINO, F. pp. 51-52. MORENO SERRANO, B. p. 85.

[32] *Vid.,* sentencias del TS de 7 de abril de 2011, 8 de marzo de 2012, 24 de mayo de 2012 y 27 de octubre de 2014. Y del TJUE 9 de marzo de 1999, Centros; 21 de febrero de 2006, Halifax y otros; 5 de julio de 2007, Kafoer; y 10 de noviembre de 2011, Foggia.

[33] El artículo Primero Noventa y uno de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, modifica la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del IRPF en su disposición transitoria 19.ª.2.b), estableciendo el no devengo del Impuesto, en las adjudicaciones a los socios de determinadas sociedades civiles de inmuebles de los que estas fueran titulares, difiriéndose a su transmisión como en el régimen fiscal especial de las fusiones.

[34] CASANA MERINO, F. 110.

[35] Sin embargo, en el Derecho Foral Navarro, subsiste la figura del sustituto en las transmisiones a título oneroso por parte del adquirente [art. 174.1.b) de la Ley Foral 2/1995], salvo que goce de exención subjetiva. Las Juntas Generales de Guipúzcoa en la Norma Foral 1/2012, de 29 de febrero, anticipándose por unos días al Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo, considera en su artículo 34 sustitutos a las entidades adquirentes en los casos de desahucios y daciones en pago, cuya procedencia técnica se comenta por sí sola. Exención versus cambio de sujeto pasivo, con castigo para la Banca incluido. En la normativa estatal, afortunadamente se enmendó el yerro probablemente por la última consecuencia, transformándose como expuse anteriormente en una exención subjetiva.

[36] En su sentencia de 16 de junio de 2000 (citada por MORENO SERRANO, B. 147), el TS limitó la exención de la Iglesia a la transmisión de aquellos bienes afectados a fines religiosos o de asistencia social.

[37] Sobre todo Fernando PÉREZ-ROYO.

[38] Sentencias de 13 de marzo de 1987, 8 de abril de 1994 y 13 de mayo de 2010.

[39] MONER, F., desde la perspectiva del Derecho de Consumo, critica la práctica anterior respaldada por cierta jurisprudencia menor, por basarse en una concepción excesivamente liberal de las obligaciones. Pero lo cierto es que la jurisprudencia más reciente ha refrendado firmemente el carácter abusivo de estas cláusulas. Tanto el TS en su sentencia de 25 de noviembre de 2011, como el TJUE en la de 16 de enero de 2014 —respondiendo a una

cuestión prejudicial planteada por la AP de Oviedo— sostienen tal doctrina. En cuanto al aspecto registral, también es interesante mencionar la amplitud que la jurisprudencia ha otorgado últimamente a la calificación de los registradores de la propiedad en relación con estas cláusulas, sin necesidad de ningún pronunciamiento judicial previo al respecto.

[40] En las capitales de provincia, estos coeficientes oscilan entre el tope legal y el 2,03 y 2,26 aplicables en Cáceres. Datos tomados de MORENO SERRANO, B. pp. 489-491.

[41] *Vid*., LÓPEZ LEÓN, J. (2011). *Gestión e Inspección del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana*. Madrid. La Ley Grupo Wolkers Kluwer. El Consultor de los Ayuntamientos, pp. 128-132.

[42] Los tipos de gravamen más bajos contenidos en las Ordenanzas Fiscales de las capitales de Provincia, son el 16,73% del último tramo en Tarragona; y el 17,33 de A Coruña, este último aplicable a los cuatro tramos. En territorio foral, los tipos son más bajos, pues existen topes inferiores al de territorio común (20% en Navarra y 10% en Guipúzcoa. Arts. 176.2 de la Ley Foral 2/1995 de 10 de marzo y 5.1 de la Norma Foral 16/1989 de 5 de julio, respectivamente. En Vizcaya y Álava rige el mismo tope que en territorio común).

[43] En la Ordenanza Fiscal de Madrid, aprobada el 20 de diciembre de 2001, modificada en este punto con efectos 1 de julio de 2014, su artículo 18.1 circunscribe el 95% de bonificación a los casos en que el valor catastral del suelo no supere los 60.000 euros. Si excede de 138.000 euros, solamente se aplicará el 15%. En los tramos intermedios los porcentajes son el 50% (en el tramo comprendido entre 100.000 y 138.000 euros, y 75% entre 60.000 y 100.000 euros).

[44] LÓPEZ LEÓN, J. pp. 195-196.

[45] Id. 248.

[46] LÓPEZ LEÓN, J., 249, se pregunta si la obligación personal de comunicar el hecho imponible por parte de los notarios ha pasado desde el Real Decreto de 2000 a los Colegios Notariales, y sobre todo quien asume la responsabilidad en caso de incumplimiento. La primera cuestión es más que dudosa, debido al principio constitucional de jerarquía normativa. En cuanto a la segunda, la responsabilidad en caso de incumplimiento debe pesar sobre los notarios, tanto por ser los obligados legalmente a realizar la comunicación como por ser los conocedores de la operación sujeta al Impuesto. Los Colegios solo deberían responder del correcto funcionamiento de la plataforma informática montada para la transmisión de los datos a los Ayuntamientos, porque la ratio de la norma fue asegurar la eficacia de la obligación legal. El citado autor, tras reconocer que los nuevos índices representan un gran avance, también se hace eco sus carencias como la falta de consignación de la transmisión anterior, lo que facilitaría considerablemente la propuesta de liquidación por parte de los órganos municipales de gestión. Esta crítica trató de resolverse en 2013 con el Acuerdo del CGN con la FEMP que más adelante reseño.

[47] MOCHÓN LÓPEZ, L. (2001). *El valor catastral y los impuestos sobre bienes inmuebles y sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana: una aproximación al concepto de valor catastral*. Granada. Comares, 315. Citado por MORENO SERRANO, B.

[48] LAGARES, 270. Las consideraciones anteriores, plasmadas en la Propuesta 66, se refieren al ITP, tributo en el que se ha mantenido desde tiempo ha el cierre registral en tanto no se acredite el pago, prescripción, exención o no sujeción.

[49] LÓPEZ LEÓN, J., 217. Se hace eco de los acuerdos de colaboración suscritos entre Ancert y la Diputación y Ayuntamiento de Barcelona, y el Ayuntamiento de Zaragoza. A estos acuerdos han seguido otros posteriores, aunque el sistema no se haya generalizado. No faltan autores, como MORENO SERRANO, B. 306-307, que se muestran partidarios de cerrar convenios con los Colegios de Registradores de la Propiedad y de Gestores Administrativos para acopiar y depurar información. Aunque tal propuesta parece más que excesiva.

[50] Así las Resoluciones de 8 de julio de 2013: 28 de agosto de 2013, que aunque considera lícito el Acuerdo entre el CGN y la FEMP, lo declara insuficiente para levantar el cierre registral, pues ninguna de las partes es Administración Tributaria, y nunca podría vincular a terceros. La de 7 de diciembre de 2013, que estima insuficiente el justificante electrónico,

pues no acredita la recepción del documento. En la misma línea se encuentran las resoluciones de 21 y 30 de enero, 11 de junio y 3 de octubre de 2014, que justifica en caso de duda del registrador sobre la sujeción al Impuesto, que no inscriba hasta disponer de la nota del ente municipal sobre la no sujeción, exención, pago o prescripción del Impuesto. Dicho criterio es ratificado por la ya citada resolución de 10 de octubre de 2014, que además de abordar el supuesto ya estudiado de la difícil delimitación entre terrenos rústicos y urbanos; resuelve en sentido negativo la cuestión de si en las transmisiones a título lucrativo es o no posible eludir el cierre registral acreditando la simple comunicación al Ayuntamiento, en vez de la liquidación del Impuesto. La razón sería la medida excepcional del alzamiento del cierre registral concedido al adquirente en las transmisiones onerosas del artículo 110.6.b).

[51] Un amplísimo y minucioso estudio de esta cuestión procedimental, con inclusión de modelos sobre los documentos que recojan estas actuaciones, se contiene en LÓPEZ LEÓN, J., pp. 287-384.

[52] Por ejemplo, el ya mencionado Informe Lagares en el que se inspiró la reforma fiscal limitada vigente desde enero de 2015 no se ocupó en absoluto de este tributo.

[53] SUÁREZ PANDIELLO, J., p. 297.

[54] LAGOS PEÑA, S. y MARTÍNEZ VÁZQUEZ, J. (2014). La política tributaria y las Corporaciones Locales: elementos de análisis y discusión. *Papeles de Economía Española*, núm. 139, pp. 121-122.

[55] Beatriz MORENO. 332.

[56] *Vid.,* las recientes sentencias del TS de 20, y 27 (4192 y 4520/2012) de noviembre de 2014, que resuelven diversas controversias derivadas de la fijación del valor catastral.

(Trabajo recibido el 26-12-2014 y aceptado para su publicación el 5-1-2015)

DERECHO COMPARADO

El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas española e italiana*

Allotting the Family Home after Separation or Divorce: Spanish Law and Italian Law in Comparative Perspective

por

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia

GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
Profesor Titular de Derecho Privado de la Universidad LUMSA de Palermo

RESUMEN: El presente trabajo es un estudio comparado entre el derecho español e italiano sobre las principales cuestiones que plantea la asignación del derecho de uso tras las crisis familiares, analizando semejanzas y diferencias entre ambos ordenamientos jurídicos y proponiendo soluciones a problemas no resueltos.

* Este estudio se enmarca en los trabajos del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2013-47577-R: «Impacto Social de las Crisis Familiares». Es fruto de una reflexión común, desarrollada por los autores en el curso de varias estancias científicas en las Universidades de Valencia, Salerno y LUMSA de Palermo. Sin embargo, deben atribuirse al Prof. José Ramón de Verda y Beamonte los §§ II.1, III.1, IV.1, V.1, VI.1, VII.1, VIII.1, IX.1 y X.1; y al Prof. Gabriele Carapezza Figlia los §§ II.2, III.2, IV.2, V.2, VI.2, VII.2, VIII.2, IX.2 y X.2.

ABSTRACT: Comparative study of the Spanish and Italian Law with respect to the main problems posed by the family usage assignment of the family residence after a divorce, analyzing similarities and differences between the two Laws and providing solutions to unresolved problems.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar. Atribución del uso. Menores de edad. Régimen de custodia. Divorcio. Uniones de hecho.

KEY WORDS: Family residence. Usage assignment. Children. Child custody. Divorce. Common-law relationship.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. RÉGIMEN DE CUSTODIA Y ASIGNACIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. 1. Derecho español. 2. Derecho italiano.—III. RAZÓN DE SER DE LA REGULACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: NECESIDAD HABITACIONAL O TUTELA DE LA PERSONALIDAD DE LOS HIJOS (INTERESES EN CONFLICTO). 1. Derecho español. 2. Derecho italiano.—IV. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA ATRIBUCIÓN Y FUNCIÓN DEL DERECHO DE USO: EL CÓNYUGE SIN HIJOS. 1. Derecho español. 2. Derecho italiano.—V. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA ATRIBUCIÓN Y FUNCIÓN DEL DERECHO DE USO (SIGUE): LOS HIJOS MAYORES DE EDAD. 1. Derecho español. 2. Derecho italiano.—VI. DURACIÓN Y CESACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN. 1. Derecho español. 2. Derecho italiano.—VII. OPONIBILIDAD A TERCEROS DEL DERECHO DE USO Y POSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL. 1. Derecho español. 2. Derecho italiano.—VIII. CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO* Y DESTINO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. 1. Derecho español. 2. Derecho italiano.—IX. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN CONCEPTO DE COMODATO: SOLIDARIDAD FAMILIAR Y TUTELA DE LA PROPIEDAD. 1. Derecho español. 2. Derecho italiano.—X. ASIGNACIÓN DE DERECHO DE USO Y EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. 1. Derecho español. 2. Derecho italiano.—XI. CONCLUSIONES.—XII. BIBLIOGRAFÍA. 1. Derecho español. 2. Derecho italiano.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente trabajo pretende realizar un estudio comparado entre las experiencias jurídicas española e italiana para clarificar algunas cuestiones particularmente controvertidas en la interpretación de la regulación de la asignación del

uso de la vivienda familiar en los procesos de nulidad, separación y divorcio. Se trata de una materia que, en ambos ordenamientos jurídicos, está sujeta a una atenta labor de revisión legislativa y, sobre todo, a una vivaz reflexión jurisprudencial y doctrinal.

A pesar de las diferencias normativas existentes, que tendremos ocasión de exponer a lo largo de este estudio, la común inspiración de ambos sistemas jurídicos en análogos principios constitucionales en el ámbito de las relaciones familiares hace especialmente interesante una aproximación de carácter comparado, en orden a favorecer la búsqueda de soluciones razonables y adecuadas a los problemas todavía no resueltos[1].

La regulación española sobre la atribución del uso de la vivienda familiar se encuentra contenida en una pluralidad de normas, tanto de carácter estatal, como autonómico.

La norma estatal española de referencia es el artículo 96 del Código Civil:

«En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial»[2].

La lectura de este precepto evidencia de manera inmediata algunas diferencias con la disciplina italiana, actualmente, ubicada en el artículo 337 *sexies*, párrafo primero, del *Codice* (en adelante, CCI) introducido por el artículo 55 del Decreto legislativo de 28 de diciembre de 2013, núm. 154 (denominado de «reforma de la filiación»)[3].

Ante todo, mientras en el Derecho español, si nos atenemos al tenor literal del artículo 96 del Código Civil, la asignación del uso de la casa depende del régimen de custodia de los hijos, en Italia, a partir de la Ley de 8 de febrero de 2006, núm. 54, «el disfrute de la casa familiar se atribuye, teniendo en cuenta, de manera prioritaria, el interés de los hijos»[4]. Además el Código Civil español regula de modo específico y autónomo la posición del cónyuge sin hijos, figura que, sin embargo, no es mencionada en el italiano, en el que el interés de los hijos es el criterio preferencial (aunque no exclusivo) de la asignación, precisando que el juez, al efectuarla, debe tener en cuenta «la regulación de

las relaciones económicas entre los cónyuges, considerado el eventual título de propiedad».

El artículo 337 *sexies*, párrafo 1.º, CCI disciplina, además, expresamente, algunas causas de cesación y revocación de la asignación, como la falta de utilización de la vivienda, la convivencia *more uxorio* o el nuevo matrimonio del progenitor asignatario; así mismo, reglamenta el régimen de oponibilidad a terceros del derecho de uso y la inscripción de la resolución judicial que lo establezca en los registros inmobiliarios.

II. RÉGIMEN DE CUSTODIA Y ASIGNACIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La asignación del uso de la vivienda familiar presenta indudables conexiones entre el régimen de custodia establecido tras la nulidad, separación o divorcio.

1. Derecho español

La idea expuesta, como ya se ha apuntado, es evidente en el Derecho español, donde el artículo 96.I del Código Civil parte de la tesis de que, en los casos de crisis familiares, el régimen de custodia sobre los hijos menores es individual y, por consiguiente, el uso de la vivienda familiar se asignará a uno de los progenitores (a quien se atribuya la custodia de los mismos y en tanto la misma persista), procurando no separar a los hermanos[5].

Sin embargo, lo cierto es que este presupuesto ha ido quebrando progresivamente en el ordenamiento jurídico español.

Ante todo, como consecuencia de la Ley de 8 de julio de 2005, la cual dio nueva redacción al artículo 92 del Código Civil, admitiendo el precepto en su número 5 que el juez pueda acordar el régimen de custodia compartida, si así lo solicitan ambos progenitores en el convenio regulador o en el transcurso del procedimiento (con las cautelas previstas en el número 6, encaminadas a valorar «la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda»). Así mismo, según el número 8 de la norma, el Juez podrá establecer el régimen de custodia compartida, incluso, en defecto de acuerdo de ambos progenitores (siempre que lo pida uno de ellos)[6], pero solo «Excepcionalmente», oído el Ministerio Fiscal[7], y «fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor»[8].

La solución es diferente en las más recientes legislaciones autonómicas sobre la materia, donde hay dos orientaciones: a) la custodia compartida no es un régimen excepcional, respecto de la individual, estableciendo el juez (a

falta de acuerdo de los progenitores) una u otra modalidad, teniendo en cuenta el interés superior del menor (arts. 233-10 y 11 del Código Civil de Cataluña y art. 3 de la Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo); o b) la custodia compartida no solo no es excepcional, sino que se considera «abstractamente» como lo más conviviente para el menor, por lo que es la regla general, salvo que concurran circunstancias probadas, que aconsejen atribuir la custodia a uno de los progenitores, en interés siempre de los hijos (art. 80 CDF de Aragón, artículo 5 de la Ley 5/2011 de la Generalidad Valenciana, de 1 de abril, y art. 9 de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio).

En particular, el artículo 81.1 CDF de Aragón establece que «En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares». Por su parte, el artículo 6.1 de la Ley 5/2011 de la Generalidad Valenciana dispone que «A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda».

Mas recientemente, el artículo 12.4 de la Ley 7/2015 del País Vasco dispone que «Si la guarda y custodia fuera compartida entre los progenitores y el uso de la vivienda no fuera atribuido por periodos alternos a ambos, se atribuirá al progenitor que objetivamente tuviera mayores dificultades de acceso a una vivienda si ello fuera compatible con el interés superior».

Es claro que en los casos de custodia compartida, han de buscarse criterios de atribución de la vivienda distintos al previsto en el artículo 96.I del Código Civil[9], que, como he dicho, presupone que la custodia se atribuye a uno de los progenitores y, además, que los hijos, durante su minoría de edad (sobre esto insistiré más adelante), continúan viviendo en la misma casa: para que ello fuera posible sería necesario que cada uno de los padres tuviera a su disposición una vivienda distinta en la que residir en los periodos de tiempo en que no le correspondiera vivir con los menores, esto es, se requerirían tres casas, exigencia que difícilmente podría cumplirse en familias de economía media (y, más, en la actual situación de crisis económica)[10].

La búsqueda de criterios alternativos de atribución de la vivienda familiar en el Derecho común[11] se ha acentuado desde el momento en que recientemente la jurisprudencia, con apoyo en el principio de protección del interés superior del menor, ha llevado a cabo una labor de «corrección» del artículo 92.8 del Código Civil, rechazando el carácter excepcional con que el precepto (en defecto de acuerdo de los progenitores) contempla la custodia compartida, considerándola incluso (de manera tendencial) lo más

conveniente para los hijos (aunque sin llegar a la solución de los legisladores aragonés y valenciano)[12].

Ha establecido, así, como doctrina jurisprudencial consolidada que la custodia compartida «debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran 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, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven»; se afirma, así, «que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea»[13].

Se prima, pues, el interés del menor, afirmándose que su protección «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»[14]. Se afirma que ello es «el corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación»[15]. «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»[16].

Obviamente esta nueva orientación jurisprudencial está produciendo un aumento del número de custodias compartidas no solicitadas por ambos progenitores, en las que esta falta de acuerdo también se proyecta sobre el uso de la vivienda familiar, planteando la necesidad de que, al igual que sucede en las legislaciones civiles autonómicas, se formule un criterio que permita decidir la cuestión, que, a nuestro parecer, respetando siempre el interés superior de los

hijos, ha de ser el de la protección del progenitor que objetivamente se encuentre en mayores dificultades de acceso a la vivienda (tal y como hemos visto acontece en la legislación aragonesa y valenciana), pero bien entendido que la atribución tiene aquí un puro carácter instrumental: no es que se le asigne temporalmente el uso de la casa familiar (como cuando no hay hijos prevé el artículo 96.III del Código Civil) para satisfacer su necesidad de habitación, sino la de los menores que están a su cargo, para que los mismos puedan tener cubierta dicha necesidad durante el periodo en que convivan con el progenitor asignatario.

De donde se deduce que, si no existe una objetiva necesidad de uno de los progenitores de usar la vivienda o esta no es mayor que la del otro, no procede la atribución del uso a ninguno de ellos, por lo que, siendo común el inmueble, podrá procederse a su venta en el marco de la liquidación del régimen económico matrimonial[17].

Recientemente, se ha decidido que «dado que adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial, dado que la misma según manifiesta ella es secretaria de dirección en un Hospital y según el padre es profesora del colegio del menor y convive en la que era residencia familiar con su actual pareja. Es decir, la vivienda que fue familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación, en su caso, por lo que esta Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo de seis meses, la cual al oponerse al recurso ya manifestó que era su intención liquidar la sociedad de gananciales conforme al artículo 1404 del Código Civil, para evitar más litigios»[18].

Pero la jurisprudencia ha ido más lejos, excepcionando la consolidada regla (a la que en su momento me referiré con detenimiento), según la cual no es posible establecer limitaciones temporales a la atribución del uso de la vivienda asignada al progenitor custodio, mientras persista la minoría de edad de los hijos. Por el contrario, en los supuestos de custodia compartida, a través de una aplicación analógica del artículo 96.III del Código Civil, se ha inclinado por establecer una limitación temporal del derecho de uso concedido al progenitor que se encuentra en mayores dificultades de acceder a otra vivienda, que valore también el régimen de propiedad de la misma, solución que creo razonable, si tenemos en cuenta que dicha limitación será siempre revisable, pudiendo prorrogarse el uso en favor del progenitor que inicialmente lo tuviera atribuido, si persiste esa imposibilidad objetiva de acceso a otra vivienda.

Ha dicho así: «Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma

que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver 'lo procedente'. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil».

Concretamente, se atribuyó a la madre el uso de la vivienda privativa del marido, pero solo por dos años, estimándose que «Se trata de un tiempo suficiente que va a permitir a la esposa rehacer su situación económica puesto que si bien carece en estos momentos de ingresos, cuenta con apoyos familiares y puede revertir, por su edad [33 años], y cualificación (química) la situación económica mediante al acceso a un trabajo, que incremente los ingresos que recibe tras la ruptura personal definitiva de su esposo, y le permita, como consecuencia, acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante los periodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en ese mismo interés del menor, tienen estas y las demás medidas que puedan afectarle teniendo en cuenta que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas»[19].

2. Derecho italiano

El artículo 337 *sexies*, párrafo 1.º, del Código Civil regula la asignación del uso de la casa familiar de modo unitario para las situaciones de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y cesación de la convivencia entre progenitores no casados. La introducción de un único *status* de hijo ha permitido superar definitivamente cualquier resquicio de subordinación de las relaciones entre padres e hijos a la resolución de la crisis de la pareja, la cual ya fue ampliamente atenuada por la Ley de 8 de febrero de 2006, núm. 24, sobre custodia compartida, y que hoy es prácticamente inexistente. No obstante, el Decreto

Legislativo núm. 154 de 2013 no ha derogado el artículo 6, párrafo primero, de la Ley de 1 de diciembre de 1970, núm. 898, que regula la atribución de la casa familiar en el divorcio, por lo que es precisa una labor de coordinación interpretativa[20].

La opción del legislador italiano en 2006 en favor de la custodia compartida incide sobre la regulación de la disciplina del uso de la casa familiar[21], aunque, como voy a exponer, de una manera menos radical de lo que acontece en la legislación autonómica y en la jurisprudencia españolas, en la que la custodia compartida implica un reparto igualitario de los periodos de convivencia de cada uno de los padres con hijos (por ejemplo, por semanas o meses alternos).

Según una parte de la doctrina italiana, la inspiración de la nueva normativa en el principio de igualdad de posiciones de los progenitores habría hecho «cesar la tradicional conexión entre custodia de los hijos atribuida a uno de los padres y asignación a este último —precisamente, como consecuencia de la atribución de la custodia— de la casa familiar»[22].

Sin embargo, la superación de la regla de la custodia individual no significa que deba existir una identidad de los «tiempos de permanencia a cargo de cada uno de los padres» (cfr. art. 155, párr. 4.º, CCI), como confirma la necesidad de fijar la residencia del menor en la del padre o de la madre[23]. La prevalencia de la ubicación («collocazione») del hijo en el lugar en que habita uno de los progenitores ha permitido a la jurisprudencia salvaguardar la conexión de la decisión judicial sobre la asignación con el interés del menor a permanecer en la casa junto al progenitor con el que habita habitualmente[24]. En verdad, la atribución del disfrute la casa familiar a uno de los progenitores resulta de la prevalencia de la «localización» del hijo, la cual permite la determinación del «grupo familiar residual» merecedor de mayor protección desde el punto de vista habitacional[25].

III. RAZÓN DE SER DE LA REGULACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: NECESIDAD HABITACIONAL O TUTELA DE LA PERSONALIDAD DE LOS HIJOS (INTERESES EN CONFLICTO)

1. Derecho español

La atribución del uso de la vivienda familiar, tras una crisis conyugal, plantea situaciones complejas: la vivienda suele ser el bien más valioso del que disponen los cónyuges, exigiendo, por lo general, su compra una serie de desembolsos patrimoniales prolongados en el tiempo (amortización del préstamo hipotecario), de modo que el progenitor que debe abandonar el domicilio puede no tener capacidad económica para poder adquirir o alquilar otra residencia, si

no se vende la anterior, venta que, además, es extremadamente difícil mientras persiste ese derecho de uso, oponible a terceros.

Lo cierto es que el artículo 96 del Código Civil presta escasa atención al interés del cónyuge a quien no se concede el uso de la vivienda familiar, ya que su finalidad primordial es asegurar, como no podía ser menos, el interés preferente del menor a seguir teniendo cubierta su necesidad de habitación (cumpliendo, así, el mandato de protección integral de los hijos dirigido a los poderes públicos contenido en el art. 39 CE) y, en su caso, el del otro consorte, cuando su interés sea el más necesitado de protección. Pero, con frecuencia, se ha acentuado la protección del interés de los hijos menores establecida en el precepto, llegándose a soluciones, a veces, desproporcionadas, contra las que ha comenzado a reaccionarse, buscándose una armonización más justa de todos los intereses en juego, que tenga también en cuenta la situación del cónyuge en cuya compañía no quedan los hijos menores de edad[26]. Una de estas soluciones, en las que, mi juicio, debe profundizarse es la de poder realojar a los hijos menores en otra vivienda distinta, siempre que esta satisfaga razonablemente su necesidad de habitación, la cual está comprendida dentro de los alimentos que deben prestarles sus progenitores[27].

Ciertamente, la idea que parece presidir la redacción del artículo 96.I del Código Civil es la de que los menores queden, precisamente, en la vivienda en la que residían antes de la crisis conyugal, presuponiendo que esta solución es la más favorable[28]. Ahora bien, la aplicación de este precepto no puede prescindir del examen de las circunstancias del caso concreto y la norma no puede interpretarse con tal rigor, que llegue a sacrificar, de manera desmesurada, el interés del padre no custodio a la posibilidad de tener una residencia propia. De hecho, lo previsto en el precepto, solo se aplica «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez»; y, si los cónyuges pueden pactar, de común acuerdo, que los hijos y el padre que quede con ellos, pasen a habitar otra vivienda, no se comprende por qué el juez no ha de poder adoptar esta medida a petición de uno de ellos, cuando la oposición del otro, por carecer de justificación objetiva y razonable, sea abusiva[29]. Por otro lado, la normalización de la custodia compartida con la fijación de tiempos de convivencia tendencialmente idénticos de los hijos con ambos progenitores supone un cuestionamiento de la idea de que los menores deben permanecer siempre en la misma casa y acentúa una interpretación del artículo 96 del Código Civil en clave alimenticia.

La jurisprudencia ha avalado esta interpretación del artículo 96.I del Código Civil considerando que la esencia de la razón de ser de la disciplina en él consagrada es asegurar la satisfacción del derecho de alimentos de los hijos menores en una modalidad habitacional.

Ha dicho, así, que «cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva

vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. Como se ha dicho antes, la atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en el presente caso, se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre que no debe olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de este, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el artículo 7 del Código Civil»[30].

Es, por ello, que, con argumentación semejante, no ha atribuido el uso de vivienda familiar al progenitor custodio en otros casos (en los que este tenía a su disposición otra casa apta para satisfacer la necesidad de habitación de los hijos de forma digna y adecuada). Así, cuando el padre custodio, con un alto nivel económico, ha alquilado una vivienda por lo que paga 1.800 euros mensuales, de modo que «el interés de los menores queda plenamente amparado y no se produce violación del artículo 96 del Código Civil»[31]; cuando la madre custodia ha «adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que esta quede desprotegida de sus derechos» pues, «cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre», «y no solo cubre estas necesidades sino que como consecuencia del cambio, además de que el padre recupera la vivienda y le permite disfrutar de un status similar al de su hija y su ex esposa, mejora con ello su situación económica permitiéndole hacer frente a una superior prestación alimenticia a favor de su hija al desaparecer la carga que representaba el pago de la renta de alquiler»[32], o cuando existe una vivienda alternativa a la familiar (propiedad exclusiva del padre), que pertenece proindiviso a ambos progenitores, pues, «si el menor tiene suficientemente cubierta su necesidad de vivienda, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que ostenta el recurrente sobre la vivienda que actualmente ocupan el menor y su madre»[33].

Las recientes leyes autonómicas sobre la materia refuerzan la lectura en clave de alimentos del derecho de uso[34].

Así, el artículo 233-20 del Código Civil de Cataluña, en su número 4, afirma que «Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos»; y, en su número 6, que «La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de

la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos».

A tenor del artículo 6.2 de Ley 5/2011 de la Generalidad Valenciana, «Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculten para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, este cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso».

Según el artículo 12. 6 de Ley 7/2015 del País Vasco, «El juez podrá sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por el de otra vivienda propiedad de uno o ambos miembros de la pareja si es idónea para satisfacer la necesidad de vivienda de los hijos e hijas menores y, en su caso, del progenitor más necesitado».

Pero existen otras medidas (además del posible realojo de los menores en otra vivienda distinta), que razonablemente, ha ido adoptando la jurisprudencia para llegar a soluciones que tengan en mayor consideración) el interés del progenitor, que, aun siendo copropietario o, incluso, propietario exclusivo de vivienda, pierda la posibilidad de usarla: una, muy clara, avalada por la legislación autonómica, es la de considerar que dicha privación de uso supone una contribución de la obligación de alimentos de los hijos[35], por lo que ha de ser tenida en cuenta[36] en orden a fijar la cuantía de la prestación que, en su caso, deba satisfacer el progenitor no custodio[37], así como, también (creo yo) la cuantía de la eventual pensión compensatoria.

Además, la jurisprudencia actual[38], con evidente sentido común, entiende que las cuotas de amortización del préstamo hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda común no son cargas del matrimonio, sino deudas de la sociedad de gananciales, que, en consecuencia, deberán ser satisfechas por ambos cónyuges por mitad[39]. Con esta solución se evita una situación injusta, consistente en que el cónyuge no custodio pueda verse privado de la casa, al no habérsele atribuido la custodia de los hijos menores, y, sin embargo, deba pagar, en exclusiva o en su mayor parte, las cuotas de amortización del préstamo solicitado por ambos para la adquisición de la vivienda común, como un modo de contribuir a la prestación de alimentos de los hijos[40]. La misma solución se mantiene, cuando el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, en cuyo caso el pago del préstamo hipotecario sobre la cosa, perteneciente *pro indiviso* a ambos cónyuges, en régimen de comunidad ordinaria, se regirá por el artículo 393 del Código Civil, de modo que se hará en proporción a sus

respectivas cuotas de participación, que, salvo prueba, en contrario, se presumen iguales[41]. En definitiva, el pago del préstamo hipotecario se hará conforme a lo que resulte del título de adquisición de la vivienda[42] y teniendo en cuenta los pactos a los que los cónyuges hubieran llegado con el banco al concertar el contrato; y ello sin perjuicio, de que, si quien paga en virtud de dichos pactos resulta no ser propietario de la vivienda, pueda reclamar, por vía de regreso, a quien realmente lo fuera[43].

Se ha admitido también (al igual, que, como veremos en su momento, hace la jurisprudencia italiana) la división material de una casa unifamiliar, cuando ello sea lo más adecuado para la protección del interés del menor y siempre que la división sea posible y útil por reunir las viviendas resultantes las necesarias condiciones de habitabilidad: p. ej., se atribuye a la madre y a los hijos el uso de la planta primera del edificio y al demandado el uso de la planta baja y del sótano del inmueble, con la finalidad de conservar su taller, allí instalado, y de poder habitarlo, con la obligación de este último de costear las obras necesarias para hacer independientes dichas plantas[44].

Además, se impone en la práctica jurisprudencial[45] la idea de que el cónyuge usuario de la casa familiar común, salvo pacto en contrario, debe pagar los gastos de suministro de servicios de la vivienda (p. ej., gastos de luz, agua, gas, teléfono) así como los ordinarios de comunidad[46]; en cambio, el pago de los gastos extraordinarios de la comunidad, el seguro de hogar, así como el de los impuestos que graven la propiedad de la vivienda (por ejemplo, el IBI) deberá recaer sobre el titular o titulares de la misma, si ambos lo son, en la proporción en que lo sean[47].

Esta práctica jurisprudencial ha sido confirmada recientemente por el Tribunal Supremo, «en aras al equilibrio económico entre las partes», distinguiendo dos planos: el de la relación (interna) de los cónyuges entre sí y el de la relación (externa) de estos con la comunidad. Dice, así que nada impide que la sentencia de divorcio decida que «el excónyuge que utilice la vivienda ganancial, sea el que deba afrontar los gastos ordinarios de conservación», lo que no obsta «para que de acuerdo con el artículo 9 de la LPH sean ambos propietarios los que deberán afrontar, en su caso, las reclamaciones de la Comunidad»[48].

Por último, en el ámbito del Derecho autonómico cabe destacar la interesante solución prevista en el artículo 6.1 de la Ley de la Generalidad valenciana 5/2011, de 1 de abril[49], que establece lo siguiente: «En el caso de atribuirse la vivienda familiar a uno de los progenitores, si esta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o

en virtud de decisión judicial»[50]. Esta misma solución ha sido recientemente adoptada por el artículo 12. 7 de Ley 7/2015 del País Vasco.

2. Derecho italiano

En Italia, la nueva redacción del artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI., obliga al juez a atribuir el uso de la casa familiar, «teniendo en cuenta de manera prioritaria el interés de los hijos». Como se ha dicho, aunque, en la actualidad se ha abandonado toda idea de automatismo en relación con la custodia[51], no obstante, la exigencia de protección de los hijos menores (o de los mayores de edad con derecho a alimentos) marca una clara tendencia preferencial hacia la asignación del inmueble al padre con el cual aquellos convivan[52].

Pero, más en general, en la experiencia jurídica italiana prevalece una lectura personalista del derecho de uso, al cual se le asigna una finalidad de naturaleza extrapatrimonial[53].

Se observa, pues, una primera e importante diferencia con el ordenamiento jurídico español, en el que las recientes orientaciones jurisprudenciales y las legislaciones autonómicas, destacan y valoran la connotación patrimonialista del derecho, hasta el punto de configurar su atribución como un cumplimiento *in natura* de la obligación de alimentos.

Por el contrario, en Italia, la Corte de Casación, por un lado, excluye que la decisión sobre la atribución pueda «estar condicionada por la ponderación entre los intereses de naturaleza exclusivamente patrimonial de los cónyuges y de los hijos»[54]; por otro lado, requiere que la medida se dirija, únicamente, a la tutela de la personalidad de la prole[55]. En otros términos, aunque la atribución tenga efectos reflejos de carácter económico, los intereses patrimoniales de los protagonistas de la crisis familiar pueden interferir, pero no prevalecer sobre la exigencia prioritaria de la naturaleza existencial de los hijos[56].

El concepto de casa familiar resulta claramente configurado de la referida *ratio* personalista de la disciplina de la asignación del derecho de uso. Si el interés que se protege es el de la continuidad habitacional de la prole, la «casa familiar» no será cualquier inmueble abstractamente idóneo para satisfacer las exigencias genéricas de los hijos, sino la residencia en la que se haya desenvuelto la vida de la familia durante la convivencia de los padres. Desde un punto de vista teleológico, según la jurisprudencia, dado que el artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI pretende garantizar «la exigencia de conservación del *habitat* doméstico, entendido como centro de los afectos, de los intereses y de los hábitos en los cuales se expresa y se articula la vida familiar»[57], el objeto de la asignación puede ser solamente la casa «que haya constituido el centro de agregación de la familia durante la convivencia, con exclusión de cualquier otro inmueble del que los cónyuges tuvieren disponibilidad»[58].

Por lo tanto, mientras el ordenamiento español, en su evolución más reciente, se abre hacia una visión de la asignación del derecho de uso como un instrumento de tutela del abstracto y genérico interés habitacional de los hijos, el Derecho italiano conserva una noción objetiva de casa familiar, tendencialmente basada sobre los caracteres de estabilidad, habitualidad y continuidad del ambiente doméstico[59].

Dicho concepto de casa familiar, no solo tiene una valoración descriptiva, sino que en la elaboración jurisprudencial posee un preciso significado preceptivo. Por una parte, se excluye, la asignación cuando la unidad inmobiliaria no haya constituido, de hecho, el lugar de desenvolvimiento de la vida familiar, como, por ejemplo, en los casos de un consolidado desraizamiento del mismo de los hijos y del progenitor conviviente[60]; o cuando falte una convivencia estable con el progenitor por parte de los hijos, que se alejan por motivos de estudio o de trabajo[61]; por otra parte, se rechazan de manera constante, las demandas de asignación de inmuebles usados durante la convivencia de los progenitores de modo ocasional o intermitente, como las casas de campo[62].

Sin embargo, teniendo en cuenta la *ratio* del artículo 337 *sexies*, párrafo 1, CCI, dirigida a la promoción de la personalidad de los hijos (arts. 2 y 30 de la Constitución italiana), el juez puede atribuir una casa diversa a la familiar, cuando ello suponga una decisión que, en el caso concreto, satisfaga mejor las exigencias existenciales de la prole[63].

Por lo demás, la normativa más reciente respeta ampliamente el acuerdo entre los cónyuges en las crisis familiares, como lo demuestran, sea el artículo 337 *ter*, párrafo segundo, CCI, según el cual, el juez «respeta, si no son contrarios al interés de los hijos. Los acuerdos adoptados por los padres», sea el 6, del Decreto-ley de 12 de septiembre de 2014 núm. 132 (convalidado, con modificaciones por la Ley de 10 de noviembre de 2014, núm. 162), que regula la negociación asistida por abogados para la solución consensuada de la separación y divorcio[64]. Se abre, así, una visión subjetiva del lugar habitativo resultante de la determinación convencional de los cónyuges, aunque siempre sujeta al control judicial de correspondencia de la misma al interés de la prole[65]. Pero, si el acuerdo de los padres (autorizado u homologado por el juez) puede prever la asignación de una vivienda distinta de la originaria, no puede excluirse la posibilidad de que el juez adopte esta medida, también a petición de uno solo de los padres, cuando se trate de una decisión que armonice de manera equilibrada todos los intereses implicados en la controversia a la luz del interés superior del menor.

En otras palabras, debería admitirse que el juez pudiera establecer la atribución del uso de una casa, que, si bien no ha representado el centro de agregación de la comunidad familiar, en atención a las circunstancias concretas, resulte ser el lugar más favorable para el desarrollo armonioso de la personalidad de los hijos. Desde este punto de vista, la atribución, lejos de transformarse en una

forma de contribución económica a los alimentos, perseguiría la función de tutelar más eficazmente los intereses no patrimoniales de la prole, la cual podría plasmarse en diversas posibilidades en la realidad práctica.

IV. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA ATRIBUCIÓN Y FUNCIÓN DEL DERECHO DE USO: EL CÓNYUGE SIN HIJOS

El estudio de los intereses jurídicamente relevantes en la disciplina de la vivienda familiar requiere el examen de los criterios de atribución previstos en las leyes, en particular, en relación a las posiciones del cónyuge sin hijos y de los hijos mayores de edad.

1. Derecho español

Como ya se ha dicho, el artículo 96.I del Código Civil (en defecto de solución pactada) prevé la asignación de la vivienda familiar al progenitor en cuya compañía queden los menores, protegiendo el interés de estos últimos a ver satisfecha su necesidad de habitación. Pero, además, el artículo 96.III del Código Civil contempla también la posibilidad de que, en el caso de que no haya hijos, el juez atribuya al cónyuge no titular, el uso de la casa, «por el tiempo que prudencialmente se fije», «siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

Por lo tanto el derecho de uso presenta una diversidad funcional, ya que con su atribución, no solo protege el interés de los hijos menores de edad (atribuyéndose al progenitor custodio), sino también, en ciertos supuestos, el del cónyuge sin descendencia.

Ahora bien, hay que hacer dos precisiones: en primer lugar, a pesar de que el artículo 96.III del Código Civil se refiere al supuesto de que no haya hijos, la jurisprudencia entiende que el precepto también se aplica cuando existen hijos mayores de edad[66] (porque, si no los son, la atribución corresponderá al progenitor custodio mientras persista su estado de minoría de edad); en segundo lugar, aunque el artículo 96.III del Código Civil habla del «cónyuge no titular», la jurisprudencia considera que la norma se aplica igualmente cuando el cónyuge beneficiario de la atribución es parcialmente propietario de la vivienda, por ser esta común o tener carácter ganancial, en cuyo caso, parece prudente que el límite temporal del derecho de uso (garantizando, quizás, un mínimo periodo de ocupación) coincida con el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial[67] o con el de la venta del inmueble, si esta tiene lugar antes[68].

Hechas estas precisiones, conviene resaltar que la atribución del uso de la vivienda a quien no es titular exclusivo de la misma es excepcional. El artículo

96.III del Código Civil la prevé, exclusivamente, cuando «su interés sea el más necesitado de protección»[69]. Pero no basta con que el cónyuge solicitante tenga menor capacidad económica que el otro, sino que, como recientemente ha declarado la jurisprudencia, será necesario probar que, «realmente, necesita, aunque sea momentáneamente, seguir usando la vivienda familiar como residencia; y que dicha necesidad es mayor que la del otro consorte»[70].

Se ha atribuido, así, el uso de la vivienda de carácter ganancial a los dos cónyuges por periodos alternativos de un año, porque en «ninguno de los consortes se advierte interés necesitado de mayor protección, al concurrir en ambos semejantes condiciones de edad, estado de salud, así como las posibilidades de atender dignamente el sustento, siquiera la esposa con la pensión compensatoria a cargo del exmarido, en importe hoy próximo al salario mínimo interprofesional vigente para el año, y en ausencia de cargas que afrontar»[71]; e igualmente, se ha desestimado la pretensión de la mujer (no existiendo hijos menores) de que se le asignara el uso de la vivienda familiar, porque la circunstancia de que era «la cuidadora de su hermana a efectos de la Ley de dependencia, y de que la otra persona que convive con su hermana sea la madre de ambas, que padece Alzheimer, con lo que resulta lógico deducir que el uso de la vivienda familiar sea innecesario por el carácter limitadísimo que haría de él, si es que lo hace»[72].

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la atribución del derecho de uso al cónyuge no titular, no solo es excepcional, sino también temporal, por el plazo que «prudencialmente se fije» por el juez (art. 96.III del Código Civil)[73].

En el mismo sentido se orienta el artículo 233-1 del Código Civil de Cataluña, que, en su núm. 1 f), prevé que «Si se atribuye el uso de la vivienda familiar a un cónyuge, la autoridad judicial debe fijar la fecha en que el otro debe abandonarla». Por su parte, el artículo 81.3 del Código de Familia de Aragón, establece que «La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal, que, a falta de acuerdo, fijará el Juez, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia».

2. Derecho italiano

El diverso modo de aproximarse del legislador italiano a la materia de la vivienda familiar se evidencia cuando se estudian los criterios de atribución, de los que se deduce la función misma del derecho de uso.

Una de las principales diferencias entre el Derecho español e italiano emerge en el distinto tratamiento de la posición del cónyuge sin hijos.

En el ordenamiento jurídico italiano el tenor literal de la disposición normativa de referencia no ha sido nunca, ni claro, ni unívoco.

El texto originario del artículo 155, párrafo cuarto, del Código Civil (tal y come fue redactado por la Ley de 19 de mayo de 1975, núm. 151 y vigente

hasta el 2006), ubicado en separación matrimonial disponía que «La habitación en la casa familiar corresponde *preferentemente, y en cuando sea posible*, al cónyuge al que se atribuye la custodia de los hijos». En cambio, en los casos de divorcio, el artículo 6, párrafo sexto, de la Ley núm. 898 de 1970 prevé que el «juez deberá valorar las condiciones económicas de los cónyuges y las razones de la decisión y *favorecer al cónyuge más débil*». Por último, según el nuevo artículo 337 *sexies* CCI, aplicable a todos los supuestos de crisis familiar, en la atribución habrá que tener en cuenta, no «exclusivamente», sino *«prioritariamente»*, los intereses de los hijos[74].

La ambigüedad de los referidos preceptos ha permitido a una parte de la doctrina y a un sector minoritario de la jurisprudencia asignar también al derecho de uso una función de tutela del cónyuge no custodio, pero, sobre todo, del cónyuge sin hijos[75]. De esta manera la atribución del uso se convierte en una modalidad de cumplimiento de la obligación de alimentos[76], que permite satisfacer el interés personal del cónyuge más débil a permanecer en la que fue residencia familiar[77].

Por el contrario, una consolidada jurisprudencia —con algunos importantes fallos de las *Sezioni unite*[78] y de la Corte Constitucional[79]— apoyada por una parte de la doctrina[80], asigna a la atribución del uso de la vivienda familiar una función «exclusiva» de tutela de los hijos menores o mayores no autosuficientes, y no, del cónyuge económicamente más débil. Por lo tanto, el Juez, al resolver sobre la cuestión, debe tener en cuenta la protección del interés de la continuidad de vida los hijos[81] y, en ausencia de los mismos, no podrá acordar la atribución con la finalidad de reequilibrar las condiciones patrimoniales de los cónyuges[82].

En efecto, la tesis, según la cual el artículo 337 *sexies* del Código Civil exigiría tener igualmente en cuenta el interés del cónyuge más débil, contrasta con la circunstancia de que el precepto esté ubicado entre las disposiciones que regulan, no las relaciones «horizontales» de los (*ex*) cónyuges entre sí, sino las «verticales» entre padres e hijos, también de los nacidos fuera del matrimonio[83].

Por lo tanto, no parece que persuada esta solución tendente a establecer una suerte de continuidad entre la fase fisiológica y patológica de la vida conyugal[84]. De hecho, algunos autores, argumentan sobre la posibilidad de que el cónyuge no titular sea el beneficiario del derecho de uso con apoyo en el artículo 144 del Código Civil, según el cual los cónyuges acuerdan entre ellos la fijación de su residencia[85]. Sin embargo, la circunstancia de que, *constante* el matrimonio, el cónyuge titular no pueda sustraer unilateralmente la destinación del inmueble a la finalidad de residencia familiar, sin infringir los deberes de colaboración y acuerdo sobre la dirección de la vida familiar (arts. 143 y 144 CCI)[86], no autoriza a concluir que sea admisible la atribución del uso de la vivienda en beneficio del cónyuge *después* de la separación o el divorcio. En realidad, mientras en la fisiología de matrimonio el concurso del cónyuge no titular en la determinación de la residencia es una plasmación concreta de la regla general de la necesidad

de acuerdo y no da lugar (sino de manera limitada) a una compresión de las facultades del derecho de propiedad, en cambio, con la medida de la atribución judicial la modificación del régimen de disfrute resultaría subordinada a ciertos presupuestos específicos (art. 337 *sexies* CCI) extraños a la esfera de influencia del titular; el cónyuge titular resultaría, así, privado de la facultad de uso de la vivienda; el destino del inmueble no resultaría de un acuerdo en el que también participaría el propietario, sino de una resolución judicial.

No obstante, debe precisarse que la imposibilidad de asignación judicial al cónyuge sin hijos no resulta de una pretendida naturaleza excepcional del artículo 337 *sexies* CCI, que impediría el recurso a la analogía[87]. Una norma es excepcional cuando se desvía de los principios del ordenamiento jurídico, lo que se justifica por la peculiaridad de su supuesto de hecho[88]. Sin embargo, el artículo 337 *sexies* CCI no se encuentra en una «singular relación» con la axiología del ordenamiento, sino que supone una modalidad de actuación del principio constitucional de tutela de la personalidad de los hijos (arts. 2 y 30 de la Constitución). La excepcionalidad de la disciplina tampoco puede deducirse de su potencialidad para limitar las facultades del derecho de propiedad, según una tesis, que ha sido totalmente superada tras la entrada en vigor de la Constitución[89].

Más bien, el fundamento de la posición contraria a la extensión analógica del artículo 337 *sexies* CCI al cónyuge sin hijos se halla en la circunstancia de que su *ratio* justificativa (tutela del interés de los hijos) no es común con el supuesto de hecho no regulado (cónyuge más débil), de modo que resulta excluida la aplicación directa del principio contenido en los artículos 2 y 30 de la Constitución[90]. Dicho de otro modo, la admisión de una perspectiva funcional, que valora la aptitud del derecho de uso para promover los intereses existenciales de los hijos implicados en una crisis familiar impide recurrir a la analogía, lo que transformaría su atribución en una contribución económica a los alimentos, haciéndola desempeñar una finalidad patrimonial extraña a la *ratio legis* de la norma interpretada[91].

Además, la admisión de la asignación del uso en favor del cónyuge no custodio no es una operación «neutral», que se limite a introducir una ulterior modalidad de cumplimiento de la obligación de alimentos. Por el contrario, reduce la protección de los intereses concurrentes representados, no solo por el derecho de propiedad del cónyuge titular o cotitular del inmueble[92], sino también por los no patrimoniales de los hijos.

Sin embargo, la exigencia de tutela del interés de los hijos no debe precluir soluciones interpretativas que traten de armonizar, de modo equilibrado, todos los intereses implicados en cada caso concreto, incluidos los del progenitor no conviviente.

En primer lugar, la conciencia de que la atribución del uso tiene una efectiva incidencia sobre las condiciones económicas de los cónyuges, beneficiando al

asignatario del mismo, ha inspirado la redacción del artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI, en la parte en que dispone que el juez debe tener en cuenta la atribución al regular las relaciones económicas entre los cónyuges, «considerado el eventual título de propiedad». La fijación del valor económico del uso de la casa familiar permitirá, por ejemplo, moderar la cuantía de la pensión compensatoria eventualmente percibida por el cónyuge beneficiario.

En segundo lugar, existe una original modalidad de armonización de los intereses de los hijos con los del progenitor no asignatario del derecho de uso, que es representada por la figura, de creación jurisprudencial, de la «asignación parcial»[93].

Numerosas sentencias limitan la atribución del uso «a aquella parte de la casa familiar realmente necesaria para cubrir las necesidades de la persona que conviven en la familia, teniendo en cuenta, al establecer las concretas modalidades de asignación, las exigencias vitales del otro cónyuge y las posibilidades de disfrutar del inmueble de manera separada y autónoma»[94].

Pero, en un planteamiento más general, se suscitan importantes dudas en la hipótesis en la que el progenitor no custodio tenga un interés existencial a permanecer en el que fue domicilio conyugal, que merezca mayor protección que el de los hijos[95]. Es el caso del padre inválido o gravemente enfermo, que sufriría por su desalojo un perjuicio desproporcionado respecto a la ventaja que la permanencia en la casa reporta a los hijos. No faltan en estos supuestos decisiones de la Corte de Casación y de Tribunales de Instancia, que consideran prevalente el interés a continuar en la vivienda del progenitor no custodio, afectado por un *handicap* o una grave enfermedad[96]. Ahora bien, un análisis atento de estos fallos pone de manifiesto que en todos ellos el progenitor no custodio era el propietario del inmueble. Por lo tanto, la jurisprudencia no crea ningún derecho de disfrute nuevo sobre la vivienda, sino que se limita a no disponer la atribución al cónyuge no titular, considerando recesiva la posición de los hijos.

En mi opinión, se trata de una solución equilibrada que, en orden a la atribución o no del uso, admite ponderar, junto con el interés de los hijos, no solamente el puramente patrimonial del cónyuge titular —como ha sostenido la interpretación tradicional— sino también sus exigencias existenciales. De este modo, el Juez realiza siempre una ponderación entre la posición de los hijos y la del cónyuge titular, en la que intervienen una amplia gama de intereses, no solo patrimoniales, sino, sobre todo, existenciales. Esta interpretación —sin conferir a la atribución una función de tutela del cónyuge económicamente más débil— también pone en valor el tenor literal de los artículos 337 *sexies*, párrafo primero, CCI y 6, párrafo sexto, de la Ley núm. 898 de 1970, ya que sustrae la decisión judicial a toda clase de automatismo y enriquece el conjunto de los intereses entre los cuales ha de realizar una labor de ponderación para determinar cuál es el prevalente.

V. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA ATRIBUCIÓN Y FUNCIÓN DEL DERECHO DE USO (SIGUE): LOS HIJOS MAYORES DE EDAD

Otra de las diferencias entre las dos legislaciones se manifiesta en la posición de los mayores de edad.

1. Derecho español

Es evidente que, aunque el artículo 96.I del Código Civil habla de «hijos», ha de aplicarse, exclusivamente, a los hijos menores de edad. Si la razón por la cual el precepto atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor con quien convive el hijo radica en el hecho de que tiene encomendada su custodia, es evidente que esta circunstancia no concurre allí donde, alcanzada la mayoría de edad de los hijos, ha tenido lugar la extinción de la patria potestad.

El precepto es una expresión concreta del principio constitucional, según el cual «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a la hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los casos en que legalmente proceda», por ejemplo, cuando han sido incapacitados[97].

Este entronque del artículo 96.I del Código Civil con el artículo 39.3 CE impide, como, en su momento propugnara cierta jurisprudencia de instancia, limitar temporalmente la atribución del uso de la vivienda de carácter ganancial al progenitor custodio hasta el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial[98]. Creo que esta solución era contraria a la finalidad perseguida por el precepto, esto es, asegurar que los hijos menores, mientras persista su situación de minoría de edad, no se vean privados de la posibilidad de seguir usando la vivienda, a pesar de la separación o divorcio de sus padres; y ello, con independencia de a quién corresponda la propiedad de la misma (y, sin perjuicio de lo ya dicho, sobre la posibilidad de realojar a los menores en otra vivienda igualmente digna para satisfacer su necesidad de vivienda)[99]. El precepto nada tiene que ver con el régimen económico matrimonial de los cónyuges, operando cualquiera que sea este (sociedad de gananciales o separación de bienes), siendo, además, posible atribuir la vivienda de titularidad privativa de uno de los progenitores al otro, no propietario, en beneficio del hijo con el que este último conviva.

Por lo tanto, me parece impecable la ya consolidada doctrina jurisprudencial actual[100] (aplicable a los supuestos en que no haya custodia compartida), según la cual «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez», porque el artículo 96.I del Código Civil «no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la

pareja»; de modo que «una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor»[101].

Es evidente que el genérico mandato constitucional de protección de los hijos no se proyecta sobre los mayores de edad, respecto de los cuales no juega el artículo 96.I del Código Civil, sino que la protección de su necesidad de habitación debe discurrir por un cauce distinto, esto es, el de la obligación de alimentos entre parientes, regulada en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, de donde se deducen una serie de consecuencias.

En primer lugar, el progenitor con el que sigan conviviendo los hijos durante la minoría de edad, no tiene un derecho automático a que se prorrogue el derecho al uso de la vivienda familiar, sino que tendrá que demostrar la existencia de una situación objetiva de necesidad de ambos (arts. 148.I y 152.3.º del Código Civil) y, solo, entonces, si su interés es el más merecedor de protección que el del otro progenitor (a falta de existencia de otras alternativas razonables), podrá pedir continuar en el uso de la casa con el hijo mayor de edad, por el tiempo que el juez estime prudencial, al amparo del artículo 96.III del Código Civil, subordinada siempre a la persistencia de la necesidad de habitación, pues, en el caso de que desapareciese, podría instarse un procedimiento de modificación de medidas.

En segundo lugar, el hijo mayor de edad tampoco tiene derecho *per se* a continuar en el uso de la vivienda conyugal, incluso aunque probara el estado de necesidad, porque como ha declarado el Pleno del Tribunal Supremo, la prestación alimenticia a favor de los mayores (dentro de la cual se subsume la habitación) «admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos»; por lo tanto, «Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella»; y concluye: «En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir»[102].

2. Derecho italiano

Como ya se ha apuntado, en el punto que nos ocupa existen diferencias significativas entre el Derecho español y el italiano, el cual, por cuan-

to concierne a la obligación de alimentos de los progenitores, parte de la equivalencia entre la posición jurídica de los hijos menores y la de los mayores de edad que no hayan alcanzado una independencia económica por causas ajenas a su voluntad (art. 147 CCI)[103], lo que aparece confirmado por el artículo 155 *quinquies* CCI (introducido por la Ley núm. 54 de 2006), en la actualidad sustituido por el artículo 337 *septies* CCI, según el cual, en los casos de separación, el juez «puede disponer en favor de los hijos mayores no independientes económicamente el pago de un pensión periódica»[104].

Partiendo de esta premisa, la doctrina y la jurisprudencia excluyen que la disciplina de la atribución del uso de vivienda familiar permita establecer diferencias entre los hijos menores de edad y los hijos mayores con derecho a alimentos[105]. Aunque el artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI hable genéricamente de «intereses de los hijos» —allí donde el artículo 6, párrafo sexto, de la Ley núm. 898 de 1970 se refiere expresamente a los hijos convivientes «más allá de la mayoría de edad»— una lectura sistemática del precepto permite confirmar su interpretación extensiva, desde el momento en que, entre las causas de extinción del derecho de habitación, no se incluye la adquisición de la mayoría de edad por parte de los hijos[106].

Sin embargo, es necesario precisar que, en sede de asignación de la casa familiar, extender *tout court* a los hijos mayores de edad el tratamiento normativo reservado a los menores puede conducir a soluciones no razonables, que sacrifiquen íntegramente y sin límites temporales la posición jurídica del progenitor propietario que no convive con los hijos. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia han realizado algunas correcciones para ponderar de manera más adecuada todos los intereses en conflicto.

Ante todo, la intensidad de la tutela del derecho a habitación se valora de manera inversamente proporcional al aumento de la edad[107]; además, el derecho de uso de la casa familiar, presupone, en la misma medida que el derecho de alimentos, que el hijo mayor de edad no sea culpable de no haber alcanzado su independencia económica[108]; por último, oportunamente, se ha sugerido que se tenga en cuenta el valor económico del derecho de uso en la determinación de la cuantía de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad[109].

VI. DURACIÓN Y CESACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN

Existen algunas diferencias significativas respecto a las causas de cesación de la atribución del derecho uso entre el Derecho español e italiano, en particular, por lo que concierne a los efectos del nuevo matrimonio o convivencia *more uxorio* del progenitor asignatario.

1. Derecho español

Tratándose de progenitores que tienen atribuido el uso de la vivienda familiar, por su condición de custodios exclusivos de los hijos menores de edad, el derecho de uso se extingue al cumplir estos la mayoría de edad; en los demás casos, cuando expira el plazo judicialmente fijado; y ello, sin perjuicio de que, si, en ese momento, persiste una situación de necesidad objetiva, dicho plazo pueda ser prorrogado.

No obstante, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, según la cual es posible satisfacer la necesidad de habitación de los hijos (también menores) con una vivienda distinta a la familiar, el derecho de uso puede extinguirse (instándose un juicio de modificación de medidas) antes de que los hijos menores alcancen la mayoría de edad o de que se cumpla el plazo de duración fijado (si el derecho corresponde a un progenitor sin hijos o con hijos mayores de edad), en el caso de que el asignatario adquiera a título oneroso o gratuito (por ejemplo, por herencia[110]) en propiedad plena[111] o compartida (por ejemplo, con un nuevo cónyuge o conviviente[112]) una casa apta para satisfacer la necesidad de habitación que se trata de proteger[113] (o, recupere el uso de la que estaba alquilada, por extinción del contrato de arrendamiento[114]), pues podrá habitar en ella, o, si (como se prevé en el art. 337 *sexies*, párrafo primero, CCI) abandona la vivienda familiar de manera permanente para residir en otra[115], sea de su propiedad[116] o ajena: por ejemplo, retorna a casa de los propios padres[117]) o reside en la vivienda de otra persona con la que se vuelve a casar o con la que mantiene una convivencia *more uxorio*).

Pero a diferencia de lo que acontece con la pensión compensatoria, lo que en el ordenamiento jurídico español no se admite (con la salvedad del reciente artículo 12.11.d. de la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio), es que el derecho de uso se extinga por el mero hecho de que el asignatario contraiga un nuevo matrimonio o conviva maritalmente con otra persona distinta a la del otro progenitor; y, a pesar de las duras críticas de un sector de la doctrina[118], no creo que esta solución sea desacertada.

Téngase en cuenta que, si la razón de la atribución (temporal) del uso estriba en la necesidad de habitación de un progenitor sin hijos menores de edad, la misma no desaparece por la circunstancia de casarse o de convivir con un tercero, sino, exclusivamente, cuando su nuevo cónyuge o conviviente *more uxorio* tenga una casa en la que poder vivir con él. Por otro lado, si estamos ante un progenitor a quien se atribuye la vivienda familiar, por razón de ser el custodio exclusivo del hijo menor de edad, no parece que el hecho de que su nuevo cónyuge o conviviente tenga una casa le obligue a residir en ella, con el riesgo de que, si su posterior matrimonio o unión de hecho fracasa, no pueda volver a la vivienda familiar originaria para atender la necesidad de habitación del menor[119]. Es cierto que, si el nuevo cónyuge o conviviente reside en la vivienda familiar del anterior

matrimonio, es posible que este obtenga un enriquecimiento injusto, por ejemplo, por disfrutar de una vivienda ajena, a pesar de tener otra propia, que no usa y tiene alquilada[120], caso este, en el que podría pensarse en una compensación a su cargo en favor del progenitor propietario privado del uso de su casa.

2. Derecho italiano

La formulación del artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI no resuelve la cuestión de la duración de la atribución, limitándose a prever que el derecho de disfrute «se extingue cuando el asignatario no habite o cese de habitar establemente en la casa familiar o conviva *more uxorio* o contraiga nuevo matrimonio»

La norma, al no contemplar una duración máxima de la atribución, no enumera, entre las causas de extinción del derecho el transcurso del plazo[121]. Sin embargo, el natural carácter temporal de la atribución[122] permite fijar un término explícito, sea en la resolución judicial de asignación, sea en un procedimiento de revisión de medidas.

La jurisprudencia ha completado el elenco de las causas de extinción previstas por el artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI añadiendo las siguientes: la mayoría de edad o la autosuficiencia económica de los hijos: la cesación de la convivencia con ellos; la muerte del asignatario; la atribución al mismo de la propiedad exclusiva del inmueble como consecuencia de la división; la extinción del título de disfrute del bien (por ejemplo, por transcurso del término del usufructo, del arrendamiento, del comodato).

Es interesante subrayar que en los casos de nuevo matrimonio o de convivencia del progenitor la Corte Constitucional ha excluido el automatismo de la revocación, subordinándola a un juicio de conformidad al interés de los hijos[123]. Así mismo, ha precisado que existe un «principio general» de «posibilidad de modificación en todo momento» de la resolución judicial que atribuye el derecho de uso «por circunstancias sobrevenidas»; no obstante, dicho principio no opera *ipso iure,* sino que siempre se requiere una nueva valoración judicial a la luz del interés del menor[124]. Por lo tanto, todo supuesto de revisión o extinción del derecho —con excepción de la muerte del titular— exige la intervención de la autoridad judicial, que, al modular la duración de la asignación, está llamada a volver a considerar la ponderación de los intereses en conflicto, realizada en el momento de la atribución[125].

VII. OPONIBILIDAD A TERCEROS DEL DERECHO DE USO Y POSIBILIDAD DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL

En el tema relativo a la oponibilidad a los terceros adquirentes del derecho de uso y al de la posibilidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad

existe una aproximación entre ambos ordenamientos jurídicos, si bien en el italiano hay una previsión legal expresa, que no se encuentra en el español, por lo que la cuestión ha debido ser resuelta por la jurisprudencia.

1. Derecho español

Más allá de los debates doctrinales[126] y de las posiciones jurisprudenciales sobre la naturaleza jurídica de la figura (entre las que hoy predomina claramente la que niega su carácter de derecho real)[127], lo cierto es que es comúnmente admitido por los Tribunales que el derecho de uso atribuido al progenitor no propietario[128], aún no inscrito en el Registro de la Propiedad[129], es oponible al tercer adquirente (no protegido por el art. 34 LH) a quien el otro progenitor haya enajenado la vivienda de la que es titular exclusivo (sin perjuicio, además, de que el asignatario pueda hacer uso de la facultad de anulación del contrato celebrado sin su consentimiento *ex* art. 96.IV del Código Civil)[130]; y también al adjudicatario en pública subasta de la vivienda común, cuando la misma haya tenido lugar, como consecuencia del ejercicio de la acción de división de la comunidad, si no ha habido acuerdo respecto de la división entre ambos progenitores[131].

A mi parecer, en el supuesto (en el que, sin duda, está pensando el art. 96 del Código Civil) de que la propiedad de la vivienda pertenezca a uno o a ambos progenitores, la calificación que mejor conviene a la naturaleza del derecho de uso, cuando este es asignado al no titular o al titular parcial de la vivienda (y a los efectos frente a terceros que la jurisprudencia le confiere) es la de un auténtico derecho real de disfrute sobre cosa, total o parcialmente, ajena[132].

Es indudable que se da el elemento interno de los derechos reales, esto es, la inmediatez, pues el titular del derecho usa la vivienda directamente, sin necesidad de la intermediación de un tercero[133]. En mi opinión, pese a lo que algunas recientes sentencias han afirmado[134], el derecho contemplado en el artículo 96 del Código Civil no se identifica con la facultad (prevista en el párrafo cuarto del precepto) que el asignatario tiene para oponerse a la enajenación del inmueble hecha por el progenitor propietario, sin su consentimiento (o sin autorización judicial) y con la correlativa posibilidad de anulación del contrato que en su caso se hubiera celebrado[135]. Es, más, creo que dicha facultad no forma parte del contenido del derecho, sino que es externa al mismo, presuponiendo su existencia como un hecho previo: se le otorga al titular del derecho de uso como un mecanismo (no exclusivo) para proteger la necesidad de habitación de los hijos encomendados a su cuidado (o, en defectos de hijos, la suya propia)[136]. Digo que no es un mecanismo de protección exclusivo, porque el no ejercicio de la acción de anulación no implica la extinción del derecho de uso, que persistirá frente a terceros adquirentes no amparados por la fe pública registral[137].

También, según se ha dicho, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial, se da el elemento externo de los derechos reales, es decir, la oponibilidad natural a terceros no protegidos por el artículo 34 LH, sin necesidad de inscripción en el Registro de la Propiedad. Es cierto que hay derechos personales naturalmente oponibles a terceros (como son los arrendamientos urbanos o rústicos), pero ello solo acontece cuando existe una norma expresa que así lo establece, excepcionado la regla general de que los derechos personales tienen carácter relativo, lo que en el supuesto que nos ocupa no tiene lugar. Por lo tanto, resultaría un tanto contradictorio afirmar que estamos ante un derecho, que no es real, pero que produce efectos reales[138], los cuales, por cierto, son los que mejor se ajustan a una interpretación finalista del artículo 96.I del Código Civil en clave constitucional: si la razón de ser del precepto es hacer efectivo el mandato constitucional de protección de los hijos menores de edad en la modalidad habitativa, es claro que la mejor manera de garantizarlo es mantener la continuidad del derecho de uso asignado al progenitor con quien convivan en el caso de enajenación de la vivienda a un tercero.

Por otro lado, la conceptuación del derecho de uso como real es lo que coherentemente explica la posibilidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad, al amparo del artículo 1.I LH y 7 RH, y añadir, así, a su oponibilidad natural la que resulta de la publicidad registral, evitando el riesgo de que el titular del derecho no pueda oponerlo a un tercer adquirente protegido por el artículo 34 LH[139]. Es verdad que hay derechos personales que pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad, y no por ello se convierten en reales, pero ello solo es posible cuando, como sucede con los arrendamientos (art. 2.5.º LH) o con el derecho de opción (art. 14 RH), una norma así lo prevé[140].

¿Por qué entonces la resistencia de la actual jurisprudencia a admitir la naturaleza real del derecho de uso de la vivienda familiar? Sin duda, porque no es posible sostenerla fuera del caso prototípico en el que la vivienda pertenezca en propiedad a uno o ambos progenitores[141]. Si la vivienda es arrendada o es ocupada por la familia a título de precario o comodato, es evidente que el artículo 96 del Código Civil no permite al juez generar un derecho real sobre la base de una mera situación de hecho (precario)[142] o de un derecho personal (arrendamiento o comodato)[143]: en virtud de la asignación del derecho de uso, no es posible convertir a quien, a lo sumo, era titular de un derecho de crédito (suponiendo que lo fuera él, y no el otro progenitor) y poseía la vivienda de manera mediata (merced a la obligación de no hacer asumida por el arrendador o el comodante) en titular de un derecho real oponible a terceros y, por lo tanto, también al propietario del inmueble (comodante o arrendador, quedando a salvo, eso sí, el derecho de subrogación del inquilino en los términos previstos en el art. 15.2 LAU)[144]. Ahora bien, a mi parecer, esto no significa que en el caso prototípico el derecho de uso no tenga carácter real, pues, como he dicho, en él

concurren los elementos que la doctrina clásica asigna a este tipo de derechos: inmediatez y absolutividad[145].

El derecho de uso no se crea abstractamente por la sentencia, sino que presupone una realidad jurídica previa sobre la que se proyecta, la cual determina su naturaleza, que, por lo tanto, no es siempre uniforme[146]: en consecuencia, habrá unos casos en los que el derecho sea real y otros en los que no lo sea[147]. En particular, no lo será cuando la vivienda esté arrendada, en cuyo caso, conforme al artículo 15 LAU (en la redacción dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio) el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la misma cuando le haya sido atribuida *ex* artículo 96 del Código Civil y, si la duración del derecho de uso fuese superior a la que reste por cumplir el contrato de arrendamiento (incluidas las prórrogas legales), «pasará a ser titular del contrato», produciéndose, pues, una subrogación, siempre que lo notifique «al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda».

2. Derecho italiano

En el ordenamiento jurídico italiano, el artículo 337 *sexies*, párrafo primero 1, CCI dispone: «La resolución judicial de asignación [del derecho de uso] y el de su revocación son susceptibles de inscripción y oponibles a terceros en el sentido del artículo 2643 del Código Civil»[148].

La inscripción («trascrizione») es una forma de publicidad declarativa, prevista para las vicisitudes jurídicas de los bienes inmuebles. Se lleva a cabo mediante la constancia en los registros inmobiliarios de los efectos de los actos enunciados en el artículo 2643 CCI. El cumplimiento de la carga de la inscripción permite hacer oponibles a terceros los efectos del acto, permitiendo, así, dirimir el conflicto entre varios causahabientes del mismo transmitente, sustituyendo el criterio de la prioridad temporal del título de adquisición; y en el Derecho italiano, a diferencia del español, carece de relevancia el estado subjetivo de las partes, es decir, la buena o mala fe de quien inscribe.

Según el artículo 2644 CCI, los actos no inscritos no producen efectos frente a los terceros que hayan adquirido anteriormente derechos incompatibles en base a un acto inscrito (párrafo primero); y, una vez llevada a cabo la inscripción, es inoponible, contra quien la haya llevado a cabo, cualquier sucesiva inscripción de derechos incompatibles, aunque la adquisición tenga una fecha anterior (párrafo segundo).

La inscripción de la resolución judicial de asignación de la casa familiar ha sido prevista, por vez primera, en materia de divorcio, por el artículo 6, párrafo

sexto, de la Ley núm. 898 de 1970, según el cual «La asignación, en tanto que inscrita, es oponible al tercer adquirente en el sentido del artículo 1599 del Código Civil». Esta última norma establece un régimen especial en materia de arrendamiento, salvaguardando la oponibilidad a terceros adquirentes de los arrendamientos no inscritos, siempre que el contrato tenga una fecha cierta anterior a la adquisición de la cosa[149].

Como consecuencia de las intervenciones de la Corte Constitucional, la regla, dictada en sede de divorcio, ha sido extendida a la separación, con la consiguiente oponibilidad a terceros de la resolución judicial de asignación, según el especial régimen de publicidad del artículo 1599 CCI, tanto en el caso de divorcio, como de separación[150].

Por lo tanto, aunque falte la inscripción, la asignación se considera oponible a los terceros dentro del plazo de los nueve años, puesto que la respectiva resolución judicial tiene, por definición, una fecha cierta[151].

El nuevo artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI (y el anteriormente vigente art. 155 *quater* CCI), no obstante, al establecer que la resolución judicial de asignación es susceptible de transcripción y oponible a terceros, no hace ninguna referencia al artículo 1599 CCI. Es, por ello, que se ha reabierto la discusión sobre los límites de la eficacia de la asignación[152].

La interpretación literal de la disposición lleva a una parte de la doctrina a considerar que solo la tempestiva ejecución de la publicidad hace oponible a los terceros la asignación, incluso dentro de los nueves años[153]. No obstante, de manera persuasiva se ha sostenido que esta solución hermenéutica suscita dudas desde el punto de vista de su constitucionalidad, en tanto que frustraría la tutela del interés de los hijos, al que se orienta la figura de la asignación[154].

Por lo tanto, es necesario privilegiar una interpretación adecuadora del artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI que, en línea de continuidad con la orientación jurisprudencial consolidada antes de la reforma del Código Civil, confirme la necesidad de la inscripción, exclusivamente, con la finalidad de hacer oponible la asignación, más allá de los nueves años[155]. Además, solo esta solución permite evitar una disparidad de tratamiento del asignatario en relación con el título de disfrute del inmueble. Es, de hecho, indudable, que, si la casa familiar es utilizada a título de arrendamiento, la resolución judicial de asignación no inscrita es oponible al arrendador dentro del límite temporal de los nueve años, en el sentido del artículo 1599 CCI[156].

Para terminar, hay que resaltar que el tema de la oponibilidad del derecho de uso tiene en Italia una trascendencia superior que en España, desde el momento en que en el ordenamiento jurídico italiano no existe una norma parangonable al artículo 96.IV del Código Civil español, por lo que el asignatario del uso de la vivienda no puede oponerse a que el propietario de la misma enajene esta.

VIII. CRISIS DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO* Y DESTINO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Una de las cuestiones que plantea la disciplina de la atribución del uso de la vivienda familiar es la posibilidad de ser aplicada analógicamente en los casos de ruptura de una unión de hecho.

1. Derecho español

El artículo 39.1 CE establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. El precepto habla de «familia», y no de «familia legítima» (o «matrimonial»), por lo que la protección que el precepto otorga a la familia no debe identificarse, necesariamente, con la que tiene origen en el matrimonio, el cual se regula en un precepto específico (art. 32 CE), y en capítulo diverso. Esta es la posición mantenida por la jurisprudencia constitucional desde tiempos tempranos[157], según la cual «el concepto constitucional de familia (no) se reduce a la matrimonial»[158]. Por lo tanto, dentro de la noción de familia contemplada en el artículo 39.1 CE hay que situar las uniones no matrimoniales que tienen su origen en una decisión libre de los convivientes (que realizan, así, una determinada opción vital en el ejercicio de la libertad nupcial negativa) y en las que concurren las notas de unidad, estabilidad y afectividad.

Ahora bien, la inclusión de la familia de hecho en el genérico mandato de protección que la norma dirige a los poderes públicos, no prejuzga la cuestión del «grado» de dicha protección. Es, así, pertinente distinguir diversos grados de protección constitucional en el ámbito familiar: a) la Constitución garantiza la protección integral de los hijos y de las madres, sin que quepa discriminar a aquellos o a estas, por razón de su filiación o su estado civil, respectivamente; b) la Constitución no garantiza, en cambio, una protección uniforme para todo tipo de uniones entre personas situadas en posición de paridad (es decir, cónyuges o convivientes de hecho)[159].

Así pues, las personas que, en el ejercicio de su libertad, deciden no contraer matrimonio no pueden esperar beneficiarse automáticamente de todas las consecuencias jurídicas que la ley atribuye a las personas que ejercitan el derecho constitucional a contraer matrimonio, pues, en tal supuesto, existe una razón objetiva que justifica el trato desigual. Como afirma reiterada jurisprudencia constitucional[160], «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2)»; por el contrario, la unión de hecho, «ni es una institución

jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento»[161].

Por lo tanto, la parificación de trato jurídico que, en algunos aspectos, establecen ciertas normas estatales (señaladamente, el artículo 16.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, a efectos de la subrogación en caso de muerte del arrendatario, y el vigente artículo 174 de la Ley General de la Seguridad social, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en orden a la percepción de la pensión de viudedad)[162] y autonómicas (las únicas que contienen una regulación sistemáticas de las uniones de hecho)[163] es una pura opción del legislador, que, si bien puede encontrar cobertura en el art 10.1 CE (principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad), no es una exigencia constitucional desde el punto de vista del respeto al derecho fundamental a la no discriminación (dejando siempre a salvo el principio de igualdad entre los hijos, cualquiera que sea su filiación), por lo que no nos parece pertinente justificarla en el artículo 14 CE[164].

La inexistencia de identidad de razón entre la familia matrimonial y no matrimonial impide aplicar analógicamente a las convivientes de hecho las normas civiles dictadas para los cónyuges, entre la cuales, figura, precisamente, el artículo 96.III del Código Civil[165].

En este sentido, hay que referirse a la clara doctrina sentada por el Pleno del Tribunal Supremo[166], que, con buen criterio, ha excluido la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil en el ámbito de la convivencia *more uxorio*, con el argumento de que el matrimonio y las uniones de hecho no son realidades equivalentes. Dice, así, que «es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio (…) aunque las dos estén dentro del derecho de familia»; y añade: «Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias». «Por ello, debe huirse de la aplicación por 'analogía iuris' de normas propias del matrimonio, como son los artículos 97, 96 y 98 del Código Civil, ya que tal aplicación analógica comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio»[167].

Por las mismas razones, la jurisprudencia, tras ciertas vacilaciones iniciales[168], se ha decantado claramente en contra de la aplicación analógica del artículo 96.III del Código Civil a las uniones de hecho, afirmando que, a falta de hijos menores de edad, no es posible atribuir, al conviviente más necesitado de protección el uso de la vivienda familiar[169]. Por el contrario, como es lógico, sí aplica analógicamente en las uniones de hecho el artículo 96.I del Código

Civil, pues, por imperativo constitucional, la posición de los hijos menores de edad es la misma, con independencia de su filiación, por lo que no cabe que reciban un tratamiento distinto, de manera que procederá la atribución (sin limitación temporal) del uso de la vivienda familiar al progenitor (no casado) con el convivan, mientras persista su minoría de edad[170].

Sentada la imposibilidad de que los Tribunales apliquen analógicamente el artículo 96.III del Código Civil a las uniones de hecho, cabría plantarse otra cuestión: ¿sería posible que el legislador extendiera imperativamente la solución que establece el precepto al caso de ruptura de la convivencia *more uxorio*, de tal manera que se pudiera llegar a atribuir al conviviente más necesitado de protección el uso de una vivienda familiar de la que no fuera propietario exclusivo, en perjuicio del otro, que sí lo fuese, en todo o en parte?

Me parece dudoso, a la luz de la doctrina recientemente sentada por el Pleno del Tribunal Constitucional, que, con indudable acierto, ha declarado inconstitucionales diversos artículos de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, «para la igualdad jurídica de las parejas estables»[171], de los que resultaba la imposición, con carácter imperativo, de una serie de derechos y obligaciones de carácter civil a los integrantes de la unión de hecho, derivados del puro hecho de convivir maritalmente durante un periodo ininterrumpido mínimo de un plazo que no era necesario, cuando tuvieran descendencia.

El Tribunal Constitucional, con buen criterio (que es perfectamente aplicable a otras leyes autonómicas que se basan en el mismo criterio de imposición imperativa prescindiendo de la voluntad de los convivientes[172]), afirma que «Elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho es […] su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal […] Consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta […]. Pues bien, este respeto a la autonomía privada de quienes han decidido conformar una unión de hecho se traduce en el reconocimiento de que, en aras a su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones —antes, durante y al extinguirse esa unión— conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional; y esta libertad debe ser respetada por el ordenamiento jurídico en todo caso, salvo que su ejercicio concreto pudiera entrar en conflicto con valores constitucionales superiores que justificaran su constricción».

Prosigue: «La unión de hecho, en cuanto realidad social relevante, sí puede ser objeto de tratamiento y de consideración por el legislador respetando determinados límites […] el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los

integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio. Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el artículo 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja».

2. Derecho italiano

En el vigente ordenamiento jurídico italiano, el disfrute de la vivienda familiar puede ser también asignado en el ámbito de los «procedimientos relativos a los hijos nacidos fuera del matrimonio» (art. 337 *bis*, introducido por el art. 7, párrafo decimo segundo, del Decreto Legislativo núm. 154 de 2013; y con anterioridad artículo 4, párrafo segundo de la Ley núm. 54 de 2006)[173]. Como se ha dicho, las reformas del Código Civil de 2006 en materia de custodia compartida y de 2013 en tema de filiación han establecido una disciplina unitaria para todas las medidas judiciales relativas a los hijos en los casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y cesación de la convivencia *more uxorio* entre los padres (arts. 337 *bis*-337 *octies* CCI)[174].

Por lo tanto, el juez puede asignar un inmueble destinado a residencia de una familia de hecho, en el supuesto de cesación de la vida familiar, al progenitor no casado que conviva con los hijos menores o no autosuficientes desde un punto de vista económico.

La admisibilidad de la asignación en el conflicto entre progenitores no casados se inspira en el principio de tutela de los hijos, más allá de cual sea su *status* (art. 30 de la Constitución)[175]. La parificación de la posición de los hijos no matrimoniales a la de los matrimoniales ha tenido lugar bajo el impulso de numerosos fallos de la Corte Constitucional y de la jurisprudencia ordinaria.

La primera etapa de tal proceso evolutivo es representada por la sentencia de 7 de abril de 1988, núm. 404, en la que, entre otros aspectos, se declara la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley sobre el divorcio en la parte que no preveía la subrogación en el contrato de arrendamiento urbano, en el caso de cesación de la convivencia, del conviviente, existiendo hijos no matrimoniales»[176].

La exigencia de proponer una interpretación sistemática de la disciplina de la asignación de la casa familiar es advertida de manera clara por una segunda sentencia de la Corte Constitucional, que considera también admisible la adopción de la medida en beneficio del conviviente *more uxorio,* custodio de los hijos[177]. A pesar de la inexistencia de una específica disposición reguladora de

las consecuencias de la interrupción de la unión de hecho, la sentencia propone una interpretación normativa en clave constitucional, que hace innecesaria una declaración de inconstitucionalidad[178]. De hecho, el principio de responsabilidad parental, recogido en el artículo 30 de la Constitución, permite al intérprete hallar una «norma que le consiente reglamentar *ex latere filii* las consecuencias de la cesación de la convivencia de hecho»[179], poniendo, así, en valor la *ratio* de la figura de asignación, representada por la tutela del interés de los hijos más allá de su *status*.

El carácter necesariamente sistemático de la interpretación ha llevado, en fin, a la Corte a considerar infundada una ulterior cuestión de legitimidad constitucional, relativa a la falta de previsión legal de la inscripción de la medida judicial de atribución del derecho de uso en favor del progenitor no casado. Según la Corte Constitucional, no es necesaria una norma explícita para reconocer al progenitor custodio de los hijos no matrimoniales el derecho a la asignación de la vivienda, por lo que debe considerarse igualmente implícita en el sistema la regla que permite la inscripción de la respectiva medida judicial, «ya que así se garantiza la efectividad de la tutela de los derechos de los hijos, también en el caso de conflictos con terceros»[180]. En otras palabras, superar todo tipo de disparidad de tratamiento de los hijos no matrimoniales exige garantizarles «los mismos instrumentos de tutela, también frente a terceros», que les permitan la efectiva conservación del *habitat* familiar.

En conclusión, las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia de los dos países en la crisis de la familia de hecho son coincidentes. Tanto en España, como en Italia, la interpretación sistemática de la disciplina ordinaria, a la luz del principio constitucional de tutela de la filiación, más allá de su *status*, ha permitido a los Tribunales extender la medida de la asignación a los casos de cesación de la convivencia *more uxorio* cuando haya hijos no matrimoniales.

Esta perspectiva herméutica confirma que la disciplina de la atribución del uso sobre la casa familiar no tiene naturaleza excepcional, porque constituye expresión del principio de tutela de la personalidad de los hijos. Su aplicación analógica no encuentra, pues, obstáculos en todas la hipótesis en que exista una identidad de la *ratio* justificante, como es el caso de la cesación de la convivencia, concurriendo hijos no matrimoniales.

IX. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA EN CONCEPTO DE COMODATO: SOLIDARIDAD FAMILIAR Y TUTELA DE LA PROPIEDAD

Una de las cuestiones recurrentes en materia de vivienda familiar es la atinente a su destino, tras la crisis familiar, cuando su uso había sido gratuitamente atribuido a los cónyuges por los parientes de uno de ellos. No es, así, infrecuente que los padres de uno de los contrayentes cedan el uso gratuito de

una casa de su propiedad, a fin de que el futuro matrimonio establezca en ella su domicilio conyugal. El problema[181] surge, cuando en el juicio de separación o divorcio el uso de la vivienda se atribuye al cónyuge que no es hijo de los propietarios, momento en el que los suegros pretenden, obviamente, la restitución del inmueble[182].

1. Derecho español

Según la jurisprudencia española[183], hay que averiguar la razón por la que, en el caso concreto, los propietarios permitieron a los cónyuges usar la vivienda[184], distinguiéndose dos hipótesis: si lo fue por mera tolerancia, la situación jurídica de los beneficiarios es, desde su inicio, la de mero precaristas, por lo que los propietarios pueden reclamar su posesión en el momento en que lo estimen oportuno[185]; por el contrario, si se cedió el uso con la finalidad específica de que el futuro matrimonio estableciera en ella su domicilio conyugal, existió un comodato o préstamo de uso, que, tras la crisis conyugal, queda transformado en un simple precario, al haberse concluido el uso para el que se prestó la vivienda, por lo que los propietarios pueden también pedir la restitución de su posesión (art. 1749 del Código Civil)[186].

Es, así, doctrina jurisprudencial consolidada que «la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial»[187]. Por lo tanto, «la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio»[188], «en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible frente a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda»[189].

2. Derecho italiano

No existiendo una disciplina legal respecto a la asignación de los inmuebles disfrutados a título de comodato, la jurisprudencia italiana, con el fin de favo-

recer la continuidad habitativa de los hijos, ha elaborado una solución diversa de la española.

Ante todo, la Corte de Casación ha resuelto de manera positiva la cuestión de la admisibilidad de la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no comodatario (en tanto conviviente con hijos menores o no autosuficientes desde un punto de vista económico)[190]; y ello, a pesar de una opinión doctrinal contraria, según la cual el respeto al derecho de propiedad de comodante determinaría, no ya la inoponibilidad de la asignación, sino también su radical imposibilidad jurídica[191].

Sin embargo, queda por determinar cuáles son los efectos que la resolución judicial que atribuye el derecho de uso despliega sobre la relación jurídica de comodato. La orientación jurisprudencial prevalente, consagrada en dos sentencias de las Secciones Unidas[192], excluye que el fallo pueda modificar la naturaleza y el contenido del título de disfrute del inmueble, que queda sometido a la regulación del comodato.

Se plantea, en este punto, un problema de calificación del contrato. Ante todo, hay que hacer una precisión terminológica. El Código Civil italiano regula dos formas de «comodato»: el precario (que para la legislación española es una figura distinta), caracterizado por la falta de determinación de un plazo y por la imposibilidad de deducirlo del uso al que la cosa se destina (art. 1810 CCI) y el comodato, propiamente dicho (lo que España se llama como tal), que surge con la entrega de una cosa por un plazo determinado o para un uso convenido (arts. 1803 y 1809 CCI). En el primer caso, el comodatario está obligado a restituir la cosa, «en cuando el comodante se la reclame» (art. 1810 CCI), mientras que en el segundo, el comodante puede exigir la restitución inmediata solamente, si sobreviene una «necesidad urgente e imprevista» (art. 1809, párrafo segundo, CCI).

Según la Corte de Casación, el pacto de destinar el inmueble a casa familiar hace que el contrato surja para un uso determinado y, por lo tanto, puede reconducirse a la figura regulada en los artículos 1803 y 1809 CCI. La jurisprudencia, no obstante, ha tenido la precaución de precisar que el denominado «comodato habitativo» (que se distingue del mero precario) tiene lugar, exclusivamente, cuando la «común intención de las partes» haya destinado el bien a las «exigencias habitativas familiares»[193] (en esto, hay, pues, coincidencia entre la jurisprudencia española e italiana). Solamente, en este caso, el vínculo de destinación del inmueble, determinado por los contratantes está en grado de impregnar la razón justificadora del comodato y de reflejarse sobre la naturaleza de la relación jurídica.

Si las partes no han establecido expresamente un término de finalización, este será «determinable *per relationem* por la destinación a residencia de la familia del comodatario»[194]. El límite temporal del contrato coincide con el agotamiento del uso convenido[195], lo que remite a las exigencias habitativas de la familia del comodatario, «independientemente del surgimiento de una

crisis conyugal»[196]. En consecuencia, el comodante —obligado a consentir la continuación del disfrute para el uso previsto en el contrato— no dispone del derecho de desistimiento *ad nutum* (art. 1810 CCI), como, en cambio, reconoce la jurisprudencia española[197].

La solución jurisprudencial italiana, si bien tiene el mérito de tutelar el interés a la conservación del *hábitat* familiar de los hijos, parece sacrificar de manera excesiva la posición del comodante: este, no solo ve que el originario comodatario es sustituido por el asignatario del derecho de uso (no obstante el carácter personal del contrato[198]), sino que, además, es obligado a renunciar, sin recibir ninguna contraprestación[199], al disfrute del bien por un tiempo indeterminado, que puede coincidir con el momento en que el hijo del comodatario alcance la independencia económica[200].

La Corte de Casación, implícitamente, había limitado a nueve años el plazo de duración del vínculo, mediante la aplicación analógica del término previsto en el artículo 1599 CCI en materia de arrendamiento y recurriendo al artículo 6, párrafo sexto, de la Ley núm. 898 de 1970[201]. Pero, más allá de los obstáculos que se oponen a la asimilación de la posición del comodante y del inquilino, por la diversidad de los intereses implicados en las respectivas relaciones jurídicas, la nueva disciplina de la atribución del uso de la vivienda familiar, contenida en el artículo 317 *sexies*, párrafo primero, CCI, no contiene ninguna referencia al artículo 1599 CCI, lo que requiere la elaboración de una solución diversa al problema de la duración máxima de la relación.

El recurso al perfil funcional del comodato habitativo precluye la solución, consolidada en la experiencia española, del desistimiento *ad nutum* por parte del comodante, ni siquiera atenuada por el poder judicial de fijar *ex* artículo 1183 CCI un plazo apropiado para el desalojo[202].

Dos son las vías que pueden seguirse al objeto de realizar una labor de ponderación de los contrapuestos intereses del comodante y del comodatario, salvaguardando, además, el de la continuidad habitativa de los hijos.

La primera sugiere que, en ausencia de un acuerdo entre las partes, debe confiarse a la autoridad judicial la determinación del plazo de la relación, en la resolución judicial de asignación o en la de modificación de medidas[203]. Sin embargo, de este modo se corre el riesgo de configurar la resolución judicial en un nuevo título de disfrute que sustituya al contrato de comodato, al menos, desde la perspectiva de la disciplina del término final de la relación[204].

Por lo tanto, la solución preferible — compartida por las Secciones Unidas de la Corte de Casación — es la de incidir en la obligación de restitución al comodante en el caso de supervenencia de una necesidad imprevista y urgente (art. 1809, párrafo segundo CCI), justificándose de esta manera la interrupción del vínculo, cuando concurre la necesidad habitativa del propietario u otras exigencias que en el concreto caso examinado parezcan más dignas de protección que las esgrimidas por el comodatario[205].

En otras palabras, la no calificación de la relación jurídica en términos de precario exige acudir a la obligación de restitución del inmueble por necesidad sobrevenida del comandante al objeto de limitar la duración indefinida del vínculo. De esta manera, el juez se halla en condiciones de ponderar los intereses contrapuestos de las partes, ejercitando una labor de control sobre las razones justificadoras de la pretensión de restitución del comodante, verificando la proporcionalidad y adecuación respecto al interés contrario del comodatario.

X. ASIGNACIÓN DE DERECHO DE USO Y EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Examinaremos, a continuación, la repercusión de la atribución del derecho de uso sobre una vivienda común en la extinción y liquidación del régimen económico matrimonial, que en España está claramente resuelta por la jurisprudencia.

1. Derecho español

En Derecho español es, así, incuestionable[206] que, extinguida la sociedad de gananciales (por la sentencia de separación o divorcio) y atribuida (en el proceso de liquidación de aquella) la propiedad de la vivienda familiar a ambos cónyuges *pro indiviso*, la circunstancia de que el uso de la misma se asigne a uno de ellos, no impide al otro que, a falta de acuerdo, pueda pedir (conforme a la regla general del art. 400.I del Código Civil), la división de la cosa común que, siendo natural o funcionalmente indivisible, habrá de realizar mediante su venta judicial[207].

Así mismo la división y la consiguiente venta judicial de vivienda, que (en este caso, por definición) puede llevarse a cabo, sin el consentimiento del titular del derecho de uso, no extingue este derecho de uso, el cual, como ya se ha dicho, es oponible a terceros[208] no protegidos por el artículo 34 LH[209].

2. Derecho italiano

En la jurisprudencia italiana, la relación entre asignación del uso de la vivienda familiar y régimen de la comunidad legal u ordinaria ha sido abordado, desde perspectivas diversas, por algunos significativos fallos, tanto de la Corte de Casación, como de los Tribunales de instancia[210].

Ante todo, como ya se ha dicho, la jurisprudencia de la Corte de Casación —sobre la base de la exclusiva finalización de la figura regulada por el artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI a la tutela del interés de los hijos a

permanecer en el ambiente doméstico— es constante al afirmar, que, en ausencia de hijos, han de rechazarse las pretensiones de atribución de uso exclusivo de la vivienda[211]. Por lo tanto, la casa familiar perteneciente en copropiedad a cónyuges sin prole, «no existiendo una normativa especial» en materia de separación o divorcio, por aplicación del artículo 1110 CCI, queda sujeta a las normas sobre la comunidad, «a cuyo régimen deberá remitirse a los efectos del uso y de la división[212].

Remitirse a la normas sobre la comunidad, existiendo cónyuges sin hijos, significa que cada uno de ellos puede servirse de la casa de la que es copropietario, con tal de que no altere su destino y no impida al otro hacer de ella un uso semejante, según su propio derecho (art. 1102 CCI)[213]. Si las partes no logran llegar a un acuerdo en orden a la composición de los intereses en conflicto, podrán solicitar la disolución de la comunidad y la división del inmueble (art. 1111 CCI)[214].

La exigencia de coordinar la disciplina de asignación de la casa familiar con la de la comunidad surge desde otro punto de vista: se plantea la posibilidad de disolver la comunidad, cuando, perteneciendo la propiedad de la casa a ambos progenitores, el uso de la misma se asigna al que tiene encomendada la custodia de los hijos.

Una parte de la jurisprudencia de instancia sostiene que el interés de los hijos a conservar el *hábitat* merece una mayor protección que el interés patrimonial del progenitor no asignatario a la venta del inmueble a terceros, de tal manera que no sería posible la disolución de la comunidad[215]. Dicho de otro modo, no sería admisible la acción de división del inmueble en la medida en que sería incompatible con la situación subjetiva del asignatario. Se sostiene, así, que, en el caso de división *in natura*, el derecho de uso se vería afectado por una modificación reductiva y, en el de división mediante enajenación, resultaría claramente perjudicado[216].

No obstante, se ha propuesto una solución interpretativa más razonable, que armonice adecuadamente el interés al uso de la casa por parte de los hijos y del progenitor conviviente con las prerrogativas dominicales del no asignatario[217], según la cual la disolución de la comunidad no perjudica la resolución judicial que atribuye el derecho de uso, el cual es oponible a los terceros, según la disciplina aplicable (art. 337 *sexies*, párrafo primero, 2643 y 2644 CCI). Por lo tanto, no hay razones de protección de los hijos que impidan la división de un inmueble sobre el cual exista un derecho de uso conforme al artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI[218].

De acuerdo con esto, pueden distinguirse dos hipótesis diferentes.

La primera viene representada por el caso de la división *in natura*: el derecho de uso continuará gravando la fracción del inmueble atribuida al copropietario no asignatario, salvo que el juez no la considere adecuada a las exigencias de los hijos[219].

La segunda es el supuesto de un inmueble indivisible o no divisible fácilmente. A tenor del artículo 720 CCI, si ninguno de los partícipes está dispuesto a adquirir su propiedad exclusiva, se procederá a su venta judicial en pública subasta. Cuando, por el contrario, ambos partícipes hayan pedido la atribución por entero de la propiedad de la vivienda, según una parte de la jurisprudencia, será preferida la pretensión del progenitor custodio, en la mediada en que será más idónea para salvaguardar el destino habitacional del bien[220].

En todo caso, el derecho de uso del asignatario se extingue por confusión, todas las veces que en el juicio de divisorio, aquel consiga la propiedad del entero inmueble, como consecuencia de la adquisición de la cuota del otro cónyuge. El fundamento de la medida judicial de asignación reside, de hecho, en la circunstancia de que el cónyuge beneficiario no sea el titular exclusivo de la vivienda[221].

Por último, se ha planteado la cuestión de la incidencia del derecho de uso sobre el valor de mercado del inmueble.

En la venta en pública subasta es indudable que, al ser el derecho de uso oponible a terceros, este será tenido en cuenta para la determinación del precio del inmueble[222]. Por el contrario, según la jurisprudencia, no deberá reducirse el valor del derecho de uso cuando la casa sea atribuida por entero al progenitor que fuera titular del mismo, con la debida compensación económica[223]. Sin embargo, en la doctrina científica se objeta que, de este modo, se atribuiría a la división un valor expropiatorio de la situación del asignatario, allí donde la misma es presupuesto de un efecto distinto desde el punto de vista lógico y cronológico[224]. Puesto que la división tiene por objeto un inmueble sobre el que todavía pesa el derecho de uso, su valor no podrá incidir sobre el *quantum* de la compensación.

XI. CONCLUSIONES

La disciplina de la asignación del uso de la vivienda familiar plantea en las experiencias jurídicas, española e italiana, análogos problemas, que, en no pocas ocasiones, reciben respuestas semejantes en las respectivas jurisprudencias.

Es significativo que las mayores diferencias se observan en las soluciones estrictamente legales, como sucede en el caso de atribución de la vivienda familiar al cónyuge sin hijos. En cambio, cuando falta una solución legal expresa, la jurisprudencia, con frecuencia, llega a resultados semejantes, como acontece, de manera emblemática, con la extensión de la atribución del derecho de uso en el supuesto de existencia de hijos no matrimoniales. La presencia de principios constitucionales comunes —como el de protección de la personalidad de los hijos— unida a la utilización de las mismas técnicas hermenéuticas, fundadas en la aplicación directa de las normas constitucionales —como la interpretación

sistemática y la ponderación de dichos principios— permiten la elaboración de un entramado de *regulae iuris,* en buena parte, homogéneas.

Sin embargo, la protección de los intereses patrimoniales de los titulares del inmueble es más acusada en la jurisprudencia española, la cual realiza una lectura «asistencial» de la figura del derecho de uso (en clave alimenticia); y, así mismo, excluye que el mismo pueda ser opuesto a los terceros comodantes, que cedieron gratuitamente el inmueble a los progenitores, para que instauraran en él su residencia familiar, lo que marca una diferencia importante entre las soluciones elaboradas en ambos países latinos.

Las orientaciones emanadas de los más recientes fallos jurisprudenciales españoles pueden suscitar un fecundo debate en Italia en orden a solventar algunas cuestiones, todavía no resueltas de manera definitiva. Sin abandonar la inspiración personalista de la disciplina de la asignación del derecho de uso —la cual, desde la perspectiva italiana, no puede llegar convertirse en un medio de protección genérico y abstracto del interés habitacional de los hijos— es necesario ponderar adecuadamente los intereses patrimoniales y existenciales de los propietarios del inmueble, lo que exige abandonar cualquier tipo de automatismo en la aplicación de las normas, debiéndose hallar soluciones razonables y adecuadas a la complejidad de situaciones subjetivas concernidas.

XII. BIBLIOGRAFÍA

1. Derecho español

BARCONES AGUSTÍN, N., Problemas que plantea la división de la vivienda familiar. Especial referencia a la subasta judicial, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2009, núm. 2085, pp. 1495 y sigs.

BERROCAL LANZAROT, A. I., La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2012, núm. 734, 3458 y sigs.

— El pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. A propósito de las Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 28 de marzo de 2011 y de 26 de noviembre de 2012, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, núm. 736, 1066 y sigs.

— Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 743, 1347 y sigs.

— El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 746, 3284 y sigs.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario?, ¿siempre sin aplicar el artículo 96 del Código Civil? Comentario a la Sentencia del TS de 6 de octubre de 2011, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012-1, 585 y ysigs.

CERVILLA GARZÓN, M.ª D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid, 2005.

— Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar, en *Revista de Derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 44, 2009, 45 y sigs.

CREMADES GARCÍA, P., Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Elche*, 2008, vol. I, núm. 3, 12 y sigs.

CUENA CASAS, M., Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario, en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, abril-junio de 2014, 9 y sigs.

DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I., Atribución temporal del uso de la vivienda familiar, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, 2011, 3451 y sigs.

— Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, 2012, 2298 y sigs.

— Atribución judicial del derecho personal de uso de las segundas residencias o de viviendas distinta a la familiar tras la ruptura matrimonial, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013, 1880 y sigs.

ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Navarra, 1995.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular: examen del artículo 96 del Código Civil, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2010, 17 y sigs.

GARCÍA CANTERO, G., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), II, Edersa, Madrid, 1982; *ad* artículo 96 del Código Civil.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.ª, La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2008, 2518.

— La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de Cosas, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736, 2013, 1133 y sigs.

— La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013, 1893 y sigs.

GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Madrid, 2013.

HERRANZ GONZÁLEZ, A., Guardia y custodia compartida: hacia la unificación de criterios en el recurso de casación, en *Revista Boliviana de Derecho*, 2014, núm. 18, 592 y sigs.

JUANES PECES, A., y GALVÁN ARIAS, J. R., La naturaleza de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial, en *La Ley*, 1992, tomo 3.º, pp. 969 y sigs.

LETE DEL RÍO, J. M., en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (dir. J. L. LACRUZ BERDEJO), 2.ª ed., Madrid, 1994, *ad* artículo 96 del Código Civil, pp. 1146 y sigs.

LUQUE JIMÉNEZ, M.ª C., *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid, 2012.

MARTÍN MELÉNDEZ, E., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 del Código Civil)*, Madrid, 2005.

MECO TEBAR, F., La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor. Comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre, en *Revista Boliviana de Derecho*, 2014, núm. 18, 420 y sigs.

— La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS núm. 495/2013, de 9 de julio, en *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19, 584 y sigs.

MORALEJO IMBERNÓN, N., La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, en *Revista Xurídica Galega*, 2001, núm. 33, 91 y sigs.

MORENO VELASCO, V., La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito, en *Diario La Ley*, núm. 6503, 2006.

— La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU., en *Diario La Ley*, núm. 7179, 2009.

— La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores, en *Diario La Ley*, núm. 7843, 2012.

MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 del Código Civil)*, Madrid, 2002.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis familiares, en *Actualidad Civil*, 1986, pp. 1329 y sigs.

PÉREZ CONESA, C., División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012, en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2012.

PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar. Aplicación práctica de la medida en los procesos de separación y divorcio*, Barcelona, 2011.

RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, 1987.

ROBLEDO VILLAR, A., La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia familiar, en *La Ley,* 1999, 981 y sigs.

ROCA TRÍAS, E., en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, I, Madrid, 1984, *ad* artículo 96 del Código Civil, pp. 607 y sigs.

— en *Código Civil comentado* (dir. A. CAÑIZARES LASO *et al*.), I, Cizur Menor, 2011, *ad* artículo 96 del Código Civil, pp. 521 y sigs.

RODRÍGUEZ LLAMAS, S., La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés del menor. Comentario a la STS 679/2013, de 20 de noviembre, en *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19, 562 y sigs.

SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Valencia, 2000.

— *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (amplio estudio jurisprudencial)*, Navarra, 2001.

SANTOS MORÓN, M.ª J., La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de Reforma, en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3, julio-septiembre de 2014, 1 y sigs.

SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid, 1999.

TAMAYO CARMONA, J. A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Valencia, 2003.

— ¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?, en *Revista de Derecho civil valenciano*, núm. 10, 2011.

— El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro, en *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19, 264 y sigs.
ZUMAQUERO GIL, L., El ejercicio de la acción de división de la cosa común no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges de la vivienda familiar. Comentario a la STS de 27 de febrero de 2012, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 32, 2013.

2. Derecho italiano.

AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia*, I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, dirigido por Ferrando, G., Bologna, 2007.
AL MUREDEN, E., Casa familiare in comodato: il proprietario ha diritto alla restituzione *ad nutum*, en *Fam. dir.*, 2010, pp. 1086 y sigs.
— Casa in comodato, crisi coniugale e persistenti doveri di solidarietà tra familiari, en *Fam. dir.*, 2012, pp. 698 y sigs.
AMAGLIANI, R., Separazione dei coniugi e assegnazione della casa familiare, en *Rass. dir. civ.*, 1982, pp. 8 y sigs.
— L'assegnazione della casa familiare, en SESTA, M. y CUFFARO, V. (coord.), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Colección *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, Napoli, 2006, pp. 418 y sigs.
AULETTA, T., *sub* artículo 155 *quater*, en BALESTRA, L. (coord.), *Della famiglia*, I, Artículo 74-176, en *Comm. cod. civ.* Gabrielli, Milano, 2010, pp. 727 y sigs.
BALESTRA, L., La famiglia di fatto, en SESTA, M. y CUFFARO, V. (coord.), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Colección *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, Napoli, 2006, pp. 483 y sigs.
BASINI, G., Cause di estinzione del diritto al godimento della casa familiare, e sospetti di incostituzionalità dell'artículo 155 quater c.c., en *Fam. Pers. Succ.*, 2006, pp. 618 y sigs.
BELVEDERE, A., Residenza e casa familiare: riflessioni critiche, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, pp. 284 y sigs.
BIANCA, C. M., *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2014.
BIANCA, M. (dir.), *Filiazione. Commento al Decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs.* 28 de dicembre de 2013, núm. 154, Milano, 2014.
BIN, M., *I rapporti di famiglia*, en *Riv. trim.*, 1986, pp. 201 y sigs.
BRECCIA, U., Separazione personale dei coniugi, en *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, pp. 403 y sigs.
CARAPEZZA FIGLIA, G., Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta, en *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 1066 y sigs.
CIPRIANI, N., *Il comodato*, en *Tratt. dir. civ. CNN* (dirigido por PERLINGIERI, P.), Napoli, 2005.
— Il comodato di casa familiare sotto esame: appunti per le Sezioni unite, en *Dir. fam. pers.*, 2013, pp. 1388 y sigs.
CLARIZIA, O. Tertium ceomparationis, norma eccezionale e incostituzionalità con effetto estensivo, in FEMIA, P. (coord.), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Colección «Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana», Napoli, 2006, pp. 175 y sigs.

CUBEDDU, M. G., *La casa familiare*, Milano, 2005.
— L'assegnazione della casa familiare, en PATTI, S. y ROSSI CARLEO, L., *L'affidamento condiviso*, 2006, pp. 181 y sigs.
— L'assegnazione della casa familiare, en AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia*, I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, dirigido por Ferrando, G., Bologna, 2007, pp. 839 y sigs.
FEMIA, P. (coord.), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Colección Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana, Napoli, 2006.
— Applicare il diritto al caos. Teoria riflessiva delle fonti e unità dell'ordine», en PERLINGIERI, P. y RUGGERI, L. (coord.), *Diritto privato comunitario*, Napoli, 2008, pp. 47 y sigs.
FERRANDO, G., L'assegnazione della casa familiare, en ID. y LENTI, L., *La separazione personale dei coniugi*, en *Trattato teorico-pratico di diritto privato* (dirigido por Alpa, G., y Patti, S.), Padova, 2011, pp. 309 y sigs.
FERRANDO, G. y LENTI, L., *La separazione personale dei coniugi*, en *Trattato teorico-pratico di diritto privato* (dirigido por Alpa, G., y Patti, S.), Padova, 2011.
FERRI, G. B., *Diritto al mantenimento e doveri dei figli*, en ID., *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, pp. 90 y sigs.
FREZZA, G., Opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione della casa familiare, en *Rass. dir. civ.*, 1998, pp. 519 y sigs.
— Casa familiare, en FERRANDO, G., FORTINO, M., y RUSCELLO, F. (coords.), *Famiglia e matrimonio*, I, 2, en *Tratt. dir. fam.* Zatti, Milano, 2002, pp. 1347 y sigs.
— *I luoghi della famiglia*, Torino, 2004.
— *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Milano, 2008.
— Appunti e spunti sull'artículo 337 sexies c.c.», en *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 2014, 2, pp. 164 y sigs.
GIACOBBE, G., Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio, *Dir. fam. pers.*, 2006, pp. 707 y sigs.
GIACOBBE, G. y VIRGADAMO, P., *Il matrimonio*, II, *Separazione personale e divorzio*, en *Tratt. dir. civ.* (dirigido por Sacco, R., Torino), 2011.
IRTI, C., *sub* 155 *quater*, en PATTI, S. y ROSSI CARLEO, L., *Provvedimenti riguardo ai figli*, en *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca (coord. por Galgano, F.), Bologna-Roma, 2007, pp. 260 y sigs.
JANNARELLI, A., L'assegnazione della 'casa familiare' nella separazione personale dei coniugi, en *Foro it.*, 1981, I, c. pp. 1382 y sigs.
LIPARI, N., Morte e trasfigurazione dell'analogia, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, I, pp. 1 y sigs.
LUMINOSO, A., Obbligazioni di mantenimento nella separazione e nel divorzio e prestazioni in natura, en *Fam. dir.*, 2008, pp. 1059 y sigs.
MANTOVANI, M., Separazione personale dei coniugi. Aspetti sostanziali, en *Enc. giur.* Treccani, XXVII, Roma, 1992, pp. 26 y sigs.
MARINI, R., *Il diritto all'abitazione nei rapporti familiari*, Napoli, 2012.
PATTI, S., L'armonizzazione del diritto della famiglia in Europa: a proposito di alcuni temi attuali, en *Fam. pers. succ.*, 2005, p. 110 y sigs.
— L'affidamento condiviso dei figli, en *Fam. pers. succ.*, 2006, pp. 302 y sigs.
— Evoluzione della famiglia e convivenze: limiti di una regolamentazione unitaria, en *Fam. pers. Succ.*, 2007, pp. 247 y sigs.

— Un linguaggio giuridico condiviso per l'Europa: il diritto della familia, en *Fam. pers. succ.*, 2008, pp. 103 y sigs.
— Se l'Aufenthaltsbestimmungsrecht sia equivalente all'affidamento exclusivo, en *Fam. pers. succ.*, 2011, pp. 41 y sigs.
PATTI, S. y CUBEDDU, M. G., *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008.
PATTI, S. y ROSSI CARLEO, L., *L'affidamento condiviso*, 2006.
— *Provvedimenti riguardo ai figli*, en *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca (coord. por Galgano, F.), Bologna-Roma, 2007.
PENNASILICO, M., Legalità costituzionale e diritto civile, en *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 846 y sigs.
PERLINGIERI, G. e CARAPEZZA FIGLIA, G., *Introduzione*, en ID. (coord.), *L'interpretazione secondo Costituzione, nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I, *Persone — Famiglie — Successioni*, Napoli, 2012, pp. 11 y sigs.
PERLINGIERI, P., Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare, en *Riv. dir. comm.*, 1969, I, pp. 455 y sigs.
— *Introduzione alla problematica della 'proprietà'*, Camerino-Napoli, 1970.
— *Appunti di teoria dell'interpretazione*, Camerino, 1970.
— Riflessioni sull'*unità della famiglia*, en *Dir. giur.*, 1970, pp. 537 y sigs.
— *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972.
— Norme costituzionali e rapporti di diritto civile, en *Rass. dir. civ.*, 1980, pp. 95 y sigs.
— L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'artículo 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi, en *Rass. dir. civ.*, 1985, pp. 990 y sigs.
— La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima, en *Rass. dir. civ.*, 1988, pp. 601 y sigs.
— *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, pp. 406 y sigs.
— Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione cd. adeguatrice, en FEMIA, P. (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi*, Colección: Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana, Napoli, 2006, pp. 3 y sigs.
— *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3.ª ed., Napoli, 2006.
PERLINGIERI, P. y RUGGERI, L. (coord.), *Diritto privato comunitario*, Napoli, 2008.
PROSPERI, F., *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino-Napoli, 1980.
— La famiglia nell'ordinamento giuridico, en *Dir. fam. e pers.*, 2008, pp. 790 y sigs.
QUADRI, E., Assegnazione della casa familiare e tutela del coniuge più debole, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, pp. 339 y sigs.
— *La nuova legge sul divorzio*, II, *Presupposti. Profili personali e processuali*, Napoli, 1988, pp. 213 y sigs.
— L'attribuzione della casa familiare in sede di separazione e divorzio, en *Fam. dir.*, 1995, pp. 274 y sigs.
— *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1997.
— Comodato e *casa familiare*: l'intervento delle Sezioni Unite, en *Corr. giur.*, 2004, pp. 1442 y sigs.
— Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma, en *Familia*, 2006, pp. 395 y sigs.

— Assegnazione della casa familiare: gli interessi rilevanti alla luce della nuova disciplina dell'affidamento, en *Nuova giur. civ. comm*., 2007, I, pp. 1166 y sigs.
— La crisi familiare e le sue conseguenze, en *Rass. dir. civ*., 2013, pp. 154 y sigs.
RIZZO, V., *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985.
RUBINO, D., Odierne tendenze sui limiti del diritto di proprietà, en *Ann. Univ. Macerata*, XVII, 1948, pp. 75 y sigs.
RUSCELLO, F., Il rapporto genitori-figli nella crisi coniugale, in *Nuova giur. civ. comm*., 2011, II, pp. 405 y sigs.
SALITO, G., Affidamento condiviso, en *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg*., 2012, pp. 66 y sigs.
SIRENA, P., Le disposizione in favore dei figli maggiorenni, en PATTI, S. y ROSSI CARLEO, L. (coord.), *L'affidamento condiviso*, Milano, 2006, pp. 203 y sigs.
TULLIO, L., Analogia implicita e 'meritevolezza dell'estensione' nel giudizio di costituzionalità, en FEMIA, P. (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi*, Colección: Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana, Napoli, 2006, pp. 129 y sigs.
TRABUCCHI, A., sub *artículo 147*, en *Comm. dir. it. fam*. (dirigido por CIAN, G., OPPO, G. y TRABUCCHI, A., II, Padova, 1992, pp. 589 y sigs.
— nota a Cass. 19 de mayo de 1978 núm. 2462, en *Giur. it*., 1978, I, 1, pp. 2106 y sigs.
VELLUZZI, V., Diritto alla abitazione della casa familiare, filiazione naturale e famiglia di fatto: la Corte Costituzionale tra princìpi inespressi e ideologia, en *Rass. dir. civ*., 1998, pp. 895 y sigs.

NOTAS

[1] La exigencia de buscar, ante todo, en el Derecho europeo de las relaciones familiares un lenguaje jurídico compartido es puesta de manifiesto por PATTI, S., «Un linguaggio giuridico condiviso per l'Europa: il diritto della familia», en *Fam. pers. succ*., 2008, pp. 103 y sigs., según el cual la falta de un sistema jurídico común acentúa la dificultad de identificar una base conceptual y terminología de referencia. Sobre el argumento, véase también ID, «L'armonizzazione del diritto della famiglia in Europa: a proposito di alcuni temi attuali», *ibi*, 2005, pp. 110 y sigs.; como las aportaciones recogidas en PATTI, S. y CUBEDDU, M. G., *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008.

[2] En la doctrina española son numerosísimos los estudios sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, después de la reforma llevada a cabo por la Ley 30/1981, de 7 de julio, que dio al artículo 96 del Código Civil su actual redacción. Son ya clásicos los trabajos de GARCÍA CANTERO, G., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), II, Edersa, Madrid, 1982; *ad* artículo 96 del Código Civil; LETE DEL RÍO, J. M., en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil* (dir. J. L. LACRUZ BERDEJO), 2.ª ed., Madrid, 1994, *ad* artículo 96 del Código Civil, pp. 1146 y sigs.; ROCA TRÍAS, E., en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, I, Madrid, 1984, *ad* artículo 96 del Código Civil, pp. 607 y sigs. En la doctrina sucesiva, véanse, entre muchos otros, en sede monográfica (bien tratando específicamente el tema de la atribución del derecho de uso en el caso de crisis conyugal, bien el general de la vivienda familiar, pero con aportaciones relevantes sobre materia), CERVILLA GARZÓN, M.ª D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid, 2005; ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Navarra, 1995; GIL MEMBRADO, C., *La vivienda familiar*, Madrid, 2013; LUQUE JIMÉNEZ, M.ª C., *La atribución del derecho de uso de la*

vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, Madrid, 2012; MARTÍN MELÉNDEZ, E., *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, parrs. 1, 2 y 3 del Código Civil)*, Madrid, 2005; MURCIA QUINTANA, E., *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 del Código Civil)*, Madrid, 2002; SALAZAR BORT, S., *La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: el interés protegido*, Valencia, 2000; ID., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (amplio estudio jurisprudencial)*, Navarra, 2001; SERRANO GÓMEZ, E., *La vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Madrid, 1999; TAMAYO CARMONA, J.A., *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Valencia, 2003. Véanse, entre las aportaciones más, recientes BERROCAL LANZAROT, A. I., Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 743, pp. 1347 y sigs.; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario? ¿siempre sin aplicar el artículo 96 del Código Civil? Comentario a la Sentencia del TS de 6 de octubre de 2011, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, 2012-1, pp. 585 y sigs.; CERVILLA GARZÓN, M.ª D., Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar, en *Revista de Derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, núm. 44, 2009, pp. 45 y sigs.; CUENA CASAS, M., Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario, en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2 (abril-junio 2014), pp. 9 y sigs.; DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I, Atribución temporal del uso de la vivienda familiar, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, 2011, pp. 3451 y sigs.; ID, «Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial», *ibi*, núm. 732, 2012, pp. 2298 y sigs.; ID., «Atribución judicial del derecho personal de uso de las segundas residencias o de viviendas distinta a la familiar tras la ruptura matrimonial», *ibi*, núm. 737, 2013, pp. 1880 y sigs.; FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular: examen del artículo 96 del Código Civil, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2010, pp. 17 y sigs.; MORENO VELASCO, V., «La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores», en *Diario La Ley*, núm. 7843, 2012; PINTO ANDRADE, C., *La atribución del uso de la vivienda familiar. Aplicación práctica de la medida en los procesos de separación y divorcio*, Barcelona, 2011; ROCA TRÍAS, E., en *Código Civil comentado* (dir. A. CAÑIZARES LASO *et al.*), I, Cizur Menor, 2011, *ad* artículo 96 del Código Civil, pp. 521 y sigs.; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.ª, «La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar», en *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 737, 2013, pp. 1893 y sigs.; SANTOS MORÓN, M.ª J., «La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de Reforma», en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre 2014), pp. 1 y sigs.; TAMAYO CARMONA, J. A., «¿Patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar?», en *Revista de Derecho civil valenciano*, núm. 10, 2011; ID, «El derecho de uso de la vivienda habitual de la familia: realidad normativa y perspectiva de futuro», en *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19, pp. 264 y sigs.

[3] Por cuanto concierne a los límites de la delegación, el Decreto Legislativo núm. 154 de 2013 [respecto del cual véase, por todos, BIANCA, M. (director), *Filiazione. Commento al Decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, núm. 154*, Milano, 2014] no ha podido resolver las principales cuestiones controvertidas en materia de asignación de la casa familiar y se ha limitado a reproducir el texto del anteriormente vigente artículo 155 *quater*, párrafo primero, CCI, a su vez introducido por la Ley núm. 54 de 2006. En cambio, no se ha reproducido el párrafo segundo del artículo 155 *quater* CCI, que regulaba la revisión de las resoluciones judiciales atinentes a la prole, en los casos de cambio de residencia o de domicilio de uno de los progenitores.

[4] Puede verse un profundo y cuidado análisis de los principales problemas planteados por la reforma en FREZZA, G., *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Milano, 2008.

Sobre la asignación de la casa familiar, en la doctrina posterior a la promulgación del artículo 155 *quater* CCI, véanse también QUADRI, E., «Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma», en *Familia*, 2006, pp. 395 y sigs.; ID., «La crisi familiare e le sue conseguenze», en *Rass. dir. civ.*, 2013, pp. 154 y sigs.; CUBEDDU, M. G., «L'assegnazione della casa familiare», en AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia*, I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, dirigido por Ferrando, G., Bologna, 2007, pp. 839 y sigs.; CUBEDDU., M. G., «L'assegnazione della casa familiare», en PATTI, S. y ROSSI CARLEO, L., *L'affidamento condiviso*, 2006, pp. 181 y sigs.; BIANCA, C. M., *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Milano, 2014, pp. 220 y sigs.; IRTI, C., *sub* 155 *quater*, en PATTI, S. y ROSSI CARLEO, L., *Provvedimenti riguardo ai figli*, en *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca (coord. por Galgano, F.), Bologna-Roma, 2007, pp. 260 y sigs.; GIACOBBE, G. y VIRGADAMO, P., *Il matrimonio*, II, *Separazione personale e divorzio*, en *Tratt. dir. civ.* (dirigido por Sacco, R., Torino), 2011, pp. 282 y sigs.; FERRANDO, G., «L'assegnazione della casa familiare», en ID. y LENTI, L., *La separazione personale dei coniugi*, en *Trattato teorico-pratico di diritto privato* (dirigido por Alpa, G., y Patti, S.), Padova, 2011, pp. 309 y sigs.; MARINI, R., *Il diritto all'abitazione nei rapporti familiari*, Napoli, 2012.

[5] El precepto se refiere, exclusivamente, a la «vivienda familiar», esto es, a la vivienda principal en la que habitualmente residen los miembros de la familia. No entran, pues, dentro de este concepto las casas que solo son habitadas durante una parte del año, por ejemplo, en vacaciones; y tampoco, según constata la STS 9 de mayo de 2012 (RAJ 2012, 5137), las segundas residencias o los locales en los que se ejerce una profesión o negocio, cuya atribución (salvo que otra cosa acuerden las partes) «debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico-matrimonial que rija las relaciones entre cónyuges». DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I., «Atribución judicial», *cit.,* analiza la referida sentencia y la pone en relación con fallos de la jurisprudencia de instancia (véanse, en particular, pp. 1181-1884).

Sobre el concepto de vivienda familiar, véase *in extenso* BERROCAL LANZAROT, A. I., «Criterios para la atribución», *cit.,* pp. 1348-1351, que observa que, aunque la vivienda ha de ser un inmueble, no obstante se admite como tal «los muebles que reúnan condiciones de habitabilidad y que constituyan el alojamiento principal de la familia como las roulottes, casas-bote, remolques, tiendas de campaña o cualquier otro que haga las veces de un hogar habitual».

La reciente STS 25 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 98077), confirmó la sentencia recurrida, que, revocando la sentencia de primera instancia, había atribuido el uso de la vivienda familiar al padre. Dice, así, que «En el caso enjuiciado la inferencia del Tribunal de Instancia no aparece como ilógica o arbitraria, ya que el interrogatorio de parte lo interrelaciona con el resto de circunstancias tenidas en consideración como es el hecho de que la recurrente sea la cuidadora de su hermana a efectos de la Ley de dependencia, y de que la otra persona que convive con su hermana sea la madre de ambas, que padece Alzheimer, con lo que resulta lógico deducir que el uso de la vivienda familiar sea innecesario por el carácter limitadísimo que haría de él, si es que lo hace».

[6] Así se deduce claramente del artículo 92.8 del Código Civil, que exige que el juez actúe «a instancia de una de las partes», por lo que no puede imponerse de oficio una custodia compartida no pedida por ninguno de los progenitores. Véase, en este sentido, STS 19 de abril de 2012 (RAJ 2012, 5090) y STS 29 de abril de 2013 (RAJ 2013, 3269).

[7] Téngase en cuenta que la STC 185/2012, de 17 de octubre, declaró inconstitucional la exigencia, prevista en el artículo 94.8 del Código Civil, de que el informe del Ministerio Fiscal fuera favorable a la custodia compartida, por ser contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y al artículo 117.3 CE.

[8] El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, de ser aprobado, supondría una nueva manera de aproximación legislativa al fenómeno de la custodia compartida, la cual, como ya sucede en la doctrina jurisprudencial más reciente (que, según se expone *supra* en texto, se aparta del claro tenor del vigente artículo 92 del Código Civil), dejaría de ser excepcional, siendo un

régimen alternativo (aunque no preferente) al de la custodia individual, que el juez podría acordar en atención al interés del menor, incluso aunque no fuera solicitada por ninguno de los progenitores (en esto el Anteproyecto se aparta de la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual exige, para poder acordarse la custodia compartida, que así lo solicite, al menos, uno de los progenitores).

Así, según la redacción que se propone para un nuevo artículo 92 *bis* del Código Civil, concretamente, en su número primero, párrafo primero, «El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida», añadiéndose en el párrafo segundo del precepto que «Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí».

[9] Véase sobre este argumento, CERVILLA GARZÓN, M. D., «Custodia compartida», *cit.,* pp. 45 y sigs.; DE LA IGLESIA MONJE, M. I, «Custodia compartida», *cit.,* pp. 2235 y sigs.; MORENO VELASCO, V., «La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EE.UU.», en *Diario La Ley*, núm. 7179, 2009; y GONI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.ª, «La vivienda familiar en caso de custodia compartida. Sus implicaciones en el Derecho de Cosas», en *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 736, 2013, pp. 1133 y sigs.

[10] Lo evidencia la STS 24 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 5180).

[11] Véase a este respecto GIL MEMBRADO, C., *La vivienda*, *cit.,* pp. 150-157.

[12] Dan cuenta de la situación actual de la cuestión en la jurisprudencia: BERROCAL LANZAROT, A. I., «El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, núm. 746, pp. 3284 y sigs.: HERRANZ GONZÁLEZ, A., «Guardia y custodia compartida: hacia la unificación de criterios en el recurso de casación», en *Revista Boliviana de Derecho*, 2014, núm. 18, pp. 592 y sigs.; MECO TEBAR, F., «La custodia compartida como régimen más favorable al interés del menor. Comentario a la STS núm. 758/2013, de 25 de noviembre», *ibi*, 2014, núm. 18, pp. 420 y sigs.; ID, «La alternancia y cercanía de domicilios de los progenitores como criterio de atribución de la custodia compartida. Comentario a la STS núm. 495/2013, de 9 de julio», *ibi*, 2015, núm. 19, pp. 584 y sigs.; y RODRÍGUEZ LLAMAS, S., «La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés del menor. Comentario a la STS 679/2013, de 20 de noviembre», *ibi*, 2015, núm. 19, pp. 562 y sigs.

[13] Tal es la doctrina que establece la STS 29 de abril de 2013 (RAJ 2013, 3269), y que es seguida por otras muchas posteriores, como la STS 19 de julio de 2013 (RAJ 2013, 5002), STS 25 de noviembre de 2013 (RAJ 2013, 7873), STS 25 de abril de 2014 (RAJ 2014, 2651), STS 2 de julio de 2014 (RAJ 2014, 4250), STS 15 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 4894), STS 22 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 5023) y STS 30 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 5268).

[14] STS 19 de julio de 2013 (RAJ 2013, 5002), STS 2 de julio de 2014 (RAJ 2014, 4250), STS 15 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 4894) STS 22 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 5023) y STS 30 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 5268).

[15] STS 25 de noviembre de 2013 (RAJ 2013, 7873), la cual acuerda el cambio del régimen de custodia (de individual en favor de la madre a compartida), a pesar de la existencia de malas relaciones entre los padres (lo que suele acontecer cuando ambos no están de acuerdo con compartir la custodia de los hijos menores). Dice, así, que «El enfrentamiento entre los padres, no consta que redunde en perjuicio del menor, dado que con frecuencia han convenido armoniosamente en el cambio de los días de visita y el aumento de los mismos».

No obstante, la STS 15 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 4894) matiza que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

[16] STS 2 de julio de 2014 (RAJ 2014, 4250), STS 15 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 4894), STS 22 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 5023) y STS 30 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 5268).

[17] Según la redacción del artículo 96.2, II del Código Civil, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, «En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por periodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o estos fueran mayores de edad».

[18] STS 22 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 5023).

[19] STS 24 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 5180).

[20] Se remite a FREZZA, G., «Appunti e spunti sull'artículo 337 sexies c.c.», en *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 2014, 2, pp. 164 y sigs., según el cual la disposición objeto del reenvío sobrevive a la nueva ley, con la cual debe ser coordinada. La misma tesis ha sido sostenida por GIACOBBE, G., «Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio», *Dir. fam. pers*., 2006, p. 707; ID. e VIRGADAMO, P., *Il matrimonio*, II, *Separazione personale e divorzio*, *cit.,* pp. 113 y sigs., después de la entrada en vigor de la Ley núm. 54 de 2006, sobre custodia compartida.

[21] Sobre la custodia compartida véase, por todos, SALITO, G., «Affidamento condiviso», en *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg*., 2012, pp. 66 y sigs.

[22] Así, PATTI, S., «L'affidamento condiviso dei figli», en *Fam. pers. succ*., 2006, pp. 302 y sigs.

[23] Según QUADRI, E., «Assegnazione della casa familiare: gli interessi rilevanti alla luce della nuova disciplina dell'affidamento», en *Nuova giur. civ. comm*., 2007, I, p. 1166, precisamente la disciplina de la asignación de la casa familiar desmiente que la custodia compartida «deba tener una especie de carácter pendular respecto de la residencia del hijo por periodos tendencialmente iguales», desde el momento en que la fijación de la residencia habitual a cargo de uno de los progenitores no pone en riesgo el principio de coparentalidad. En el mismo sentido, FERRANDO, G., «L'assegnazione della casa familiare», *cit.,* p. 325, la cual subraya que «la norma sobre la asignación de la casa familiar ofrece una clave interpretativa del principio mismo de la custodia compartida».

[24] Cass., 30 marzo 2012, núm. 5174, en *Dejure* online; Cass., 28 de enero de 2009, núm. 2184, en *Dejure* online; Cass., 22 marzo 2007, núm. 6979, en *Giust. civ*., 2008, I, 466; en doctrina, FERRANDO, G., «L'assegnazione della casa familiare», *cit.,* p. 326.

[25] Consideran que la *ratio* de la disciplina de la asignación de la casa familiar estriba en la tutela del interés del grupo familiar residual («interesse del gruppo familiare residuo»), Cass., Sez. un., 26 de julio de 2002, núm. 11096, en *Dir. fam. pers*., 2004, 688; Cass., 29 de agosto de 2003, núm. 12705, *ivi*, 2003, 943. Pero véase ya antes QUADRI, E., «L'attribuzione della casa familiare in sede di separazione e divorzio», en *Fam. dir.*, 1995, p. 274; ID., «Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare», *cit.,* pp. 395 y sigs.

[26] TAMAYO CARMONA, J. A., «El derecho de uso», *cit.,* p. 270, habla de un «rigorismo» en la aplicación del artículo 96 del Código Civil, fundado en «el interés prevalente del menor en cualquier decisión que pueda afectarle», que ha llevado a «atribuir si más el derecho de uso al cónyuge custodio».

[27] CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda», *cit.,* p. 16, se refiere a la excesiva magnificación del impacto negativo que para los menores tiene un cambio de vivienda, afirmando que «Es claro que el mantenimiento de los menores en su vivienda habitual es la solución óptima, pero el artículo 96 del Código Civil creo que en este punto provoca una situación desequilibrada, pues no concede margen de maniobra para atender a los intereses y necesidades también dignas de protección del cónyuge no custodio».

[28] SALAZAR BORT, S., *La tutela especial*, *cit.,* p. 46, afirma que la norma es una manifestación de lo que (con clara influencia de la doctrina científica italiana) denomina «principio de mantenimiento de los hijos menores en su entorno habitual», principio sobre el que autor profundiza en las pp. 49-51.

[29] A mi parecer, no estamos ante una cuestión puramente patrimonial, sino también existencial, que tiene que ver con la posibilidad de que un cónyuge divorciado se encuentre en una posición razonable que le permita rehacer su vida (por supuesto, sin eximirse de las responsabilidades derivadas de su anterior matrimonio), que puede fundamentarse en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10.1 CE.

El derecho a contraer matrimonio es manifestación del principio de libertad nupcial, el cual, a su vez, tiene una evidente conexión con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), en la medida en que, a través de dicha libertad, se salvaguarda un interés fundamental de la persona a constituir una familia fundada en el matrimonio y a desenvolver en ella la propia personalidad

Las leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, que, sin duda, han operado una de las más profundas reformas en la regulación del matrimonio tienen, sin duda, un hilo conductor, consistente en la «personalización» del matrimonio. Las referidas leyes, en efecto, hacen jugar al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad una importancia hasta ahora desconocida. Acentúan, así, la función del matrimonio como un medio de desarrollo de la personalidad de los cónyuges, en detrimento de su carácter de institución social, cuya estabilidad se ha considerado, desde siempre, un valor social, lo que ha estado en estrecha relación con la conexión de la institución matrimonial con la procreación y educación de los hijos; y de ahí la exigencia del requisito de la heterosexualidad de los contrayentes. Las propias Exposiciones de Motivos de las leyes ponen de manifiesto esta idea. Así, la de la Ley 13/2005, con el fin de justificar la supresión del requisito de la heterosexualidad, permitiendo, así, los matrimonios entre personas del mismo sexo, se refiere a la exigencia del «establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad». La Ley 15/2005, en orden a explicar el nuevo sistema de divorcio afirma que «se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación».

Ahora bien, estimo que el principio de libre desarrollo de la personalidad no solo incide en el derecho a contraer matrimonio y en el de las causas de desvinculación, sino que su proyección es más amplia: no se puede reconocer a una persona la posibilidad de divorciarse en términos tan exorbitantes como hace la legislación española y luego someter a uno de los cónyuges a una serie de «cargas» tan rigurosas que, de hecho, le impidan rehacer su vida, a través de la formación de una familia basada, quizás, también en el matrimonio.

En la Ley 15/2005, de 8 de julio, parece traslucirse esta preocupación, si bien, en el ámbito de la pensión compensatoria, al dar una nueva redacción al artículo 97.1 del Código Civil, conforme al cual aquella podrá consistir, bien en el pago de una prestación única, bien (y este es el supuesto más frecuente) en el pago de una pensión periódica, la cual, a su vez, puede ser temporal o vitalicia, lo que dependerá de las circunstancias del caso: no es, así, lo mismo que quien solicita la prestación compensatoria sea una mujer joven, con una alta cualificación profesional (o una funcionaria en situación de excedencia voluntaria), que, por el contrario, sea una persona mayor de edad, dedicada durante toda su vida al cuidado de la familia. Por lo tanto, como observa la STS (Pleno) 19 de enero de 2010 (RAJ 2010, 417), para decidir el carácter temporal o vitalicio de la pensión habrá que valorar la aptitud del perceptor de la misma «para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio».

Pero, además, la jurisprudencia ha llevado a cabo una interpretación restrictiva del artículo 97 del Código Civil, acorde con la realidad social actual y en la línea del principio

de libre desarrollo de la personalidad de ambos excónyuges (en el sentido en el que aquí hemos apuntado).

Así, en la actualidad considera que el desequilibrio que se trata de compensar debe estar estrictamente causado por la separación o por el divorcio; y no, por una inicial situación de desigualdad entre sus respectivos patrimonios o cualificaciones profesionales, previa a la celebración del matrimonio. La STS 23 de enero de 2012 (RAJ 2012, 1900) afirma que no existe derecho a percibir una compensación, cuando el desequilibrio tenga su exclusivo origen en «la diferente aptitud, formación o cualificación profesional de cada uno de los miembros de la pareja». Concretamente, se la deniega a la mujer, de profesión enfermera, que se encontraba en situación de excedencia voluntaria. Afirma, así, que una cosa es que «la dedicación de la esposa a la familia le haya privado durante los años de excedencia de los ingresos correspondientes a su empleo y de alcanzar sus expectativas de desarrollo profesional como enfermera, y otra, bien distinta, que sea posible equiparar esa pérdida con los ingresos que ha venido percibiendo y percibe su exmarido por el ejercicio de una actividad profesional como la de cirujano, más cualificada y, por ello, mucho mejor retribuida (la diferencia de ingresos no tiene su origen en el matrimonio pues habría sido la misma si la esposa, en lugar de dedicarse a la familia, hubiera trabajado todo este tiempo, hasta su disolución)». Se compensa, exclusivamente, el desequilibrio que tiene su origen en el empobrecimiento que sufre uno de los cónyuges por haberse dedicado durante el matrimonio, al cuidado de la familia, de manera exclusiva o prioritaria, o por haber colaborado desinteresadamente en la actividad profesional o económica del otro, con la consiguiente pérdida de oportunidades y dificultad para poder volver a acceder a un empleo. Véase, en este sentido, SSTS 14 de marzo de 2011 (RAJ 2011, 2772), 16 de noviembre de 2012 (RAJ 2012, 10435), concediendo pensión compensatoria, y SSTS 22 de junio de 2011 (RAJ 2011, 5666) y 17 de diciembre de 2012 *(RJ* 2013, 377), rechazándola. La STS 22 de junio de 2011 (RAJ 2011, 5666) confirmó, en efecto, la sentencia de divorcio recurrida, que había denegado a la mujer su pretensión de seguir recibiendo la pensión compensatoria concedida 2 años antes por la sentencia de separación. Para ello tuvo en cuenta que la mayor dedicación de la mujer a la familia no había sido «un obstáculo o impedimento para su actividad laboral» de auxiliar interina de biblioteca (con un sueldo mensual de 1.649 euros frente a los 2.900 euros percibidos por el marido, en su condición de profesor universitario), la cual había desarrollado durante el matrimonio, y que no había quedado probado que «su menor cualificación profesional, origen de la diferencia salarial y de la menor estabilidad de su empleo, respecto al de su esposo», fuera «una consecuencia directa del matrimonio», y no «de sus propias actitudes y capacidades».

Para valorar si existe el desequilibrio hay también que tener en cuenta la situación en que quedarán los cónyuges como consecuencia de las otras medidas definitivas adoptadas en la sentencia de separación o divorcio, en particular, sobre la asignación del uso de la vivienda familiar o el pago de pensiones alimenticias a los hijos: podría, así, resultar desmesurado imponer el pago de una pensión compensatoria al cónyuge que debe abandonar el uso del domicilio familiar (y, quizás, se ve obligado a alquilar o comprar otra vivienda) y pagar una elevada pensión alimenticia a los hijos comunes. Véase en este sentido STS 22 de junio de 2011 (RAJ 2011, 5666).

[30] STS 29 de marzo de 2011 (RAJ 2011, 3021).

Es cuestionable la solución a la que llegó la STS 30 de septiembre de 2011 (RAJ 2011, 7387), que, en clara contradicción con esta idea, consideró improcedente la solución adoptada por la resolución recurrida, que creo era perfectamente razonable. En segunda instancia se había dispuesto que la mujer y los hijos menores pasaran a ocupar una vivienda en alquiler (elegida por aquella), durante todo el tiempo en que durara la minoría de edad de los hijos, constituyendo el marido un depósito bancario, con cargo al cual sería pagada la renta mensualmente. Frente a ello, el Tribunal Supremo, afirma que se trata de «una solución imaginativa que podría haberse aplicado si los progenitores hubiesen estado de acuerdo y ello en virtud del principio de autonomía de la voluntad que preside el artículo 96.1 del Código Civil. Pero cuando el divorcio se tramita como contencioso y el juez actúa de acuerdo con lo establecido

en el artículo 91 del Código Civil, no es adecuada la interpretación de la norma en la forma propuesta en la sentencia recurrida, porque los jueces están sometidos al imperio de la ley […] que obliga a decidir en interés del menor». Desde mi punto de vista, la satisfacción de la necesidad de vivienda de los menores no presupone necesariamente que hayan de residir en una vivienda que pertenezca, en todo o en parte, a sus padres, sino que se puede lograr realojándolos en una vivienda en alquiler, siempre que se garantice el pago de las rentas.

[31] STS 3 de diciembre de 2013 (RAJ 2013, 7834).

[32] STS 5 de noviembre de 2012 (RAJ 2012, 10135).

[33] STS 16 de enero de 2015 *(JUR* 2015, 3073).

En el mismo sentido se había pronunciado, respecto de un caso semejante, la STS 10 de octubre de 2011 (RAJ 6839), la cual consideró procedente que los menores pasaran a residir a otra vivienda, perteneciente en copropiedad a sus padres, debiendo abandonar aquella en la que habían vivido, que pertenecía en copropiedad al marido y a los abuelos paternos (67% y 33% respectivamente). Reiterando doctrina jurisprudencial consolidada, afirma que «La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de este, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el artículo 7 del Código Civil».

[34] J. A. TAMAYO CARMONA, «El derecho de uso», *cit.,* p. 272, refiriéndose a la nueva orientación jurisprudencial, observa que, como consecuencia de ella «el automatismo de la medida a adoptar al tenor del artículo 96.I del Código Civil queda sensiblemente relajado, al menos en lo que afecta a la prestación in natura del derecho de habitación de los menores»; y se pregunta (cara a un fututo): «¿Podrá ser cumplida por equivalente?, o en otros términos, ¿mediante una compensación económica integrada en la pensión alimenticia?

[35] CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda», *cit.,* pp. 20-24, insiste en esta idea, mientras que, por el contrario, SANTOS MORÓN, M.ª J., «La atribución», *cit.,* pp. 20, 26-31, no es partidaria de ella, considerando más procedente el pago al cónyuge propietario de una compensación económica directa por privación del derecho de uso.

[36] Según la redacción del artículo 96.4 del Código Civil, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, «La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge».

[37] Cfr. artículo 6.1 de la Ley de la Generalidad valenciana 5/2011, de 1 de abril.

[38] De la que da cuenta «in extenso» BERROCAL LANZAROT, A.I., «El pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar. A propósito de las Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 28 de marzo de 2011 y de 26 de noviembre de 2012», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, núm. 736, pp. 1066 y sigs.; y con la que se muestra conforme SANTOS MORÓN, M.ª J., «La atribución», *cit.,* pp. 8-11, 20, 24, aunque la considera insuficiente en orden a una correcta armonización de todos los intereses en juego, apelando a una mayor flexibilización de la regla del artículo 96.I del Código Civil, proponiendo superar el automatismo que de dicho precepto resulta en favor de la asignación del uso al progenitor custodio, en particular, cuando la vivienda es privativa del otro, así como compensar el perjuicio patrimonial que sufre el cónyuge titular o cotitular privado del uso imponiendo al beneficiario del mismo la obligación de pagarle una compensación económica.

[39] En este sentido se orientó la importante STS 28 de marzo de 2011 (RAJ 2011, 939), que revocó la sentencia apelada, la cual había establecido que el cónyuge no custodio debía satisfacer el 80% de las cuotas del préstamo hipotecario (frente al 20% del otro), argumentando que este mayor porcentaje se justificaba por su consideración como aportación al pago de la pensión alimenticia. El Tribunal Supremo distingue dos tipos de gastos en relación con la vivienda familiar: a) De un lado, «los relacionados con la conservación y mantenimiento del inmueble destinado a vivienda familiar, que sí tienen la categoría de gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio». b) De otro lado, «el pago de las cuotas del préstamo que ha permitido que ambos cónyuges hayan accedido a la propiedad por mitad

del local destinado a vivienda en tanto que bien ganancial». «Esto último —añade— está relacionado con la adquisición de la propiedad del bien y debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio […] En la sociedad de gananciales existe una deuda frente al acreedor hipotecario y eso debe resolverse con los criterios del régimen matrimonial correspondiente».

[40] Según la redacción del artículo 96.5, II del Código Civil, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, «En el supuesto de vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución».

[41] La STS 26 de noviembre de 2012 (RAJ 2013, 186) afirma que «no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia… la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código Civil, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales». En el mismo sentido se pronuncia la STS 20 de marzo de 2013 (RAJ 2013, 4936), según la cual la hipoteca «no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 del Código Civil, porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario y, por tanto, el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesta a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio, que en el caso es el de separación de bienes».

[42] Véase en este sentido artículo 233-23.1 del Código Civil de Cataluña.

[43] Esta solución es admitida por la STS 17 de febrero de 2014 (RAJ 2014, 918), que confirmó la sentencia recurrida, la cual había condenado al marido a pagar la mitad de la cuotas del préstamo hipotecario, a lo que se había obligado frente al banco al suscribir la hipoteca. La mujer sostenía que la vivienda se había puesto exclusivamente a su nombre para evitar que pudiera ser embargada por las deudas contraídas por su cónyuge en el ejercicio de su actividad empresarial. Afirma el Supremo que la sentencia objeto del recurso «no perturba el concepto de cargas del matrimonio, dado que se limita a constatar que la vivienda familiar es privativa de la esposa y que se concertó el pago del préstamo hipotecario por ambos cónyuges y a ello se obligaron frente al banco, por lo que se limita a reflejar el ámbito obligacional concertado voluntariamente por los litigantes, sin mencionar que ello constituya una carga del matrimonio, como reconoce la parte recurrida, razón por la que procede desestimar el recurso, dado que no se aprecia el interés casacional alegado, pues la resolución recurrida se ajusta a la doctrina jurisprudencial expuesta, sin apartarse de la misma».

[44] Véase en este sentido STS 30 de abril de 2012 (RAJ 2012, 5235).

[45] Así como en la redacción del artículo 96.5, I del Código Civil, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, según la cual «Mientras se mantiene la atribución de uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título». No obstante, se matiza que «Excepcionalmente, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades», el Juez podrá acordar que sea el cónyuge a quien no se le haya atribuido el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios».

[46] Véase en este sentido el artículo 233-23.1 del Código Civil de Cataluña, que también pone a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, los «tributos y las tasas de devengo anual».

[47] Véase a este respecto, por ejemplo, SAP Valencia (Sección 10.ª) núm. 606/2014, de 25 de julio (núm. recurso 522/2014) y SAP Valencia (Sección 10.ª) núm. 613/2014, de 30 de julio (núm. recurso 283/2014).

[48] STS 25 de septiembre de 2014 (RAJ 2014, 4963).

[49] El precepto sirve a CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda», *cit*., pp. 29-32, como argumento para defender la posibilidad en Derecho común de establecer una compensación económica por privación del uso de la vivienda familiar en favor del cónyuge propietario, cuando la misma no tenga lugar por otros medios, como son la reducción de la cuantía de la pensión alimenticia o compensatoria, o la atribución de beneficios en la liquidación de la sociedad de gananciales. El precepto es también invocado por SANTOS MORÓN, M.ª J., «La atribución», *cit*., pp. 30-31, en orden a defender la conveniencia de establecer una compensación económica independiente de minoración de la pensión alimenticia o compensatoria.

[50] Entre esas «circunstancias concurrentes» de las que habla el precepto, habrá que tener en cuenta, por ejemplo, como observa la SAP Valencia (Sección 10.ª), núm. 583/2014, de 21 de julio (núm. recurso 500/2014), la cuantía de la pensión de alimentos que tenga que satisfacer el progenitor que pierde el uso de la vivienda, pues es posible que se reduzca su importe, precisamente, como consecuencia de no poder usarla. Igualmente, habrá que tener en cuenta la situación económica del adjudicatario del derecho de uso, que, si es muy precaria, puede determinar que no tenga que pagar compensación alguna o que el importe de esta sea muy reducido. Así, por ejemplo, la SAP Valencia (Sección 10.ª) núm. 606/2014, de 25 de julio (núm. recurso 522/2014), estableció un compensación de 50 euros mensuales por el uso de la vivienda familiar propiedad del marido, teniendo en cuenta su «situación de desempleo y estrechez de ingresos económicos».

La jurisprudencia ha establecido una serie de reglas en torno a este artículo 6.1:

a) El juez no puede conceder de oficio la compensación, sino que ha de ser pedida, bien por vía de acción, bien por vía de excepción: SAP Valencia (Sección 10.ª) núm. 563/2012, de 25 de julio (núm. recurso 565/2012), SAP Valencia (Sección 10.ª), núm. 774/2012, de 22 de noviembre (núm. recurso 941/2012), SAP Alicante (Sección 9.ª) núm. 99/2013, de 21 febrero (núm. recurso 954/2012) y SAP Alicante (Sección 9.º) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013).

b) La petición no puede introducirse, como una nueva cuestión, en el recurso de apelación: SAP Valencia (Sección 10.ª) núm. 416/2012, de 11 de junio (núm. recurso 446/2012), SAP Valencia (Sección 10.ª), núm. 870/2012, de 22 de noviembre (núm. recurso 553/2012), SAP Alicante (Sección 9.ª) núm. 99/2013, de 21 de febrero (núm. recurso 954/2012) y SAP Alicante (Sección 9.º) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013).

c) La petición debe ir acompañada de la prueba del precio de los alquileres de la zona. La SAP Valencia (Sección 10.ª) núm. 563/2012, de 25 de julio (núm. recurso 565/2012), precisa, así, que la compensación por privación del uso de la vivienda familiar no puede ser aplicada de oficio, sino solo a instancia de parte, debiendo probar quien la solicite cuál es «el precio de los alquileres de una vivienda de similares características».

d) El perjuicio, cuyo resarcimiento se pide, ha de ser real y significativo. La SAP Alicante (Sección 4.ª) núm. 499/2012, de 18 de diciembre (núm. recurso 454/2012) denegó la pretensión del marido, porque la privación del uso de la vivienda familiar no le suponía un gran perjuicio económico, dado que contaba con ayuda de la entidad financiera en la que trabajaba para el alquiler de una casa, habiendo adquirido ya la propiedad de otra. La SAP Valencia (Sección 10.ª), núm. 608/2013, de 23 de septiembre (núm. recurso 524/2013), no consideró procedente la compensación solicitada por el padre, porque el uso de la vivienda familiar había sido asignado a la hija (a la que le faltaban tres meses para alcanzar la mayoría de edad) y a la madre, por un periodo de seis meses, a contar desde que aquella cumpliera los dieciocho años. Afirma, así, que «dicho uso se ha limitado por escasos meses lo que aconseja no estimar la demanda en este punto, revocando la de instancia, sin señalar suma alguna». La SAP Valencia (Sección 10.ª), núm. 616/2014, de 8 de septiembre (núm. recurso 188/2014), confirmó la sentencia que había supeditado el pago a la mujer de una compensación de 150

euros mensuales por haber sido privada del uso de la vivienda familiar (asignado al padre y a los dos hijos menores) a la circunstancia de que esta comenzara a pagar un alquiler. Afirma que «la decisión del Juzgado es justa, pues no puede pretender la compensación quien por el momento dispone de una vivienda, aunque sea a título de precario, para alojarse, de modo que no debe realizar ningún desembolso, sin perjuicio de que, como dice la sentencia, tan pronto comience a afrontar gastos por este concepto el demandado deba pagarle 150 euros mensuales»; y añade: «Esta cuantía se considera adecuada, aun a falta de más prueba, teniendo en cuenta la condición común de la misma, así como su ubicación en una población pequeña, de modo que no procede fijarla más elevada»

e) El Tribunal no puede decidir sobre la pretensión de manera aislada, sino que debe valorarla en el contexto de todas las medidas económicas ya vigentes o que vayan a acordarse en la resolución que se dicte, pues, de lo contrario, so pretexto de corregir un desequilibrio económico, se estaría creando uno nuevo (p. ej., si a cambio de la asignación del uso de la vivienda familiar, uno de los progenitores ha renunciado a solicitar una pensión compensatoria por divorcio): SAP Valencia (Sección 10.ª) núm. 87/2013, de 11 de febrero (núm. recurso 1290/2012), SAP Alicante (Sección 9.ª) núm. 99/2013, de 21 febrero (núm. recurso 954/2012) y SAP Alicante (Sección 9.º) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013). La SAP Alicante (Sección 9.º) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013) denegó, así, la pretensión, por parte del marido, de cobrar la compensación, porque en el convenio regulador, que, en su día fue aprobado por la sentencia de divorcio, la mujer, asignataria del uso de la vivienda familiar común, se había obligado a pagar la totalidad de las cuotas del préstamo hipotecario y los gastos ordinarios mientras permaneciera en ella. La Audiencia afirma que dicho pacto suponía ya una compensación, en forma de retribución indirecta del marido, por la pérdida del uso de la vivienda.

f) Los Tribunales suelen rechazar las pretensiones, encauzadas a través de procesos de modificación de medidas, de obtener una compensación por la pérdida del uso de una vivienda asignado antes de la entrada en vigor de la Ley, en particular, si la asignación fue pactada por los cónyuges en convenio regulador, con el argumento de que esta aplicación sobrevenida de la Ley puede romper el equilibrio del conjunto de las medidas adoptadas en su día, las cuales forman un todo, cuyas partes se interrelacionan y se justifican, las unas con las otras. La SAP Valencia (Sección 10.ª) 66/2013, de 4 de febrero (núm. recurso 57/2013), observa que «la compensación establecida por la Ley 5/2011 por el uso de la vivienda no plantea problema alguno cuando tal medida es examinada, por primera vez en un procedimiento matrimonial, o cuando se hace en un procedimiento de modificación en el que se examinan conjuntamente el resto de las demás medidas, ya que, en uno u otro caso, se busca el equilibrio a que se ha aludido anteriormente; pero cuando, como en el caso de autos en esta alzada, solo se examina la citada compensación por el uso, sin entrar en el estudio de las demás medidas económicas al no haber sido recurridas, ello inexorablemente, va a dar lugar a que se rompa el conjunto de las demás medidas de carácter económico en su día adoptadas». La Audiencia revoca, así, la sentencia recurrida, que había condenado a la mujer a compensar al marido con el pago de 250 euros mensuales por el uso de la vivienda familiar (asignada al marido en propiedad exclusiva en la liquidación de sociedad de gananciales), el cual había sido atribuido a aquella hace 12 años. «En efecto —dice la Audiencia, en su día el Juzgador de instancia aprobó el convenio que las propias partes suscribieron, y solo al albur de la Ley Valenciana, pretende el actor, se señale a su favor una compensación económica por el uso de la vivienda, olvidando que cuando ellos mismos —los cónyuges— suscribieron el convenio, ya tuvieron en cuenta no solo las necesidades de los menores y las posibilidades económicas de los progenitores, sino, asimismo, que los menores tendrían cubierta su necesidad de vivienda al atribuirse su uso a los mismos, dando lugar al señalamiento de la citada pensión alimenticia, pues de no haber existido vivienda en propiedad o haberse atribuido la misma al esposo, la pensión alimenticia habría sido distinta; y eso mismo acontece cuando la pensión alimenticia es fijada por el Juez: aquilata la misma en función tanto de las necesidades de los hijos como de las posibilidades de los progenitores y, por supuesto, de la existencia o no de una vivienda, tanto

en propiedad como en alquiler y de a quien se atribuya la misma, pues como parte integrante de los alimentos que es la vivienda, es elemento fundamental a tener en cuenta a la hora de señalar la suma de una pensión alimenticia».

[51] Según PATTI, S., «L'affidamento condiviso dei figli», *cit*., pp. 302 y sigs., la inspiración de la reforma del Código Civil en la igualdad de posiciones de los progenitores ha hecho «cesar la conexión entre custodia de los hijos en favor de uno de los padres y asignación a este último —como consecuencia de la atribución de la custodia— de la casa familiar». Una comparación entre custodia individual exclusiva y *Aufenthaltsbestimmungsrecht* alemán en ID., «Se l'Aufenthaltsbestimmungsrecht sia equivalente all'affidamento exclusivo», en *Fam. pers. succ*., 2011, pp. 41 sigs.

[52] Véase, *ex multis*, Cass., 30 de marzo de 2012, núm. 5174, *cit.;* Cass., 28 de enero de 2009, núm. 2184, *cit.;* Cass., 10 de agosto de 2007, núm. 17643, en *Dejure online*. Una peculiar solución es acogida por Trib. Napoli, 21 noviembre 2006, en *Foro it*., 2007, I, c. 237, según el cual es posible asignar a los dos cónyuges la casa familiar, con tal de que la misma sea fácilmente divisible en dos unidades inmobiliarias distintas, con la finalidad de permitir a los hijos la conservación de relaciones paritarias y significativas con ambos.

[53] En la doctrina lo pone de manifiesto FERRANDO, G., «L'assegnazione della casa familiare», *cit*., p. 316.

[54] En la jurisprudencia, cfr. Cass., 20 de abril de 2011, núm. 9079, en *Mass. Giust. civ*., 2011, p. 636; Cass., 22 de marzo de 2007, núm. 6979, *cit.;* Cass., 26 de mayo de 2004, núm. 10102, en *Vita not*., 2004, p. 969. Véase, en particular, Cass., 22 de noviembre de 2010, núm. 23591, en *Dir. fam. pers*., 2011, pp. 697 y sigs., la cual ha casado un fallo, que había excluido la atribución al progenitor custodio, por razones de carácter patrimonial, consistentes en los excesivos costes de mantenimiento y gestión del alojamiento, que hubiera determinado un empobrecimiento constante y previsible del caudal hereditario, contrario a los intereses patrimoniales de los hijos mismos.

[55] Véase, no obstante, en la jurisprudencia de instancia, Trib. Napoli, 2 de abril de 2002, en *Giur. nap*., 2002, p. 233, según la cual la atribución de la casa anteriormente conyugal «no solo tiene la función de tutelar el desarrollo de una personalidad en formación, sino que también se preocupa de equilibrar las condiciones económicas de todos los que por cualquier causa sufren perjuicio por la quiebra de la vida familiar».

[56] El convencimiento de que, en el vigente ordenamiento jurídico, el valor de la persona humana prevalece sobre las situaciones subjetivas inspira las enseñanzas de PERLINGIERI, P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, pp. 133 y sigs.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3.ª ed., Napoli, 2006. Sobre el argumento véase PENNASILICO, M., «Legalità costituzionale e diritto civile», en *Rass. dir. civ*., 2011, pp. 846 y sigs.

[57] Cfr., *ex multis*, Cass., 8 de junio 2012, núm. 9371, en *Dejure online*; Cass., 4 de julio de 2011, núm. 14553, en *Mass. Giust. civ*., 2011, 7-8, p. 1003; Cass., 5 de junio de 1990, núm. 5384, en *Giust. civ*., 1990, I, p. 2900.

[58] Cass., 4 de julio de 2011, núm. 14553, *cit.;* Cass., 20 de enero de 2006, núm. 1198, en *Giur. it*., 2006, p. 1595, la cual añade que «para la asignación a uno de los cónyuges separados o divorciados de la casa familiar […] se requiere que se trate de la misma vivienda, en cuanto *lugar habitativo*, en la que se desarrollaba la vida de la familia cuando esta permanecía unida» (la cursiva es mía); Cass., 16 de julio de 1992, núm. 8667, *Giust. civ*., 1992, I, p. 3002.

[59] En la doctrina acogen una noción objetiva TRABUCCHI, A., nota a Cass. 19 de mayo de 1978 núm. 2462, en *Giur. it*., 1978, I, 1, pp. 2106 y sigs.; QUADRI, E., *La nuova legge sul divorzio*, II, *Presupposti. Profili personali e processuali*, Napoli, 1988, pp. 213 y sigs.; tras la reforma de 2006, FREZZA, G., *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, *cit*., pp. 144 y sigs. Según GIACOBBE, G. y VIRGADAMO, P., *Il matrimonio*, II, *Separazione personale e divorzio*, *cit*., p. 282 s., sin embargo, el artículo 155, párrafo segundo, CCI puede también dar pie a una visión subjetiva de la casa familiar «resultante del acuerdo de los progenitores, recibido, en sede de separación».

[60] Cass., 8 de junio de 2012, núm. 9371, *cit.,* considera legítimo el fallo de instancia, que había negado a la madre la asignación de una habitación de la que, juntamente con la hija, se había alejado por un periodo de tiempo aproximado de tres años.

[61] Según Cass., 22 de marzo de 2012, núm. 4555, en *Foro it*., 2012, I, c. 1384, al objeto de la asignación de la casa familiar, la noción jurídicamente relevante de convivencia coincide con la de morada estable del hijo en la vivienda de uno de los progenitores, con independencia de que aquel, por motivos de estudio o de trabajo, se aleje de la misma por periodos prolongados de tiempo.

[62] Así, Cass., 4 de julio de 2011, núm. 14553, *cit.,* en relación a un inmueble de naturaleza rústica, que, con posterioridad a su adquisición, fue objeto de trabajos de mejora y complemento, siendo usado por la familia, constante el matrimonio, solo de manera ocasional durante el periodo estival.

[63] Sobre este punto, cfr. RUSCELLO, F., «Il rapporto genitori-figli nella crisi coniugale», in *Nuova giur. civ. comm*., 2011, II, p. 405.

[64] El convenio de negociación asistida puede ser concluido por los cónyuges para la solución consensual de la separación o divorcio o para la modificación de sus respectivas condiciones. El acuerdo debe estar firmado por los cónyuges y por los abogados, los cuales certificarán, no solo la autenticidad de las firmas, sino también la conformidad de lo pactado a las normas imperativas y al orden público. El acuerdo constituye título ejecutivo y es susceptible de ser inscrito, si la firma del proceso verbal es autenticada.

La Ley de conversión ha extendido también el ámbito de aplicación de la negociación asistida a las parejas con hijos menores, mayores no autosuficientes, incapaces o portadores de *handicaps* y, correlativamente, ha previsto una importante novedad: el control de Ministerio Fiscal sobre el acuerdo alcanzado como consecuencia de la negociación asistida. Mientras que en el Decreto Ley el cambio de *status* derivaba directamente del acuerdo, la nueva formulación del artículo 6, párrafo segundo, obliga a transmitir el acuerdo, dentro del plazo de diez días, al Procurador de la República que desempeñe sus funciones en la jurisdicción del Tribunal competente.

La naturaleza del control del Ministerio Fiscal se diversifica en razón de la presencia o ausencia de hijos, caso, este último, en que el *nulla osta* se subordina a una mera verificación de regularidad; por el contrario, existiendo hijos, el acuerdo solo podrá ser autorizado si se corresponde al interés de los mismos. En caso contrario el Ministerio Fiscal deberá transmitir el acuerdo, «en el plazo de cinco días, al presidente del tribunal, que fijará dentro de los treinta día siguientes, la comparecencia de los la partes y proveerá lo que procesa sin dilaciones». El acuerdo autorizado produce los efectos propios de los «provvedimenti giudiziali», con los que concluyen los procedimientos de separación, divorcio o de modificación de medidas.

[65] Cfr. Cass., 13 de enero de 2012, núm. 387, in *Fam. dir.*, 2012, p. 772, según la cual «el juez debe tener en cuenta los acuerdos adoptados por los cónyuges sobre el disfrute de la casa familiar».

[66] Véase así STS (Pleno) 5 de septiembre de 2011 (RAJ 2011, 5677).

[67] Véase en este sentido STS (Pleno) 5 de septiembre de 2011 (RAJ 2011, 5677).

[68] Véase en este sentido STS 11 de noviembre de 2013 (RAJ 2013, 7262).

[69] Véanse a este respecto las extensas consideraciones de MARTÍN MELÉNDEZ, E., *Criterios de atribución*, *cit.,* pp. 99-122.

[70] STS 25 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 98077).

[71] STS 14 de noviembre de 2012 (RAJ 2012, 10432).

[72] STS 25 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 98077).

[73] Según la redacción del artículo 96.3 del Código Civil, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, cuando se atribuya la custodia a uno de los progenitores por una razón distinta a la de ser custodio de los hijos menores, dicha atribución «lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en este tiempo, con carácter

excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas».

[74] El artículo 337 *sexies* CCI retoma la misma redacción usada por derogado artículo 155 *quater* CCI, que, a su vez, fue introducido por la Ley núm. 54 de 2006.

[75] En la doctrina, entre otros, JANNARELLI, A., «L'assegnazione della 'casa familiare' nella separazione personale dei coniugi», en *Foro it*., 1981, I, c. 1382; QUADRI, E., «Assegnazione della casa familiare e tutela del coniuge più debole», en *Nuova giur. civ. comm*., 1986, II, p. 339; MANTOVANI, M., «Separazione personale dei coniugi. Aspetti sostanziali», en *Enc. giur.* Treccani, XXVII, Roma, 1992, p. 26; CUBEDDU, M.G., *La casa familiare*, Milano, 2005, pp. 299 y sigs. Después de la entrada en vigor de la reforma de 2006, admiten que el derecho de uso sobre la casa familiar pueda también ser asignado al cónyuge más débil: LUMINOSO, A., «Obbligazioni di mantenimento nella separazione e nel divorzio e prestazioni in natura», en *Fam. dir.*, 2008, pp. 1059 y sigs.; con abundancia de argumentos, AULETTA, T., *sub* artículo 155 *quater*, en BALESTRA, L. (coord.), *Della famiglia*, I, Arts. 74-176, en *Comm. cod. civ.* Gabrielli, Milano, 2010, pp. 727 y sigs.

En la jurisprudencia, Cass., 19 de junio de 1980, núm. 3900, en *Foro it*., 1981, I, c. 1382; Cass., 31 de enero de 1986, núm. 62, *ivi*, 1986, I, 1317. Más recientemente, en los casos de separación de cónyuges sin hijos, Cass., 23 de febrero de 2000, núm. 2070, en *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 454; Cass., 28 de enero de 1998, núm. 822, en *Fam. dir.*, 1998, p. 125; Cass., 15 de junio de 1993, núm. 5567, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, p. 877, atribuyen el uso de un inmueble común en beneficio del que carecía de ingresos propios adecuados.

[76] Asignan una relevancia autónoma al interés del cónyuge: Cass., 7 de julio de 1997, núm. 6106, en *Fam. dir.*, 1998, p. 161, la cual habla expresamente de «componente in natura de la obligación de alimentos del uno en favor del otro»; Cass., 11 de abril de 2000, núm. 4558, en *Giur. it*., 2000, p. 2235.

[77] Un atento examen de la cuestión en FREZZA, G., *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, *cit.,* pp. 152 y sigs.; FERRANDO, G., «L'assegnazione della casa familiare», *cit.,* pp. 320 y sigs.

[78] Cass., Sez. un., 23 de abril de 1982, núm. 2494, en *Foro it*., 1982, I, c. 1865; Cass., Sez. un., 28 de octubre de 1995, núm. 11297, *Fam. dir.*, 1995, p. 521.

[79] Corte cost., 30 de julio de 2008, núm. 308, en *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 179 y sigs., con nota de PARINI, M., «Profili di costituzionalità del provvedimento di revoca dell'assegnazione della casa coniugale».

[80] Cfr., entre otros, AMAGLIANI, R., «Separazione dei coniugi e assegnazione della casa familiare», en *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 8; BRECCIA, U., «Separazione personale dei coniugi», en *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, pp. 403 y sigs.; FREZZA, G., *I luoghi della famiglia*, Torino, 2004, pp. 133 y sigs.; ID., *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, *cit.,* pp. 152 y sigs.; GIACOBBE G., y VIRGADAMO, P., *Il matrimonio*, II, *Separazione personale e divorzio*, *cit.,* pp. 286 y sigs.

[81] Observa Corte cost., 30 de julio de 2008, núm. 308, *cit.,* que la medida de la asignación tiene como finalidad «la conservación del ambiente doméstico, considerado como centro de afectos, intereses y costumbres vitales, que contribuyen de manera fundamental a la formación armónica de los hijos».

[82] Entre las decisiones más recientes véase Cass., 18 de septiembre de 2003, núm. 13747, en *Dir. fam. pers*., 2005, p. 33; Cass., 26 de enero de 2006, núm. 1545, en *Giust. civ*., 2006, I, p. 1183; Cass., 22 de marzo de 2007, núm. 6979, *cit.;* Cass., 30 de marzo de 2012, núm. 5174, *cit.,* En la jurisprudencia de instancia, Trib. Napoli, 10 de enero de 2006, en *Corr. merito*, 2006, p. 579.

[83] En este sentido, FERRANDO, G., «L'assegnazione della casa familiare», *cit.,* pp. 324 y sigs.

[84] Así, en cambio, AULETTA, T., *sub* artículo 155 *quater*, *cit.,* pp. 729 y sigs.

[85] Para esta posición me remito a AULETTA, T., *sub* artículo 155 *quater*, *cit.,* pp. 729 y sigs.

[86] Con las consecuencias del resarcimiento del daño e imputación de la culpa de la separación: AULETTA, T., *sub* artículo 155 *quater*, *cit.,* p. 730.

[87] En este sentido, FREZZA, G., «Casa familiare», en FERRANDO, G., FORTINO, M., y RUSCELLO, F. (coords.), *Famiglia e matrimonio*, I, 2, en *Tratt. dir. fam.* Zatti, Milano, 2002, pp. 1347 y sigs. Sobre la excepcionalidad de la disciplina de la asignación de la casa familiar cfr. QUADRI, E., *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1997, p. 279; VELLUZZI, V., «Diritto alla abitazione della casa familiare, filiazione naturale e famiglia di fatto: la Corte Costituzionale tra princìpi inespressi e ideologia», en *Rass. dir. civ.*, 1998, pp. 895 y sigs.

[88] Me remito a PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, *cit*., pp. 252 y sigs.; PERLINGIERI P. y FEMIA, P., *Realtà sociale e ordinamento giuridico*, in PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile*, 6.ª ed., Napoli, 2007, pp. 10 y sigs. Una profundización en CLARIZIA, O. «Tertium ceomparationis, norma eccezionale e incostituzionalità con effetto estensivo», in FEMIA, P. (coord.), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Colección «Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana», Napoli, 2006, pp. 175 y sigs.

[89] Desmentida ya por RUBINO, D., «Odierne tendenze sui limiti del diritto di proprietà», en *Ann. Univ. Macerata*, XVII, 1948, pp. 75 y sigs., y posteriormente en ID., *Studi giuridici*, Milano, 1970, p. 141; PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della 'proprietà'*, Camerino-Napoli, 1970, pp. 14 y sigs., 73, 123. Sobre este punto permitáseme la remisión a CARAPEZZA FIGLIA, G., «Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta», en *Rass. dir. civ.*, 2011, en particular, pp. 1066 y sigs.

[90] Configura la analogia como una forma de interpretación sistemática dirigida a la aplicación directa de los principios, PERLINGIERI, P., «L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'artículo 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi», en *Rass. dir. civ.*, 1985, pp. 990 y sigs., posteriormente ID., *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, en particular, pp. 291 y sigs. Más recientemente, FEMIA, P., «Applicare il diritto al caos. Teoria riflessiva delle fonti e unità dell'ordine», en PERLINGIERI, P. y RUGGERI, L. (coord.), *Diritto privato comunitario*, Napoli, 2008, spec. pp. 47 y sigs.; LIPARI, N., «Morte e trasfigurazione dell'analogia», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, I, pp. 1 y sigs.; TULLIO, L., «Analogia implicita e 'meritevolezza dell'estensione' nel giudizio di costituzionalità», in FEMIA, P. (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi*, *cit*., pp. 129 y sigs.

[91] La orientación jurisprudencial prevalente excluye que la asignación de la casa familiar, en ausencia de hijos, sea un instrumento de igualación en beneficio del cónyuge más débil: Cass., 16 de septiembre de 2011, núm. 18992, en *Dejure online*; Cass., 21 de enero de 2011, núm. 1491, en *Mass. Giust. civ.*, 2011, p. 102; Cass., 23 de noviembre de 2007, núm. 24407, en *Giust. civ.*, 2008, I, p. 911. De hecho, tanto el anteriormente vigente artículo 155 CCI, como el nuevo artículo 155 *quater* CCI, «mantiene de manera diferenciada tal medida de las relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges de las que trata el artículo 156 CCI».

[92] De «sustancial expropiación del derecho de propiedad del otro cónyuge, en cuanto la duración del vínculo coincidiría con la vida del beneficiario», habla Cass., 25 de febrero de 2011, núm. 4735, en *Dir. fam. pers.*, 2012, p. 527.

[93] Sobre este punto profundizan GIACOBBE, G. y VIRGADAMO, P., *Il matrimonio*, II, *Separazione personale e divorzio*, *cit.,* 294.

[94] Así, Cass., 17 de diciembre de 2009, núm. 26586, en *Dir. fam. pers.*, 2010, 674. Véase, del mismo modo, Cass., 11 de noviembre de 2011, núm. 23631, en *Arch. loc.*, 2012, 165, según la cual la asignación parcial es admisible, no solo cuando el inmueble sea autónomo y distinto del destinado a la habitación de la familia, sino también cuando este último «exceda por extensión de las exigencias de la familia y sea fácilmente divisible»; Cass., 11 de noviembre de 1986, núm. 6570, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 361, que subraya la discrecionalidad judicial al limitar la asignación de la casa familiar a la parte que lo requiere a las necesidades de la familia, con el fin «de tomar en consideración las necesidades vitales del otro cónyuge» Cass., 23 de junio de 1980, núm. 3934 en *Dir. fam. pers.*, 1980, 1121. En la jurisprudencia

de instancia, Trib. Bari, 17 de noviembre de 2010, en *Dejure* online, adscribe a la asignación parcial la finalidad de favorecer el encuentro de los hijos con ambos progenitores.

[95] Así, AULETTA, T., *sub* artículo 155 *quater*, *cit.,* pp. 728 y sigs., en los casos de *handicap* o de grave enfermedad del cónyuge.

[96] Cass., 24 de agosto de 1990, núm. 8705; App. Venezia, 6 de marzo de 2013, núm. 25, en *Fam. dir.*, 2013, pp. 1009 y sigs.

[97] La STS 30 de mayo de 2012 (RAJ 2012, 6547) dice, así, que «Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad».

[98] De dicha jurisprudencia da cuenta DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I, «Atribución temporal», *cit.,* pp. 3453-3455.

[99] Es, por ello, que suscita dudas la constitucionalidad de la redacción del artículo 96.3 del Código Civil, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, según el cual «En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y esta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda».

[100] Criticada, en cambio, por SANTOS MORÓN, M.ª J., «La atribución», *cit.,* p. 6, que tilda este posición jurisprudencial de «rigurosa», criticando, en general, el automatismo del artículo 96.I del Código Civil, en lo atinente a la asignación automática del derecho de uso al progenitor custodio.

[101] Véase, en tal sentido, STS 14 de abril de 2011 (RAJ 2011, 3590), STS 21 de junio de 2011 (RAJ 2011, 7325), STS 17 de octubre de 2013 (RAJ 2013, 7255), STS 29 de mayo de 2014 (RAJ 2014, 3889), STS 2 de junio de 2014 (RAJ 2014, 2842) y STS 28 de noviembre de 2014 (RAJ 2014, 6048).

[102] STS (Pleno) 5 de septiembre de 2011 (RAJ 2011, 5677), cuya doctrina reitera el reciente ATS 15 de abril de 2015 (recurso núm. 656/2014).

[103] Sobre el argumento, TRABUCCHI, A., sub *artículo 147*, en *Comm. dir. it. fam.* (dirigido por CIAN, G., OPPO, G. y TRABUCCHI, A., II, Padova, 1992, pp. 589 y sigs.; FERRI, G. B., *Diritto al mantenimento e doveri dei figli*, en ID., *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, pp. 90 y sigs.; FREZZA, G., *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, *cit.,* pp. 90 y sigs. En la jurisprudencia, Cass., 30 de marzo de 2012, núm. 5172, en *Dejure* online; Cass., 22 de marzo de 2012, núm. 4555, *cit.;* Cass., 8 de febrero de 2012, núm. 1773, *ibi*; Cass., 26 de setiembre de 2011, núm. 19589, *ibi*.

[104] Excluye que el pago de la pensión periódica sea la única modalidad de mantenimiento de los hijos mayores, FREZZA, G., *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, *cit.,* pp. 94 sigs. En sentido diverso SIRENA, P., «Le disposizione in favore dei figli maggiorenni», en PATTI, S. y ROSSI CARLEO, L. (coord.), *L'affidamento condiviso*, Milano, 2006, p. 203.

[105] En la jurisprudencia, con claridad, Cass., 30 de marzo de 2012, núm. 5174, en *Dejure* online: «La edad del hijo conviviente no es relevante al objeto de la asignación, porque lo que asume relevancia es la convivencia con el cónyuge asignatario y la falta de autosuficiencia del hijo». Véanse, además, entre las numerosas decisiones, Cass., 22 de marzo de 2010, núm. 6861, *ibi*; Cass., 28 de enero de 2009, núm. 2184, *cit.,*

[106] En este sentido, entre otros, FERRANDO, G., «L'assegnazione della casa familiare», *cit.,* pp. 327 y sigs.

[107] Véase Cass., 29 de octubre de 1998, núm. 10797, en *Giur. it.*, 1999, 1588, según la cual la obligación del juez de motivar las razones que le lleven a asignar la casa familiar al progenitor con el que los hijos convivan «asume siempre mayor rigor a medida que aumente

la edad de los hijos, reduciéndose con el pasar de los años la necesidad de conservación del ambiente familiar». De análogo tenor, Cass., 27 de noviembre de 1996, núm. 10538, en *Dir. fam. pers*., 1997, 584; Cass., 6 de abril de 1993, núm. 4108, *ibi*, 1993, 1023. Por último, Cass., 20 de agosto de 2014, núm. 18076, según la cual, sin embargo, la obligación de mantenimiento de los hijos mayores de edad no independientes económicamente debe ser valorada «con prudente apreciación, caso por caso, y con criterios de rigor proporcionalmente exigentes en relación con la edad de los beneficiarios (…) quedando claro que tal obligación no puede ser prolongada más allá de razonables límites de tiempo y de medida, porque el derecho del hijo se justifica dentro de los límites de la búsqueda de un proyecto educativo y de un proceso de formación, en el respeto de sus capacidades, inclinaciones y (en tanto que compatibles con las condiciones económicas de los progenitores) aspiraciones». En el supuesto de hecho la Corte de Casación ha considerado injustificada la asignación de la casa conyugal, de propiedad del marido, a la mujer, desde la sola consideración, aun en el contexto de crisis económica y social, de la situación de parados de los dos hijos, ambos, con una edad superior a los cuarenta años.

[108] Véanse, entre otras, Cass., 22 de marzo de 2012, núm. 4555, *cit.;* Cass., 8 de febrero de 2012, núm. 1773, *cit.;* Cass., 20 de agosto de 1997, núm. 7770, en *Giust. civ.*, 1997, I, 2969.

[109] FREZZA, G., *I luoghi della famiglia*, *cit*., p. 148. En sentido diverso, Cass. 21 de enero de 1998, núm. 565, en *Giust. civ.*, 1998, I, 1644, que se limita a tomar en consideración el criterio de la convivencia.

[110] Así, la SAP Navarra (Sección 2.ª), núm. 205/2001, de 1 de septiembre (núm. recurso 399/2000), estimó la demanda del marido, en la que este solicitaba que se pusiera fin a la atribución del uso de la vivienda familiar (de su propiedad exclusiva) en favor de los hijos (ya mayores de edad) y de la madre, dado que la misma había heredado de sus padres dos pisos y había comprado un tercero con parte del dinero de la herencia. Afirma, así, que: «la adquisición por parte de [la demandada] de un patrimonio inmobiliario, por vía *'mortis causa',* determina un cambio de circunstancias esencial, en relación a la situación que tenía cuando se dictaron las precedentes resoluciones judiciales, y que le permiten disponer, cuando menos en un medio plazo de tres viviendas aptas para su ocupación por la demandada, por lo que no es de apreciar en ella un interés más necesitado de protección que el del titular de la vivienda que ahora ocupa».

[111] Como sucedió en el caso resuelto en la ya vista STS 5 de noviembre de 2012 (RAJ 2012, 10135), confirmatoria de la sentencia de divorcio, que, modificando la medida adoptada en la sentencia de separación, atribuyó al marido el uso de la vivienda familiar, de la que era propietario exclusivo, porque posteriormente la madre custodia había «adquirido una nueva vivienda en la que puede habitar la hija menor, sin que esta quede desprotegida de sus derechos», porque «cubre sus necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro en el inmueble de la madre».

[112] Recuérdese que la STS 29 de marzo de 2011 (RAJ 2011, 3021) confirmó la sentencia de divorcio, que atribuyó al padre el uso de la vivienda familiar, la cual en la anterior sentencia de separación había sido asignada a la madre; y ello, porque en el tiempo que medió entre ambas resoluciones judiciales la madre había adquirido una nueva vivienda en copropiedad con la nueva pareja con la que convivía. Afirma, así, que «no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia».

[113] Recuérdese que esta solución es la adoptada por el artículo 6.2 de Ley 5/2011 de la Generalidad Valenciana, según el cual «Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculten para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, este cesará en el uso

de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso».

[114] La STS 16 de enero de 2015 *(JUR* 2015, 47658) consideró procedente la modificación de medidas solicitada por el progenitor, que había pedido que el derecho de uso de la vivienda familiar, que era de su propiedad exclusiva, pasara a recaer sobre otra casa, propiedad de ambos progenitores, anterior residencia familiar y posteriormente alquilada, al extinguirse el contrato de arrendamiento. Observa que «el interés del menor, siempre prevalente, no queda mermado por el cambio de domicilio» y que «las necesidades de habitación del hijo menor quedan satisfechas a través de la vivienda alternativa que ha señalado la sentencia recurrida».

[115] Véase, en tal sentido, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación», *cit.,* p. 1339.

[116] La SAP Murcia (Sección 4.ª), núm. 364/2011, de 14 de julio (núm. recurso 637/2010), confirmó la sentencia apelada, que había atribuido al marido el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, dándose la circunstancia de que la madre había salido de ella con los hijos menores para habitar con ellos en otro piso, de procedencia familiar.

[117] La SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), núm. 300/2005, de 19 de septiembre (núm. recurso 312/2005), consideró que había que modificar la atribución del uso de la vivienda familiar en favor del cónyuge no custodio, al ser su interés el más necesitado de protección, y por haber sufrido el otro un accidente, que le hizo trasladarse con los hijos a la vivienda del abuelo paterno, para poder acudir a un centro de rehabilitación próximo a esta. La Audiencia estimó «comprensible que [el padre custodio] se sienta más cómodo y seguro en compañía de familiares; como consecuencia de este cambio de residencia, las hijas han cambiado también de centro de estudios, medida que denota la previsión de que la situación se prolongue».

[118] Véase, por ejemplo, en sentido crítico CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda», *cit.,* p. 34; y SANTOS MORÓN, M.ª J., «La atribución», *cit.,* p. 4.

[119] Me parece adecuado el fallo contenido en la STS 16 de junio de 2014 (RAJ 2014, 3073). Al admitirse la demanda, se había asignado cautelar y temporalmente la custodia del menor al padre, manteniendo a la madre en el uso de la vivienda, dado que el padre tenía en esos momentos resuelto el problema de la vivienda en la casa de su pareja de hecho. «Ahora bien —dice el Tribunal Supremo—, ello no indica sin más que pueda ponerse a cargo de un tercero una obligación continuada que corresponde a los progenitores y que estos pueden hacerla efectiva puesto que el matrimonio dispone de una vivienda, que constituyó el domicilio conyugal y que no fue abandonado de forma voluntaria, sino por imperativo del artículo 96 del Código Civil, como consecuencia de la sentencia de separación». «La asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura al menor y esto no se produce en la situación actual que disfruta el padre. Ello perjudicaría al menor, cuyo interés es el que debe presidirla atribución de la vivienda, sin perjuicio de que la medida pueda verse alterada en razón a circunstancias posteriores, pero no para atribuirla a la esposa, sino para dejarla sin efecto, porque no se cumple la finalidad para que la que está prevista».

[120] Sobre este caso llaman la atención CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda», *cit.,* p. 16, y SANTOS MORÓN, M.ª J., «La atribución», *cit.,* p. 4, pareciendo a la primera de ellas que la solución que resulta de la aplicación del artículo 96 del Código Civil es «escandalosa e indignante para el dueño del inmueble».

[121] El problema de la duración de la asignación ha sido ya afrontado, en términos generales por BIN, M., *I rapporti di famiglia*, en *Riv. trim*., 1986, p. 201, el cual auspiciaba «un uso más amplio» de la asignación por tiempo determinado, «rara en la práctica»; y, sobre todo, por BELVEDERE, A., «Residenza e casa familiare: riflessioni critiche», en *Riv. crit. dir. priv*., 1988, pp. 284 y sigs., según el cual es necesario encontrar «un remedio a la duración, prácticamente indeterminada de la asignación», que aumenta la desvalorización de «los intereses del cónyuge titular de los derechos sobre la casa». En particular, se observa que si la *ratio* de la medida de la asignación consiste en «evitar a los hijos el trauma de un imprevisto alejamiento de su ambiente», el juez debería ajustar la duración de la asignación a la necesidad del caso concreto.

[122] De «intrínseca provisionalidad» habla C. cost., 30 de julio de 2008, núm. 308, en *Giur. it*., 2009, pp. 1155 y sigs.

[123] C. cost., 30 de julio de 2008, núm. 308, *cit.,* pp. 1155 y sigs. La probable inconstitucionalidad del artículo 155 *quater* CCI, en la parte en que preveía entre la causas de extinción el nuevo matrimonio o la convivencia *more uxorio* del asignatario había sido sostenida, entre otros, por BASINI, G., «Cause di estinzione del diritto al godimento della casa familiare, e sospetti di incostituzionalità dell'artículo 155 quater c.c.», en *Fam. Pers. Succ*., 2006, pp. 618 y sigs.

[124] C. cost., 30 de julio de 2008, núm. 308, *cit.,* pp. 1155 y sigs.

[125] Según SESTA, M., «Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali», en *Fam. e dir.*, 2006, p. 387, el factor tiempo concurre en el juicio de ponderación entre los intereses patrimoniales del progenitor titular y los intereses de los hijos.

[126] BERROCAL LANZAROT, A. I., «Criterios para la atribución», *cit.,* pp. 1351-1352, da una visión sintética, pero completa acerca de las distintas posiciones de la doctrina científica española acerca de la naturaleza jurídica del derecho de uso.

[127] La jurisprudencia ha ido cambiando la calificación de la naturaleza jurídica del derecho de uso, si bien con escasa trascendencia práctica, pues siempre salva su oponibilidad a terceros.

En un primer momento hubo sentencias que le atribuyeron carácter real. Así, la STS 18 de octubre de 1994 (RAJ 1994, 7722), afirma que «No parece dudoso en extremo que el uso atribuido judicialmente a la vivienda de autos deba configurarse como derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el artículo 96, párrafo último del Código Civil».

Sin embargo, otras sentencias no entraron en la calificación del derecho real o personal, entendiendo que esta cuestión no condicionaba su oponibilidad a terceros, ni la posibilidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad. La STS 11 de diciembre de 1992 (RAJ 1992, 10136) observa «no parece dudoso que dicho uso [atribuido a la mujer, sobre una casa de propiedad privativa del marido] deba configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al registro de la propiedad cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares, todo ello, sin perjuicio de la observancia de las reglas que establece el Derecho inmobiliario registral», doctrina que es repetida por la posterior STS 22 de abril de 2004 (RAJ 2004, 2713). La STS 4 de abril de 1997 (RAJ 1997, 2636) dice que «no es un derecho de usufructo […] derecho real en principio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación, que es oponible a terceros […] sin que sea unánime (ni tiene por qué serlo, ni tiene trascendencia práctica) la opinión de si es derecho real […] En todo caso, lo que se pretende es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso».

En la actualidad claramente predomina la tesis de que no es un derecho real, la cual nace claramente, en relación con casos en que la propiedad de la vivienda familiar no pertenecía a ninguno de los cónyuges, sino que había sido cedido gratuitamente su uso por los familiares de uno de los cónyuges. La STS 31 de diciembre de 1994 (RAJ 1994, 10330), respecto a un caso que los cónyuges poseían la vivienda en concepto de precaristas, en relación a la sentencia que atribuyó el derecho de uso, habla de una «decisión judicial, oponible *'erga omnes',* aunque no generadora de un derecho real».

Posteriormente, la importante STS 14 de enero de 2010 (Pleno) (RAJ 2010, 2323) fija doctrina jurisprudencial, con el fin de resolver el problema planteado con la atribución del derecho de uso a un progenitor sobre la vivienda familiar, cuyo uso fue cedido a ambos cónyuges en precario por los padres del no asignatario. Dice, así, que «el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado o de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial

a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)». Esta doctrina es seguida por todas las posteriores, como, por ejemplo, STS 8 de octubre de 2010 (RAJ 2010, 7445) y STS 22 de noviembre de 2010 (RAJ 2011, 936), la cual, no obstante, considera no oponible el derecho de uso al adquirente en pública subasta de la vivienda, como como consecuencia de un proceso de ejecución iniciado antes de la fecha de la sentencia que lo atribuyó a la mujer, ante el impago (constante el matrimonio) de ambos cónyuges. La misma doctrina del Pleno se recoge en STS 18 de marzo de 2011 (RAJ 2011, 935), según la cual «el derecho de uso entre los cónyuges no constituye un derecho real, sino que se trata de una limitación de la facultad de disponer del propietario, que el titular puede oponer a terceros».

Evidentemente esta orientación jurisprudencial está influida por la mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notarios (a la que, como se ha visto, la propia Sentencia del Pleno alude), entre otras, por RDGRN 10 de octubre de 2008 (RAJ 2009, 634) y RDGRN 18 de noviembre de 2009 (RAJ 2010, 1667), según la cual «el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar. Tal carácter impone consecuencias especiales, como son la duración del mismo —que puede ser variable— así 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. En consecuencia, no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho».

[128] ¿Quién es el titular del derecho de uso? Superando una conclusión precipitada que podría resultar de una lectura literal del artículo 96.I del Código Civil, según la cual la titularidad sería conjunta, correspondiendo, tanto al progenitor custodio como a los hijos menores, se va imponiendo una tesis más razonable y útil desde un punto de vista práctico, cual es la de considerar que el titular del derecho es el progenitor, pero se le atribuye en función de su posición de custodio de los hijos menores y en beneficio de estos, por lo que estamos ante un «derecho función», tal y como afirma la RDGRN 24 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 6107).

Véase, así, ya O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis familiares», en *Actualidad Civil*, 1986, p. 1337; y, posteriormente, MARTÍN MELÉNDEZ, E., *Criterios de atribución*, *cit.*, pp. 225-246, que se decanta por esta tesis, tras un rigurosa examen de la cuestión; también, más recientemente, BERROCAL LANZAROT, A. I., «Criterios para la atribución», p. 1350; e implícitamente, MORALEJO IMBERNÓN, N.: «La vivienda familiar», *cit.*, pp. 106; y sigs.

La STS 14 de enero de 2010 (Pleno) (RAJ 2010, 2323) afirma que la «titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección». Se recoge, así, la doctrina expresada, entre otras, por RDGRN 10 de octubre de 2008 (RAJ 2009, 634) y RDGRN 18 de noviembre de 2009 (RAJ 2010, 1667), sobre «la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo», distinguiendo entre «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 «la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo». No obstante, la RDGRN 19 de mayo de 2012 (RAJ 2012, 7934), de la que se hace eco la posterior RDGRN 24 de

octubre de 2014 (RAJ 2014, 6107), ha admitido la inscripción del derecho de uso en favor de los hijos menores, cuando les es atribuido judicialmente, existiendo un acuerdo previo en tal sentido entre los cónyuges, recogido en convenio regulador.

[129] Que el derecho de uso, cuando recae sobre una vivienda propiedad exclusiva del progenitor no usuario o copropiedad de ambos progenitores, puede tener acceso al requisito de la Propiedad es indudable. Véase a este respecto la emblemática STS 11 de diciembre de 1992 (RAJ 1992, 10136), como también la posterior STS 22 de abril de 2004 (RAJ 2004, 2713). La RDGRN 25 de octubre de 1999 (RAJ 1999, 7680) dice, así: «Respecto a la inscribibilidad de la atribución de la vivienda al cónyuge que no es propietario, es algo indiscutible, pues, sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario (cfr. art. 90 del Código Civil) que produce efectos *'erga omnes',* por lo que debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido». Obviamente, no tiene acceso al Registro un derecho de uso atribuido en la sentencia de separación o de divorcio al cónyuge a cuyo nombre aparece inscrita la vivienda, por ser propietario exclusiva de ella, tal y como constata RDGRN 6 de julio de 2007 (RAJ 2007, 6161) y RDGRN 10 de octubre de 2008 (RAJ 2009, 634). Así mismo, como observan RDGRN 14 de mayo de 2009 (RAJ 2009, 3006) y RDGRN 9 de julio de 2013 (RAJ 2013, 6668), procede la cancelación de la inscripción, cuando el titular del derecho de uso adquiere posteriormente la vivienda por habérsele adjudicado la propiedad de la misma en la liquidación de la sociedad de gananciales.

Sobre los requisitos y forma para la práctica de la inscripción del derecho de uso véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.ª, «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 710, 2008, p. 2518; como también de la misma autora «La oponibilidad del derecho», *cit.,* pp. 1904 y sigs.; así mismo, LUQUE JIMÉNEZ, M.ª C., *La atribución*, *cit.,* pp. 163-222.

[130] Por ello, entiende MORALEJO IMBERNÓN, N.: «La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», en *Revista Xurídica Galega*, 2001, núm. 33, p. 106, al referirse a la naturaleza del derecho que se trata «de un tema más polémico a nivel doctrinal que jurisprudencial, dado que los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre esta cuestión coinciden en caracterizar el derecho de uso como una carga de carácter real, susceptible de ser inscrita en el Registro de la Propiedad y, por tanto, oponible frente a los terceros que pudieran haber adquirido algún derecho sobre la vivienda con posterioridad a la sentencia de separación, nulidad o divorcio».

[131] Es paradigmática la STS 18 de enero de 2010 (RAJ 2010, 1274), la cual, al igual que la posterior STS 18 de marzo de 2011 (RAJ 2011, 935), sostiene que el derecho de uso no es un derecho real, pero afirma lo siguiente: «El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división […]. Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges. Es por ello que la Dirección General de los Registros ha considerado que el derecho de los hijos no tiene naturaleza de derecho real, sino que son solo beneficiarios».

[132] LUQUE JIMÉNEZ, M.ª C., *La atribución*, *cit.,* p. 132, observa que «no parece justificable ni riguroso jurídicamente el tratar de crear una denominación distinta para un derecho que en nuestra opinión se incardina claramente en la categoría de los derechos reales»; y añade: «No puede denominarse de otra forma a un derecho subjetivo que protege con carácter absoluto el interés de una persona sobre una cosa, otorgándole sobre ella y al mismo tiempo

una eficacia general en relación a los terceros». La autora entiende que puede considerarse el derecho de uso como una variante del derecho de habitación regulado en los artículos 523 y siguientes del Código Civil o como un derecho real autónomo de constitución judicial, admisible con arreglo a la teoría del *numerus apertus*.

[133] Lo constata MORALEJO IMBERNÓN, N.: «La vivienda familiar», *cit.,* p. 109.

[134] Es emblemática la STS 14 de enero de 2010 (Pleno) (RAJ 2010, 2323), según la cual, «Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)».

[135] Esta orientación jurisprudencial, que identifica el derecho de uso con limitación de la facultad dispositiva tiene su origen en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, expresada, entre otras, por RDGRN 10 de octubre de 2008 (RAJ 2009, 634) y RDGRN 18 de noviembre de 2009 (RAJ 2010, 1667), la cual se explica porque, en ausencia de un precepto legal expreso que permita la inscripción del derecho de uso, tiene que insistir en este aspecto para poder justificar su acceso al Registro.

Sin embargo, lo cierto es que tal doctrina ha sido matizada por otras resoluciones del Centro Directivo, en las que se subraya que el contenido del derecho de uso comprende una limitación de la facultad de disponer, que recae sobre el propietario, pero no se agota en ella, sino que también abarca una vertiente positiva. Así, RDGRN 14 de mayo de 2009 (RAJ 2009, 3006), RDGRN 9 de julio de 2013 (RAJ 2013, 6668) y RDGRN 24 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 6107) hablan de «un haz de facultades», que el derecho de uso genera para su titular, «integrado básicamente por una facultad de ocupación provisional y temporal […] y por el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del cónyuge (ex cónyuge) titular del dominio».

[136] Por el contrario, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.ª, «La oponibilidad del derecho», *cit.,* p. 1897, considera que esa facultad negativa (de oponerse a la enajenación realizada por el otro progenitor propietario) sí forma parte del contenido del derecho, aunque no la agota, pues también incluye en dicho contenido la facultad positiva de usar la vivienda.

[137] MORALEJO IMBERNÓN, N.: «La vivienda familiar», *cit.,* p. 111, llama la atención sobre este extremo.

[138] Véase, así, CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda», *cit.,* pp. 12-13.

[139] Riesgo este sobre el que llaman la atención RDGRN 25 de octubre de 1999 (RAJ 1999, 7680) y RDGRN 19 de septiembre de 2007 (RAJ 2007, 6167).

[140] Sí lo prevé la redacción del artículo 96.8, II del Código Civil, que propone el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, según el cual «El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad.

[141] Lo evidencia O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación», p. 1135; y más recientemente, desarrolla la idea CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda», *cit.,* p. 11.

[142] Es clara a este respecto la STS 31 de diciembre de 1994 (RAJ 1994, 10330), según la cual «siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí solo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda. Y traería como consecuencia que desaparecieran muchas benéficas ayudas para proporcionar techo a seres queridos ante el temor de que una crisis familiar privara en parte del poder de disposición que sobre la vivienda tiene el cedente del uso».

[143] La STS 18 de enero de 2010 (RAJ 2010, 1274) observa lo siguiente: «Puede ocurrir que el tercero sea el propietario y haya cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges mediante un contrato, que puede ser anterior al matrimonio o durante el mismo. En este caso, atribuida la vivienda al cónyuge no contratante, este no se subroga en la misma relación que ligaba al cónyuge contratante con el propietario, porque el juez no puede crear un título que altere las relaciones contractuales existentes entre las partes (art. 96 del Código Civil). La relación contractual no continúa con el cónyuge no contratante […] Por ello […] debe señalarse que aunque el título que permitió al cónyuge el uso de la vivienda perteneciente al tercero tenga naturaleza contractual, no se mantiene esta relación con el otro cónyuge, que sea atributario del uso por sentencia dictada en pleito matrimonial. El ejemplo del contrato de arrendamiento es significativo, puesto que el artículo 15 LAU permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo segundo».

[144] La STS 14 de enero de 2010 (Pleno) (RAJ 2010, 2323) explica que «la jurisprudencia mantiene que nadie puede dar lo que no tiene y, en consecuencia, la atribución del uso de la vivienda como medida complementaria de la separación judicial no puede suponer la atribución de un derecho derivado de una titularidad de la que se carecía por el matrimonio».

[145] CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda», *cit.,* p. 12, observa que el hecho de que no pueda atribuirse naturaleza real al derecho de uso sustentado sobre un derecho personal no constituye un argumento «válido para negar el carácter real de tal derecho».

La autora se refiere obviamente al caso en el que la propiedad de la casa pertenezca a uno o a ambos progenitores. Véanse, también (aun siendo cuestión muy debatida en la doctrina), en favor de la consideración de la naturaleza real del derecho de uso en este supuesto, ya O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «El derecho de ocupación», *cit.,* pp. 1333-1334 (que habla de un derecho real autónomo, que guarda analogías con el derecho de habitación), como también, posteriormente, JUANES PECES, A., y GALVÁN ARIAS, J.R., «La naturaleza de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial», en *La Ley*, 1992, tomo 3.º, pp. 969 y sigs.; más recientemente, BERROCAL LANZAROT, A. I., «La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2012, núm. 734, p. 3502.; LUQUE JIMÉNEZ, M.ª C., *La atribución*, *cit.,* pp. 131-133; y MORALEJO IMBERNÓN, N.: «La vivienda familiar», *cit.,* p. 108, e implícitamente SANTOS MORÓN, M.ª J., «La atribución», *cit.,* pp. 4-5. Más matizada es la opinión de GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.ª, «La especial naturaleza», *cit.,* pp. 2524-2525, según la cual «se trata de un derecho muy especial, que aunque externamente se nos asemeja más a un derecho de carácter real, por su oponibilidad e inscripción registral, su naturaleza queda absolutamente modalizada por las ideas básicas del interés protegido, que no es otro que el de los hijos a vivir en la vivienda familiar en compañía del otro cónyuge». Es original, aunque aislada, la opinión de RAMS ALBESA, J., *Uso*, *habitación y vivienda familiar*, Madrid, 1987, pp. 10-11, pp. 116-117, quien considera que, en supuesto contemplado en el artículo 96.I del Código Civil, en el caso de que la titularidad corresponda exclusivamente al cónyuge no usuario, «supuesto de hecho sobre el que se construye la norma», estamos, no ya ante un derecho real atípico, sino ante «un verdadero y propio derecho real de uso», mientras que, en el caso del artículo 96.III, se contempla siempre un mero derecho personal, que, por lo tanto, no puede acceder al Registro de la Propiedad.

[146] No obstante, la STS 8 de octubre de 2010 (RAJ 2010, 7445) observa que «Ciertamente, la doctrina resumida [la actual, que niega el carácter de derecho real del derecho de uso ha sido dictada para los supuestos en que un tercero ha cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges, sin contraprestación, pero ello no impide que la fijación jurisprudencial de la naturaleza del derecho al uso atribuido a uno de los cónyuges en sentencia de separación o divorcio sea aplicable en todos aquellos casos en que ello sucede. Por ello, debe entenderse aplicable en este supuesto la doctrina anterior, por lo que debe rechazarse que el derecho de D.ª Isabel tenga la naturaleza de derecho real».

[147] Me parecen muy atinadas las observaciones de CUENA CASAS, M., «Uso de la vivienda», *cit.,* pp. 12-13: «Negar al derecho de uso la consideración de derecho real cuando el Tribunal resuelve un supuesto en el que los cónyuges poseen el inmueble por virtud de

un derecho personal y afirmarla cuando uno o ambos son propietarios del inmueble no me parece en absoluto contradictorio. Lo que sí me parece criticable es negar que se trate de un derecho real y luego aplicar las consecuencias derivadas de su consideración como derecho oponible *erga omnes* incluso aunque no haya accedido al Registro de la Propiedad».

[148] La naturaleza real o personal del derecho de uso es todavía objeto de discusión. Puede verse una clara síntesis en FREZZA, G., «Opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione della casa familiare», en *Rass. dir. civ.*, 1998, pp. 519 y sigs.; FERRANDO, G., «L'assegnazione della casa familiare», *cit.,* pp. 314 y sigs. Según Cass., 19 de septiembre de 2005, núm. 18476, en *Giur. it*., 2006, p. 2277, «el derecho reconocido al cónyuge no titular de un derecho de propiedad o de disfrute de la casa familiar, a través de la resolución judicial de asignación de la casa misma en sede de separación (o de divorcio), tiene la naturaleza de derecho personal de disfrute, y no, de derecho real (siendo los modos de constitución de estos últimos taxativa, debiendo estar expresamente previstos por la ley, que no configura como tal una resolución judicial de este tipo). En cambio, SIRENA, P., «L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento condiviso», en *Riv. dir. civ*., 2011, I, pp. 568 y sigs., considera que la nueva formulación del artículo 155 *quater* CCI (y en la actualidad del artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI), que ha omitido el reenvío al artículo 1599 CCI, permite calificar como real el derecho de disfrute del cónyuge asignatario.

[149] El recurso al artículo 1599 CCI se considera un argumento favorable a la naturaleza personal derecho de disfrute del asignatario: VIRGADAMO, P., «Opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e affidamento condiviso», en *Dir. fam. pers*., 2008, pp. 1598 y sigs.; FREZZA, G., «Appunti e spunti sull'artículo 337 sexies c.c.», *cit.,* pp. 169 y sigs.

[150] Se trata de Corte cost., 27 de julio de 1989, núm. 454, en *Dir. fam*., 1989, p. 491, la cual se remite a la «*eadem ratio* de la exclusiva referencia al interés moral y material de la prole»; Corte cost., ord., 23 de enero de 1990, núm. 20, en *Giur. cost*., 1990, p. 54, la cual ha precisado que «el deber de inscribir la resolución judicial de asignación, en el caso de separación, por analogía con la normativa vigente en materia de disolución del matrimonio, se refiere, *ex* artículo 1599 CCI, exclusivamente, a la asignación que supera los nueves años, resultando clara la oponibilidad de la resolución en las demás hipótesis».

[151] Se trata de la tesis prevalente, consagrada por las *Sezioni unite*: Cass., Sez. un., 26 de julio de 2002, núm. 11096, en *Nuova giur. civ. comm*., 2003, I, pp. 480 y sigs.; Cass., 7 de febrero de 2006, núm. 2627, en *Dejure online*; Cass., 18 de septiembre de 2009, núm. 20144, en *Nuova giur. civ. comm*., 2010, I, p. 390. Sobre este punto cfr. VIRGADAMO, P., «Opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e affidamento condiviso», *cit.,* p. 1598. Se expresan críticas a la posición de la Corte de Casación en GABRIELLI, G., «I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia», en *Riv. dir. civ*., 2003, I, pp. 131 y sigs., según el cual, «el interés de los hijos al *habitat* domestico puede y debe ser garantizado solamente frente a los progenitores», y no, frente a sujetos extraños a la familia, como el tercero adquirente.

[152] Puese verse un tratamiento profundo en SIRENA, P., «L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento condiviso», *cit.,* pp. 559 y sigs.; C. IRTI, *sub* 155 *quater*, en PATTI, S. e ROSSI CARLEO, L., *Provvedimenti riguardo ai figli*, *cit.,* pp. 305 y sigs.; después de la entrada en vigor del artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI, FREZZA, G., «Appunti e spunti sull'artículo 337 sexies c.c.», *cit.,* pp. 171 y sigs.

[153] En este sentido ZACCARIA, A., «Opponibilità e durata dell'assegnazione della casa familiare, dalla riforma del diritto di famiglia alla nuova legge sull'affidamento condiviso», en *Fam. pers. succ*., 2006, pp. 779 y sigs., si bien con fuertes críticas hacia la reforma. Comparte, en cambio, la opción del legislador SIRENA, P., «L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento condiviso», cit, en particular, pp. 571 y sigs., según el cual el artículo 155 *quater*, párrafo primero, CCI, con expresa refe-

rencia al artículo 2643 CCI, sujeta a la resolución judicial de asignación «al normal régimen de oponibilidad de los actos constitutivos de derechos reales inmobiliarios».

[154] Así, QUADRI, E., «Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare», *cit.,* pp. 429 y sigs.; Diversamente, AULETTA, T., *sub* artículo 155 *quater*, en BALESTRA, L. (coord.), *Della famiglia*, I, Artt. 74-176, en *Comm. cod. civ.* Gabrielli, Milano, 2010, p. 733, considera razonable salvaguardar «al tercero que haya inscrito antes de la inscripción del acto de asignación».

[155] Cfr. en esta línea QUADRI, E., «Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare», *cit.;* GAZZONI, F., «Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale», en *Dir. fam. pers.*, 2008, pp. 742 y sigs., según el cual el artículo 155 *quater* CCI integra, Sin derogarlo, el artículo 6, párrafo sexto, de la Ley del divorcio, por lo que se remite al 1599 CCI; FREZZA, G., *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, *cit.,* pp. 161 y sigs.; después de la entrada en vigor del artículo 337 *sexies*, párrafo primero, CCI, ID., «Appunti e spunti sull'artículo 337 sexies c.c.», *cit.,* pp. 171 y sigs., quien sostiene que, para evitar la duda sobre su constitucionalidad, es necesario asimilar la asignación «*quoad effectum*, esto es, a los solos fines circulatorios, al arrendamiento».

[156] En este sentido, AULETTA, T., *sub* artículo 155 *quater*, p. 733, el cual, no obstante, fuera de la hipótesis del inmueble en arrendamiento, acoge la tesis que supedita la oponibilidad del derecho del asignatario a su tempestiva inscripción.

[157] V. en este sentido STC 222/1992, de 11 de diciembre de 1992 (RTC 1992, 2232), STC 47/1993, de 8 de febrero de 1993 (RTC 1993) y STC 6/1993, de 18 de enero de 1993 (RTC 1993, 6).

[158] STC 116/1999, de 17 de junio de 1999 (RTC 1999, 116).

[159] La STC 184/1990, de 15 de noviembre de 1990 (RTC 1990, 184), afirma que «lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del artículo 14 sea acreedora al mismo tratamiento […] que el dispensado por el legislador a quienes ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza». La STC 66/1994, de 28 de febrero de 1994 (RTC 1994, 66), afirma que «no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 CE, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras uniones convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorecen el derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre, claro está, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir 'more uxorio'». Más recientemente, la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), afirma que «constatado que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones jurídicamente equivalentes, el legislador, dentro de su libertad de decisión, puede deducir razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida».

[160] De la que se hace eco la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93).

[161] Este argumento sirve al TC para considerar que la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, «para la igualdad jurídica de las parejas estables», no incurre en una extralimitación competencial, vulnerando el artículo 149.1., regla 8.ª, CE, que, «en todo caso», atribuye al Estado competencia exclusiva para regular «las relaciones jurídico civiles relativas a las formas del matrimonio».

Observa que, «Así como la competencia estatal en relación con el artículo 32.2 CE se refiere en todo caso al matrimonio, la Ley Foral 6/2000 disciplina una realidad social diferente, ceñida a las parejas de hecho que reúnan determinados requisitos. Y aun cuando pueda encontrarse cierta conexión o paralelismo entre ambas realidades, su regulación difiere, entre otros aspectos sustanciales, en el relativo a los requisitos y formalidades que, para la celebración del matrimonio exige la formalización solemne de la prestación del consentimiento al efecto ante funcionario o autoridad, o, en su caso, en la forma prevista por la correspondiente confesión religiosa». Y añade: «Estas evidentes diferencias, que se ponen de relieve desde la esencia misma de una y otra realidades jurídicas, impiden su equiparación conceptual, por lo

que no se produce invasión alguna de la competencia exclusiva estatal sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio por el hecho de que la Comunidad Foral de Navarra haya decidido regular las parejas estables y atribuir determinas consecuencias jurídicas a las uniones de hecho. Se trata, en definitiva, de situaciones que reciben un tratamiento específico y diferenciado, también a efectos competenciales que son los que, en este momento, interesan».

[162] En la Exposición de Motivos de la Ley 40/2007 se constata que «En materia de supervivencia, las mayores novedades atañen a la pensión de viudedad y, dentro de esta, a su otorgamiento en los supuestos de parejas de hecho que, además de los requisitos actualmente establecidos para las situaciones de matrimonio, acrediten una convivencia estable y notoria durante al menos cinco años, así como dependencia económica del conviviente sobreviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad».

[163] A saber, la Ley catalana, de 15 de julio de 1998, de «uniones estables de pareja», sustituida por el artículo 234-1 a 14 del Código Civil de Cataluña, la Ley aragonesa, de 26 de marzo de 1999, de «parejas estables no casadas», sustituida por los artículos 303-315 del Código de Derecho Foral de Aragón; la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, «para la igualdad jurídica de las parejas estables» [de las que han sido declarados inconstitucionales, por la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 93), todos los preceptos de carácter estrictamente civil, que imponían a los convivientes una serie de obligaciones, por el mero hecho de la convivencia, prescindiendo de su voluntad de asumirlas], la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de «parejas estables», la Ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001 sobre «uniones de hecho» [cuyos artículos 4 y 5 han sido declarados inconstitucionales por la STC (Pleno) 81/2013, de 11 de abril (RTC 2013, 81), por extralimitación competencial]; la Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de «parejas estables», la Ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de «parejas de hecho», la Ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de «parejas de hecho, la Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de «parejas de hecho, la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, «reguladora de las uniones de hecho» o la Ley cántabra, de 16 de mayo de 2005, «reguladora de las parejas de hecho». La Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, ha introducido modificaciones en el estatuto jurídico de las parejas de hecho, quienes en la redacción anterior se equiparaban *ope legis* al matrimonio, exigiéndose ahora, en cambio, una declaración expresa respecto a este extremo en el momento de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia. La norma autonómica sobre la materia más reciente es la Ley valenciana, de 15 de octubre de 2012, de «uniones de hecho formalizadas», cuyo artículo 14 (que regula derechos sucesorios en favor del conviviente supérstite) ha sido suspendido por el ATC (Pleno) 280/2013, de 3 de diciembre (RTC 2013, 280, AUTO)].

[164] A este respecto, hay que recordar la consolidada doctrina jurisprudencial, según la cual el antiguo artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, que, a diferencia de lo acontece en la actualidad, reconocía el derecho a percibir pensión de viudedad, exclusivamente, al cónyuge (no al conviviente) supérstite, no era contrario al principio constitucional de igualdad

Así lo constatan las recientes SSTC (Pleno) 92/2014, de 10 de junio (RTC 2014, 92), y 93/2014, de 12 de junio (RTC 2014, 93), que, respectivamente, desestimaron una cuestión de inconstitucionalidad y un recurso de amparo, en los que se argumentaba que la denegación de la pensión de viudedad a la persona supérstite de una pareja homosexual vulneraba el artículo 14 CE, toda vez que, al no existir en aquel momento posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, las parejas estables homosexuales nunca tenían derecho a percibir pensión de viudedad.

El TC reitera que «la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el artículo 14 CE, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales», insistiendo en «el amplio margen de apreciación y configuración del legislador

en cuanto al régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social y las situaciones que han de considerarse merecedoras de protección»; y concluye: «Ha de ser, por tanto, el legislador —en modo alguno este Tribunal actuando de legislador positivo retrospectivo y comprometiendo desembolsos económicos del erario público— el que, en su caso, decida, al hilo de los cambios sociales, cuál es el momento en que procede extender la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance».

[165] La jurisprudencia ha excluido, así, la posibilidad de aplicar analógicamente a las uniones de hecho las normas de la sociedad de gananciales, en particular, el artículo 1344. Véase, en este sentido, STS 18 de febrero de 1993 (RAJ 1993, 1246), STS 22 de julio de 1993 (RAJ 1993, 6274), STS 27 de mayo de 1994 (RAJ 1994, 3753), STS 20 de octubre de 1994 (RAJ 1994, 7492), 30 de diciembre de 1994 (RAJ 1994, 10391), STS 4 de marzo de 1997 (RAJ 1997, 1640), 4 de junio de 1998 (RAJ 1998, 3722), 23 de julio de 1998 (RAJ 1998, 6131), 22 de enero de 2001 (RAJ 2001, 1678) y STS 23 de noviembre de 2004 (RAJ 2004, 7385).

[166] STS (Pleno) 12 de septiembre de 2005 (RAJ 2005, 7148).

[167] Excluida la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil y constatada la inexistencia de algún pacto, expreso o tácito, de los convivientes, el Pleno del Supremo se decanta por aplicar a la liquidación de las uniones de hecho el principio general del Derecho de prohibición del enriquecimiento injusto, de acuerdo, así, con una orientación jurisprudencial, que podemos calificar de tradicional, y que, en mi opinión, nunca debía haber sido abandonada.

Por supuesto, aparte del posible recurso al principio de prohibición de enriquecimiento injusto, al liquidar las relaciones de la unión de hecho, cabe apreciar, en su caso, la existencia entre los convivientes de una comunidad de bienes tácitamente constituida o de una sociedad irregular que tuvo por objeto el ejercicio en común de una actividad profesional o económica.

[168] Véase en este sentido STS 16 de diciembre de 1996 (RAJ 1996, 9020) y STS 10 de marzo de 1998 (RAJ 1998, 1272), favorables a aplicar la solución del artículo 96.III del Código Civil a las uniones de hecho, no a través de una interpretación analógica del precepto, sino apoyándose en un pretendido principio general del Derecho, de protección del conviviente.

[169] Véase ya STS 27 de marzo de 2008 (RAJ 2008, 4062) y, más claramente, STS 6 de octubre de 2011 (RAJ 2011, 6708), según la cual «Al descartarse la aplicación por analogía de las normas sobre disolución del matrimonio, únicamente si la concreta ley aplicable a la relación lo prevé, o bien ha habido un pacto entre los convivientes, se aplicara la correspondiente solución que se haya acordado. En el Código Civil no existen normas reguladoras de esta situación por lo que es excluible aplicar por analogía lo establecido en el artículo 96 del Código Civil, que exige el matrimonio, porque está regulando la atribución del domicilio tras el divorcio. En consecuencia, no puede alegar la recurrente que tiene un derecho a ocupar la vivienda, puesto que su situación es diversa».

[170] Es emblemática la STS 1 de abril de 2011 (RAJ 2011, 3139), la cual se plantea la «pregunta de si puede aplicarse por analogía la norma del artículo 96 del Código Civil, ya que esta se refiere a la disolución del matrimonio por divorcio y el divorcio/separación solo tiene lugar cuando se trata de matrimonios»; y concluye: «Es cierto que en la regulación de la convivencia del hijo con sus padres cuando estén separados no existe una atribución del uso de la vivienda (art. 159 del Código Civil), pero las reglas de los artículos 156.5 y 159 del Código Civil no contradicen, sino que confirman lo que se establece en el artículo 92 del Código Civil, por lo que la relación de analogía entre ambas situaciones existe, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del Código Civil». Más adelante, precisa: «En realidad, el criterio de semejanza no se produce en relación a la situación de los padres, sino que de lo que se trata es de la protección del interés del menor, protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de lo que disponen los artículos 14 y 39 CE».

[171] Ha declarado, así, la inconstitucionalidad del artículo 2, apartado 2, párrafo primero, inciso «hayan convivido maritalmente, como mínimo, un periodo ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que», y párrafo segundo, y apartado 3; del artículo 3, inciso «y el transcurso del año

de convivencia»; del artículo 4, apartado 4; del artículo 5, apartado 1, inciso «respetando, en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la presente Ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles», y apartados 2, 3, 4 y 5; del artículo 6; del artículo 7; del artículo 9; del artículo 11; y del artículo 12.1.

[172] Esto es, el artículo 234-1 del Código Civil de Cataluña y los artículos 303 y 305 del Código de Familia de Aragón.

[173] Sobre el argumento me remito a FREZZA, G., *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, *cit*., pp. 157 y sigs.; FERRANDO, G., «L'assegnazione della casa familiare», *cit*., pp. 361 y sigs.

[174] Cfr. MORACE PINELLI, A. en BIANCA, M. (coord.), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, *cit*., pp. 173 y sigs.

[175] Sobre el argumento véase PERLINGIERI, P., «Riflessioni sull'*unità della famiglia*», en *Dir. giur.*, 1970, pp. 537 y sigs., y posteriormente ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, pp. 406 y sigs., según el cual la «unidad de la familia» constituye el instrumento de actuación de la personalidad de la prole, que también presenta relevancia jurídica en el momento patológico de la comunidad familiar no fundada en el matrimonio. PROSPERI, F., «La famiglia nell'ordinamento giuridico», en *Dir. fam. e pers.*, 2008, pp. 790 y sigs., pone de relieve que el artículo 30 de la Constitución sustrae al matrimonio la exclusividad del cuidado de la prole, como más esencial y típica función familiar. Una síntesis en PATTI, S., «Evoluzione della famiglia e convivenze: limiti di una regolamentazione unitaria», en *Fam. pers. Succ.*, 2007, pp. 247 y sigs.

[176] Corte cost., 7 de abril de 1988, núm. 404, en *Foro it.*, 1988, I, c. 2515 declara, además, la inconstitucionalidad de misma disposición «en la parte en que no prevé entre los posibles sucesores en la titularidad del contrato de arrendamiento, en caso de muerte del inquilino, al conviviente *more uxorio*». La Corte Constitucional, lejos de operar una parificación de la condición del cónyuge a la del conviviente, sobre la base del artículo 3 de la Constitución, invoca esta última norma como parámetro para valorar la «contrariedad lógica de la exclusión de un conviviente de la previsión de una norma que pretende tutelar la convivencia habitual». El rechazo a la aplicación analógica a la familia de hecho de las normas previstas para la fundada en el matrimonio (según una tesis sostenida, entre otros, por PROSPERI, F., *La famiglia non «fondata sul matrimonio»*, Camerino-Napoli, 1980) orienta a los jueces constitucionales a considerar ilegítima una disciplina que prive de techo al conviviente *more uxorio* del inquilino, por ser ello contrario al derecho a la habitación, enumerado entre los derechos inviolables del ser humano *ex* artículo 2 de la Constitución [sobre el argumento véase AMAGLIANI, R., «L'assegnazione della casa familiare», en SESTA, M. y CUFFARO, V. (coord.), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Colección *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, Napoli, 2006, pp. 418 y sigs.]. En sentido crítico hacia la generalización de la analogía, PERLINGIERI, P., «La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima», en *Rass. dir. civ.*, 1988, pp. 601 y sigs., y posteriormente ID., *La persona e i suoi diritti*, *cit*., pp. 493 y sigs., según el cual la familia de hecho representa un valor merecedor de tutela en cuanto formación social idónea para promover el desarrollo de la personalidad de sus componentes.

[177] Corte cost., 13 de mayo de 1998, núm. 166, en *Rass. dir. civ.* 1998, pp. 880 y sigs., con nota crítica de VELLUZZI, V., «Diritto alla abitazione della casa familiare, filiazione naturale e famiglia di fatto», *cit*., La evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el fenómeno de la familia de hecho, con particular referencia al problema de la habitación, es expuesta de manera cuidada por BALESTRA, L., «La famiglia di fatto», en SESTA, M. y CUFFARO, V. (coord.), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, *cit*., pp. 483 y sigs.

[178] Sobre la técnica de la interpretación adecuadora me remito a las contribuciones contenidas en FEMIA, P. (coord.), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, *cit*., y, en particular, a PERLINGIERI, P., «Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione cd. adeguatrice», *ibi*, pp. 3 y sigs.

[179] Corte cost., 13 de mayo de 1998, núm. 166, en *Rass. dir. civ.* 1998, p. 894. La aplicación directa de las normas constitucionales en las relaciones entre los sujetos de Derecho Privado es defendida por PERLINGIERI, P., «Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare», en *Riv. dir. comm*., 1969, I, pp. 455 y sigs.; ID., «Norme costituzionali e rapporti di diritto civile», en *Rass. dir. civ.*, 1980, pp. 95 y sigs., posteriormente ambos en ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, pp. 24 y sigs. e 111 y sigs. Sobre el argumento véase, por último, PERLINGIERI, G. e CARAPEZZA FIGLIA, G., *Introduzione*, en ID. (coor), «*L'interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I, *Persone — Famiglie — Successioni*, Napoli, 2012, pp. 11 y sigs.

[180] Corte cost., 21 de octubre de 2005, núm. 394, en *Riv. not*., 2006, pp. 459 y sigs.

[181] Estudiado con detenimiento en la doctrina científica española por SALAZAR BORT, S., *La atribución, cit*., pp. 169-241.

[182] Según la redacción del artículo 96.7 del Código Civil, que propone el Anteproyecto de Ley para el ejercicio de la corresponsabilidad parental, «Si los cónyuges poseyeran la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley» (párrafo primero). «Cuando los cónyuges detentaran la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando este le reclame su restitución, debiendo preverse, para tal caso, la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o pensión compensatoria, en su caso, a la nueva situación».

[183] Analizada, entre otros, por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Atribución de la vivienda», *cit*., pp. 585 y sigs.; CREMADES GARCÍA, P., «Uso de la vivienda familiar por cesión gratuita de familiar cercano a uno de los progenitores», en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Elche*, 2008, vol. I, núm. 3, pp. 12 y sigs.; y MORENO VELASCO, V., «La problemática derivada de la atribución del uso de la vivienda familiar cedida por el propietario a los cónyuges a título gratuito», en *Diario La Ley*, núm. 6503, 2006.

[184] Es emblemática la STS 26 de diciembre de 2005 (RAJ 2006, 180).

[185] Véanse así STS 26 de diciembre de 2005 (RAJ 2006, 180), STS 30 de octubre de 2008 (RAJ 2008, 6925), STS 22 de octubre de 2009 (RAJ 2009, 5704), STS 18 de marzo de 2011 (RAJ 2011, 935), STS 14 de julio de 2010 (RAJ 2010, 6041),

[186] Reconocen la existencia de un comodato, que, tras la crisis, se transforma en precario, entre otras, STS 2 de octubre de 2008 (RAJ 2008, 5587) y STS 14 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 4729).

La STS 13 de abril de 2009 (RAJ 2009, 2895), resolvió un caso curioso. El propietario de la vivienda vendió a su madre el derecho de usufructo sobre la misma, permitiéndole esta continuar viviendo en la casa con su familia. Posteriormente, los cónyuges se divorciaron, asignándose el uso de la vivienda familiar a la madre y a los hijos, ante lo cual la usufructuaria instó el desahucio por precario. El Tribunal Supremo entendió que no había precario, sino un contrato de comodato. Pero, a diferencia de lo que es habitual en dichos casos, denegó el lanzamiento, por entender que el contrato no tenía como finalidad ceder el uso de una vivienda para la iniciación de la vida familiar, sino permitir la continuación de la que ya estaba comenzada antes de la venta del usufructo, apoyándose, además, en la circunstancia de que el comodante no era pleno propietario de la vivienda, sino un mero usufructuario.

Esta solución no convence, ya que, en el problema que nos ocupa, no parece que deba valorarse de manera distinta el hecho de que el comodante sea un propietario o un usufructuario, ya que este último está plenamente facultado para ceder el uso de la vivienda, como también para reclamar su restitución, una vez que deja de tener sentido el fin para el que la prestó, sin que acierte a ver qué diferencia pueda haber entre que se trate de permitir iniciar en el inmueble la convivencia del hijo con su propia familia o la continuación de la misma después de la constitución del usufructo. Si la mujer del propietario no estaba de acuerdo con la venta del usufructo sobre la vivienda familiar debió haberse opuesto, ya que su consentimiento era también necesario para realizar dicho acto de disposición (art. 1320

del Código Civil) o haber anulado el contrato en su momento (art. 1322 del Código Civil), cosa que no hizo.

[187] Véase en este sentido STS 22 de octubre de 2009 (RAJ 2009, 5704), STS 14 de octubre de 2014 (RAJ 2014, 4729).

[188] STS 14 de julio de 2010 (RAJ 2010, 6041).

[189] STS 29 de octubre de 2008 (RAJ 2008, 6923), STS 30 de octubre de 2008 (RAJ 2008, 6925) y STS 13 de febrero de 2014 (RAJ 2014, 1341).

[190] En la jurisprudencia véase, entre otras, Cass., 26 de enero de 1995, núm. 929, en *Dir. fam. pers*., 1995, p. 990; Cass., 20 de octubre de 1997, núm. 10258, en *Nuova giur. civ. comm*., 1998, I, p. 591; Cass., Sez. un., 21 de julio de 2004, núm. 13603, *ibi*, 2004, I, p. 1439; Cass., 13 de febrero de 2006, núm. 3072, en *Dejure online*; Cass., 18 de julio de 2008, núm. 19939, en *Foro it*., 2008, I, c. 3552; Cass., 7 de agosto de 2012, núm. 14177, en *Dejure online*; Cass., 18 de diciembre de 2012, núm. 23361, *ibi*; Cass., Sez. un., 29 de septiembre de 2014, núm. 20448, en *Fam. dir*., 2015, pp. 5 y sigs. Véase, en sentido contrario y aislado, Cass., julio de 2010, núm. 15986, en *Foro it*., 2010, I, c. 3391.

[191] Con finura de argumentación, GABRIELLI, G., «I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia», *cit*., pp. 137 y sigs. Véase, además, SIRENA, P., «L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento condiviso», *cit*., pp. 584 y sigs.

[192] Cass., Sez. un., 21 de julio de 2004, núm. 13603, *cit*., sobre la que puede verse QUADRI, E., Comodato e *casa familiare*: l'intervento delle Sezioni Unite, en *Corr. giur*., 2004, pp. 1442 y sigs.; Cass., Sez. un., 29 de septiembre de 2014, núm. 20448, *cit*., Sobre la ordenanza de remisión, Cass., ord., 15 de junio de 2013, núm. 15113, que ha solicitado la segunda intervención de las Secciones unidas, véase CIPRIANI, N., «Il comodato di casa familiare sotto esame: appunti per le Sezioni unite», en *Dir. fam. pers*., 2013, pp. 1388 y sigs.

[193] No ha de olvidarse que, en caso de duda en la interpretación, al comodato le es aplicable el artículo 1371 CCI, según el cual el contrato gratuito «debe ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado», esto es, para el comodante: CIPRIANI, N., «Il comodato di casa familiare sotto esame: appunti per le Sezioni unite», *cit*., p. 361, nota 1091. La expresión «a título gratuito», de hecho, se refiere, no solo a los negocios inspirados por un *animus donandi*, sino también a los contratos que generan obligaciones para una sola de las partes: PERLINGIERI, P., *Appunti di teoria dell'interpretazione*, Camerino, 1970, p. 90; RIZZO, V., *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, pp. 468 y sigs.

[194] En estos términos, Cass., Sez. un., 29 de septiembre de 2014, núm. 20448, *cit*.,

[195] En este sentido, *ex multis*, Cass., Sez. un., 21 de julio de 2004, núm. 13603, *cit*.; Cass., 18 de junio de 2008, núm. 16559, en *Vita not*., 2008, pp. 1433 y sigs.; Cass., 7 de agosto de 2012, núm. 14177, *cit*., según la cual «si no se ha fijado expresamente una fecha de finalización, el plazo es deducible del uso para el que la cosa ha sido entregada, esto es, de la destinación a casa familiar». Pone de relieve que la determinación de un término de restitución «implícito» solo refleja parcialmente la voluntad de las partes, AL MUREDEN, E., «Casa familiare in comodato: il proprietario ha diritto alla restituzione *ad nutum*», en *Fam. dir*., 2010, pp. 1086 y sigs. De ahí resulta que la reconstrucción de la disciplina de la duración del vínculo jurídico no puede prescindir del contexto de relaciones afectivas entre comodante y comodatario, allí donde se expresa una confianza recíproca y bilateral sobre la solidaridad familiar: ID., «Casa in comodato, crisi coniugale e persistenti doveri di solidarietà tra familiari», *ibi*, 2012, pp. 698 y sigs., al cual se reenvía para ulteriores desarrollos.

[196] Así, Cass., Sez. un., 29 de septiembre de 2014, núm. 20448, *cit*., que añade que «está implícita en la previsión de destinación del inmueble a habitación familiar la determinación de la duración de la concesión, que va ligada a tal uso». Sobre el comodato como relación de duración me remito al atento análisis de CIPRIANI, N., *Il comodato*, en *Tratt. dir. civ. CNN* (dirigido por PERLINGIERI, P.), Napoli, 2005, pp. 151 y sigs.

[197] Cfr. Cass., Sez. un., 21 de julio de 2004, núm. 13603, *cit*.; Cass., 18 de julio de 2008, núm. 19939, *cit*.; Cass., 21 de junio de 2011, núm. 13592, en *Vita not*., 2011, p. 1581.

[198] Justamente, de la esencialidad del *intuitus personae*, GABRIELLI, G., «I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia», *cit*., p. 138, deduce la imposibilidad de asignación de la casa disfrutada a título de comodato.

[199] Según GABRIELLI, G., «I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia», *cit*., pp. 137 sigs., es la gratuidad del comodato la que determina una irreductible diversidad del interés del comodante respecto del inquilino, lo que excluye la aplicacción analógica de la norma que prevé el subingreso del asignatario en la relación jurídica de arrendamiento.

[200] También Cass., Sez. un., 21 de julio de 2004, núm. 13603, *cit*., pone de manifiesto: «una opción interpretativa que privase de modo absoluto al comodante propietario, que ha renunciado a toda renta sobre el bien en favor de la comunidad familiar, de disponer hasta el momento, por lo demás imprevisible en el acto de la conclusión del acuerdo, de que el último de los hijos del asignatario alcanzara la independencia económica, supondría una expropiación sustancial de las facultades y de los derechos ligados a la titularidad del inmueble, con evidentes reflejos sobre la esfera constitucional de la tutela del ahorro y de su función previdencial».

[201] Cass., Sez. un., 21 de julio de 2004, núm. 13603, *cit*., Sobre este punto véase ZACCARIA, A., «Opponibilità e durata dell'assegnazione della casa familiare», *cit*., pp. 778 y sigs.

[202] En la jurisprudencia, Cass., 22 de marzo de 1994, núm. 2740, en *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2517; Cass., 17 de octubre de 1997, núm. 10258, en *Foro it*., 1997, I, c. 849.

[203] Sobre el argumento véase FERRANDO, G., «L'assegnazione della casa familiare», *cit*., pp. 340 y sigs.

[204] Tal tesis —definida como «aberrante» por GABRIELLI, G., «I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia», *cit*., p. 139, nota 26, en cuanto «la proprietà del comodante, anque sea anterior a la asignación, es pisoteada de manera descarada»— había sido sostenida de manera asilada por Cass., 10 de diciembre de 1996, núm. 10977, en *Dir. fam. pers*., 1998, p. 18, y sucesivamente superada por las Secciones Unidas.

[205] En esta dirección se orientan Cass., Sez. un., 29 de septiembre de 2014, núm. 20448, *cit*., según la cual la necesidad no debe ser «grave», sino, tan solo, «urgente e imprevisible», esto es, «seria, no voluntaria, no inducida de manera caprichosa o artificial» y «sobrevenida respecto al momento de la estipulación»; Cass., 28 de febrero de 2011, núm. 4917, en *Fam. dir.*, 2011, p. 882, según la cual constituye una necesidad marcada por los requisitos de la urgencia y de la no previsión el caso de la comodante que reclama la restitución del inmueble para habitar en él, en razón de la sobrevenida imposibilidad de continuar viviendo en calidad de huésped con el hijo. En la jurisprudencia de instancia, según Trib. Modena, 6 de julio de 2012, en *Arch. loc*., 2012, p. 545, la extinción anticipada del comodato es legitimada por la exigencia de trasladarse y recuperar una nueva habitación por parte del comodante, determinada, tanto por problemas de salud, como por la sobrevenida separación de la mujer. Cfr., también, Trib. Salerno, 21 de julio de 2007, inéd.

[206] Véase, a este respecto, STS 22 de septiembre de 1988 (RAJ 1988, 6852), STS 31 de octubre de 1989 (RAJ 1989, 7040), STS 20 de mayo de 1993 (RAJ 3807), STS 16 de febrero de 1998 (RAJ 1998, 868), STS 28 de marzo de 2003 (RAJ 2003, 3040) y STS 8 de mayo de 2006 (RAJ 2006, 2342).

La STS 27 de febrero de 2012 (RAJ 2012, 3383) explica que «El artículo 400 del Código Civil recoge la vieja regla romana de acuerdo con la que nadie está obligado a permanecer en la división. El derecho a obtener la división de la cosa que se ostenta en copropiedad no tiene otra excepción en el artículo 400 del Código Civil que el pacto entre los condóminos y aun así, con las limitaciones que el propio artículo establece. Cada comunero puede salir de la comunidad, y el Código Civil permite imponer a los demás la división, porque el régimen de comunidad tiene una naturaleza transitoria e incidental. Y por ello la acción es imprescriptible e irrenunciable. Y por ello también debe aceptarse la acción de división ejercitada

por la ahora recurrente. Ambos cónyuges están de acuerdo en la división y por ello debe procederse a dividir». Más adelante, precisa: «Sin embargo, no puede admitirse que la acción de división extinga el derecho de uso atribuido al marido copropietario, cuyo interés se ha considerado el más digno de protección y por ello, se le atribuyó el uso en su momento, sin que se hayan producido circunstancias modificativas que ahora obliguen a reconsiderar su mantenimiento». Sobre esta sentencia pueden verse los comentarios de PÉREZ CONESA, C., «División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar», en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2012; y ZUMAQUERO GIL, L., El ejercicio de la acción de división de la cosa común no extingue el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges de la vivienda familiar», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 32, 2013.

[207] Para un estudio de las cuestiones procesales que en este caso se suscitan véase BARCONES AGUSTÍN, N., «Problemas que plantea la división de la vivienda familiar. Especial referencia a la subasta judicial», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2009, núm. 2085, pp. 1495 y sigs.

[208] Obviamente, tal y como constata ROBLEDO VILLAR, A., «La *actio communi dividundo* ejercitada por el copropietario de una vivienda familiar que está privado de su uso por sentencia familiar», en La Ley, 1999, pp. 981 y sigs., esta oponibilidad a terceros del derecho de uso puede dificultar la venta en pública subasta de la vivienda común o hacer que el precio de remate sea muy bajo.

[209] Véanse en este sentido, entre otras, STS 28 de marzo de 2003 (RAJ 2003, 3040), STS 8 de mayo de 2006 (RAJ 2006, 2342), STS 27 de junio de 2007 (RAJ 2007, 3865), STS 18 de enero de 2010 (RAJ 2010, 1274), STS 18 de marzo de 2011 (RAJ 2011, 935) y STS 27 de febrero de 2012 (RAJ 2012, 3383).

[210] Sobre la asignación de la casa familiar en comunidad legal u ordinaria y los problemas de la división, véase GABRIELLI, G., «I problemi dell'assegnazione della casa familiare», *cit.,* pp. 145 y sigs.; FERRANDO, G., «L'assegnazione della casa familiare», *cit.,* pp. 341 y sigs.

[211] Véase, *retro* § 4.2.

[212] Así, entre otros, Cass., 24 de julio de 2007, núm. 16398, en *Dejure* online; Cass., 22 de marzo de 2007, núm. 6979, *cit.,*

[213] En este sentido, Cass., 13 de febrero de 2006, núm. 3030, en *Foro it*., 2007, I, c. 237.

[214] Véase Cass., 24 de julio de 2007, núm. 16398, *cit.,*

[215] Trib. Monza, 3 de marzo de 2008, en *Guida dir.*, 2008, 38, 85. En contra de la inadmisibilidad véase también Trib. Monza, 21 de abril de 1989, en *Giust. civ.*, 1989, I, 2199; Trib. Monza, 24 de octubre de 1991, en *Dir. fam. pers*., 1992, 685. Sobre este punto, GIACOBBE, G. y VIRGADAMO, P., *Il matrimonio*, II, *Separazione personale e divorzio*, *cit.,* p. 287.

[216] Así, Trib. Roma, 4 de abril de 1985, en *Dir. fam. pers*., 1985, I, 629, que, sin embargo, es anterior a la previsión legislativa de la oponibilidad a terceros, por medio de la inscripción, de la resolución judicial de asignación (art. 11, l. 6 de marzo de 1987, núm. 74; Corte cost., 27 de julio de 1989, núm. 454, *ibi*, 1989, 491).

[217] Véase GABRIELLI, G., «I problemi dell'assegnazione della casa familiare», *cit.,* pp. 145 y sigs.

[218] La admisibilidad de la demanda de revisión, también existiendo una providencia judicial de asignación es mantenida, entre otras sentencia de instancia por Trib. Torino, 12 de octubre de 2001, en *Giur. it*., 2002, 1187; Trib. Roma, 29 de mayo de 2000 y 4 de julio de 2000, en *Giust. civ.*, 2001, I, 819; Trib. Bologna, 21 de enero de 1993, en *Nuova giur. civ. comm*., 1994, I, 700.

[219] Así, G. GABRIELLI, «I problemi dell'assegnazione della casa familiare», *cit.,* pp. 145 y sigs.

[220] En este sentido Trib. Bologna, 21 de enero de 1993, en *Nuova giur. civ. comm*., 1994, I, 700.

[221] Cass., 17 de septiembre de 2001, núm. 11630, en *Familia*, 2002, 868, con nota de E. AL MUREDEN, «Scioglimento della comunione, attribuzione della casa coniugale e computo del preesistente diritto ad abitarla», al cual me remito para un atento análisis del problema.

[222] Cass., 17 de abril de 2009, núm. 9310, in *Dir. fam. pers*., 2010, 73, considera errónea y contradictoria la tesis de la sentencia recurrida, según la cual «la naturaleza atípica del derecho de uso, no comprendido entre los derechos reales, no determina una reducción del valor de mercado del bien anteriormente destinado a vivienda conyugal». Por el contrario, según la Corte «el tercero que adquiere el bien anteriormente destinado a vivienda familiar se convierte en titular de un derecho de propiedad gravemente comprometido en cuanto al disfrute y a la utilidad económica que del mismo puede extraer». Entre las sentencias de instancia, véase Trib. Trento, 4 de febrero de 2010, núm. 137, en *Dejure* online.

[223] Por un lado, de hecho, el derecho de uso se extingue con la división; por otro lado, es atribuido en interés de los hijos, y no del cónyuge: Cass., 17 de septiembre de 2001, núm. 11630, *cit*.,

[224] De manera persuasiva, GABRIELLI, G., «I problemi dell'assegnazione della casa familiare», *cit*., pp. 146 y sigs.

(Trabajo recibido el 9-4-2015 y aceptado para su publicación el 15-4-2015)

El matrimonio en forma religiosa y el matrimonio de los grupos ideológicos o filosóficos en el ordenamiento jurídico irlandés*

Religious marriage and the marriage of the secular groups in the irish legal system

por

JOSÉ RAMÓN POLO SABAU
Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Málaga

RESUMEN: En este trabajo se estudia el sistema matrimonial irlandés en lo referente tanto a la eficacia civil de las distintas formas religiosas de celebración marital como, asimismo, en lo tocante a la eficacia civil de las formas

* Este trabajo es fruto de una estancia de investigación que llevé a cabo recientemente, en calidad de investigador visitante, en la Facultad de Derecho del *Trinity College Dublin*. Debo agradecer a la profesora Blanaid Clarke, Directora de Investigación del referido centro académico, su cálida acogida y las facilidades que me dio para el adecuado desarrollo de mi trabajo; quede constancia asimismo de mi gratitud a la profesora Ivana Bacik, que me proporcionó valiosa documentación y con quien tuve el privilegio de conversar largamente en reiteradas ocasiones y conocer así, de primera mano, la intrahistoria del proceso político y legislativo que condujo a la aprobación de las importantes reformas de los años 2004 y 2012 que configuraron el actual sistema matrimonial, ya que la profesora Bacik, a la sazón miembro del Senado en el Parlamento de la Nación, fue una de las principales impulsoras de la segunda de dichas reformas.

conyugales propias de los llamados grupos seculares, una novedosa posibilidad esta última introducida en el sistema irlandés en el año 2012 y que, en gran medida, equipara estas formas ideológicas o filosóficas de celebrar el connubio a las tradicionalmente admitidas modalidades religiosas. Se estudian tanto las coordenadas constitucionales de este tema como los precedentes normativos del sistema vigente, que comportaban una gran desigualdad entre unas y otras confesiones en este terreno y que fueron radicalmente modificados por la gran reforma del año 2004, que estableció un régimen de reconocimiento mucho más sencillo y esencialmente común a todos los ritos religiosos de celebración matrimonial.

ABSTRACT: This paper deals with the study of the formalities that have to be complied with in order to validly solemnize the marriage in Ireland, in light of the Civil Registration Act 2004 that has radically change the face of this hole area of Irish law. Particular consideration is here given to the formalities that are required by the civil law in relation to religious marriages and also concerning the solemnization of marriages by a registered celebrant pertaining to one of the so called secular bodies, according to the new legislation that in the year 2012 gave chance to the validity of this latter new type of non-religious marriage. The author examines the Irish constitutional framework of this legislation and gives also extensive consideration to the historical development of this specific field of law, acknowledging the very complex and uneven legal scheme that was traditionally applied to the various religious marriages that could formerly reach their civil effectiveness in this country.

PALABRAS CLAVE: Sistema matrimonial. Matrimonio religioso. Confesiones religiosas. Grupos seculares. Derecho irlandés.

KEY WORDS: Marriage law. Religious marriage. Religious bodies. Secular bodies. Irish law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LAS COORDENADAS CONSTITUCIONALES.—II. EL SISTEMA MATRIMONIAL CONFIGURADO POR LA *MARRIAGES (IRELAND) ACT 1844*: 1. REQUISITOS COMUNES A LA FORMA CIVIL Y A LAS FORMAS RELIGIOSAS DE CELEBRACIÓN DURANTE LA FASE PREPARATORIA DEL MATRIMONIO: *A) La notificación al Registro Civil de la intención de celebrar el matrimonio. B) El matrimonio contraído con certificado o licencia matrimoniales expedidos por el encargado del Registro Civil*. 2. EL MATRIMONIO CANÓNICO. 3. EL MATRIMONIO DE LA IGLESIA DE IRLANDA. 4. EL MATRIMONIO PRESBITERIANO. 5. OTROS MATRIMONIOS CRISTIANOS. 6. EL MATRIMONIO CUÁQUERO Y EL MATRIMO-

NIO JUDÍO.—III. LA REFORMA DEL SISTEMA MATRIMONIAL OPERADA POR LA *CIVIL REGISTRATION ACT 2004* Y POR LA *CIVIL REGISTRATION (AMENDMENT) ACT 2012*: 1. LOS PRINCIPALES MOTIVOS PARA EL CAMBIO LEGAL: SIMPLIFICACIÓN, ORDENACIÓN SISTEMÁTICA Y SUPRESIÓN DE LAS DESIGUALDADES. 2. LAS CARACTERÍSTICAS DEL NUEVO RÉGIMEN COMÚN DE RECONOCIMIENTO ESTATAL EN EL VIGENTE SISTEMA MATRIMONIAL IRLANDÉS: *A) Los requisitos de la fase preliminar en el matrimonio. B) La forma de celebración del matrimonio: el Registro de celebrantes. C) El significado del concepto legal de confesión religiosa. D) La novedosa categoría jurídica de los grupos seculares*.—IV. ALGUNAS CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: LAS COORDENADAS CONSTITUCIONALES

Sobre esta noción, como se sabe, se han propuesto doctrinalmente distintas definiciones pero, en lo esencial y comúnmente admitido, con carácter general puede ahora decirse que por sistema matrimonial hemos de entender aquel sector de normas del ordenamiento estatal que regula la coexistencia en dicho ordenamiento de los distintos tipos de matrimonio o, en su caso, de las distintas formas de celebración del connubio, básicamente la forma civil en sus distintas modalidades, de un lado, y las formas religiosas, de otro.

Ello explica que el sistema matrimonial haya sido tradicionalmente considerado como una de las facetas que integran en los Derechos estatales ese otro más amplio subsistema que habitualmente conocemos en sede científica como el de las relaciones Iglesia-Estado, genéricamente ligado al tratamiento jurídico que el ordenamiento estatal dispensa a las diversas manifestaciones sociales del llamado factor religioso, ya sean estas de orden individual o colectivo, y, asimismo, invariablemente presidido en el contexto europeo por la presencia vertebradora del derecho de libertad religiosa reconocido y garantizado en plano de igualdad.

El Derecho de la República de Irlanda no constituye una excepción en ese sentido, de manera que su sistema matrimonial se encuentra también condicionado, veremos de qué manera, por las coordenadas jurídicas que ya en el plano iusfundamental determinan globalmente el tratamiento normativo estatal del fenómeno religioso en su proyección social.

Esos parámetros constitucionales en el pasado se encontraron a su vez fuertemente influidos por la historia y las tradiciones irlandesas en materia de relaciones Iglesia-Estado, circunstancia que ha de tenerse muy presente en todo momento pues, de otro modo, seguramente no se interpretarían adecuadamente determinados aspectos del régimen legal precedente que obedecían a razones meramente históricas y que, hasta hace no mucho tiempo, modularon el sistema matrimonial dotándolo de un sentido y de unas características muy peculiares.

Actualmente, sin embargo, el influjo de esa herencia histórica ha quedado, tras las sucesivas reformas constitucionales, ciertamente desdibujado en algunos de los elementos centrales al régimen de las relaciones Iglesia-Estado, lo que no quiere decir que en ciertos otros aspectos la normativa constitucional no retenga aún algunas de sus características históricamente ligadas a la fuerte impronta religiosa y particularmente cristiana de la sociedad irlandesa, condicionando así, veremos también de qué modo, determinadas facetas del vigente desarrollo legal.

Por lo tanto, siquiera sea de manera muy esquemática, conviene hacer ahora una breve referencia preliminar a aquellos elementos del régimen constitucional irlandés que delimitan el contexto más inmediato en el que se enmarca y adquiere su significado propio el sistema matrimonial de este país.

En una primera aproximación, el tenor literal de algunas disposiciones constitucionales podría tal vez hacernos pensar que estamos aquí en presencia de un estado confesional o, en todo caso, de un modelo muy alejado del que rige en los países basados en una cierta idea de la separación más o menos estricta entre el Estado y las confesiones religiosas, habida cuenta de que, por ejemplo, la Constitución irlandesa da comienzo con una llamativa invocación a la Santísima Trinidad en su preámbulo, al tiempo que incorpora algunas otras no menos llamativas declaraciones como la de que todos los poderes de gobierno, legislativos, ejecutivos y judiciales provienen del pueblo bajo la autoridad de Dios (art. 6.1) o, también, la de que el Estado reconoce que el homenaje del culto público es algo debido a Dios Todopoderoso y, por ello, reverenciará su nombre y respetará y honrará a la religión (art. 44.1).

No obstante, un examen más atento revela que esa es una impresión en gran medida engañosa, ya que este tipo de enunciados de un tono tan solemne y declamatorio, que indudablemente responden a la tradicional fuerte impronta religiosa de la sociedad y de las instituciones irlandesas y a una herencia histórica marcada por la gran presencia en ellas especialmente del cristianismo, tienen lugar en el contexto de un ordenamiento que, globalmente, cabe por el contrario identificar en sus rasgos más generales con un modelo de corte básicamente separatista en materia de relaciones Iglesia-Estado.

Y así, por ejemplo, más allá de aquellas menciones genéricas a la religión que lo son solo en términos relativos pues obviamente aluden al cristianismo (se ha hablado, en este sentido, literalmente de la naturaleza cristiana de la Constitución[1]), la Carta Magna irlandesa carece de algún tipo de declaración formal de confesionalidad estatal en beneficio de una concreta religión[2] e incluye, además, ciertas disposiciones tan significativas en este terreno como la que expresa el compromiso estatal de no financiar a ningún culto (art. 44.2.2), la que garantiza la plena autonomía de las iglesias en la gestión de sus asuntos internos ante las posibles injerencias por parte de los poderes públicos (art. 44.2.5) o, también, la que proclama que el Estado no incurrirá en ningún tipo de discriminación fundada en la profesión de una u otra religión o creencia (art. 44.2.3). Como se

ha señalado en sede doctrinal, aunque la Constitución irlandesa no contiene la prohibición expresa de instaurar una religión oficial (*establishment*) como es el caso de otros ordenamientos como por ejemplo el estadounidense, lo cierto es que aquella sí proclama la obligación de no sostener o financiar a ningún culto (*endowment*) y, en cualquier caso, su artículo 44 considerado en su conjunto se opone a cualquier tipo de confesionalidad en el sentido del establecimiento o el reconocimiento de una iglesia nacional[3].

La evolución experimentada por el régimen constitucional irlandés en este asunto resulta notablemente esclarecedora y merece la pena que nos detengamos ahora en ella resumidamente.

En un primer momento, la Constitución de este país promulgada en 1937, además de realizar en su preámbulo una invocación a la Santísima Trinidad y de proclamar que el pueblo irlandés reconoce humildemente sus obligaciones para con su Divino Señor Jesucristo[4], incorporaba también dos preceptos que, respectivamente, implicaban tanto el reconocimiento oficial de la Iglesia católica en calidad de protectora de la fe profesada por la gran mayoría de los irlandeses como, asimismo, un cierto reconocimiento también de otras confesiones religiosas, algunas de ellas expresamente mencionadas por la ley fundamental[5].

Según se ha hecho notar, estas previsiones constitucionales supusieron la culminación de un proceso que, ya desde los años veinte y a través de otras muchas normas, había venido incorporando el llamado código moral católico al Derecho de la República de Irlanda[6], y, como igualmente se ha advertido, el texto constitucional deliberadamente trató de reflejar la catolicidad de la mayoría de los irlandeses, hasta el punto de que uno de los más destacados miembros del Gobierno declaró entonces abiertamente que lo que se pretendía aprobar era la Constitución de un Estado católico[7]; difícilmente puede extrañar que ello fuese así si se tiene en cuenta que, como se ha señalado, a causa de la extremadamente fuerte devoción religiosa del pueblo irlandés, sin duda históricamente una de sus señas de identidad, en aquel entonces la Iglesia católica tenía una capacidad de influencia sobre las autoridades civiles considerablemente mayor que la de cualquier otro grupo social[8], y, asimismo, si se advierte que la atmósfera política y religiosa de los años veinte en este país ha sido descrita gráficamente como la de la existencia de unos partidos políticos uniformemente piadosos en conjunción con una jerarquía católica poderosamente ultramontana, a resultas de lo cual las minorías políticas y religiosas eran solo aceptables mientras no pusieran en cuestión la hegemonía de la Iglesia católica[9].

Y en efecto, como cabría esperar a partir de semejantes pronunciamientos de la Carta Magna, durante largo tiempo se tuvo la percepción muy extendida de que la ley fundamental estaba de algún modo consagrando la primacía del catolicismo en el ordenamiento irlandés[10] y, asimismo, aunque en menor medida, estaba asegurando una posición preferente reconocida a esas otras confesiones también mencionadas por la norma y en su mayoría cristianas.

Suele citarse a este respecto un pasaje judicial obra del juez O'HIGGINS, quien fuera presidente del Tribunal Supremo (*Chief Justice of Ireland*), que, a propósito de la preeminencia constitucional del cristianismo, difícilmente pudiera ser más claro e incluso categórico en el sentido apuntado[11], y, asimismo, desde esa misma concepción de base, lo que todo ello debiera representar en el más concreto contexto regulador que ahora nos ocupa queda también de manifiesto en las no menos resonantes palabras del juez WALSH, que lo fue tanto del Tribunal Supremo como de la Corte de Estrasburgo, postulando enfáticamente la necesidad de reflejar esos predominantes valores religiosos de la sociedad irlandesa en la configuración del Derecho de familia, así como la conveniencia de evitar en este terreno como en otros la tentación, se entiende que para él perniciosa, de sucumbir a las corrientes secularistas[12].

No obstante, tampoco faltaron las voces que, ya muy tempranamente y también desde el ámbito jurisdiccional, abogaron por un muy distinto entendimiento de los preceptos constitucionales a los que, pese a su literalidad, no pocos jueces se negaban a conceder tales efectos discriminatorios especialmente en el plano de los derechos individuales garantizados por la norma fundamental[13].

En definitiva, como se ha hecho notar, a partir de la presencia en el texto constitucional de los dos preceptos antes mencionados y, particularmente, a raíz de la mención a la posición especial de la Iglesia católica, se generó una notable controversia entre aquellos que consideraron que ello atribuía una posición jurídicamente privilegiada a esta confesión, de un lado, y aquellos otros para los que esa mención se limitaba a reflejar una realidad social marcada por la muy mayoritaria profesión católica de los irlandeses pero carente de trascendencia jurídica alguna[14].

A este respecto, se ha postulado que caben hoy pocas dudas acerca de que la Constitución, con su redacción original en la que se mencionaba solo a unas concretas religiones, pretendía dotar a estas de un estatus jurídico preferencial y, de hecho, la razón principal por la que mediante la *Fifth Amendment of the Constitution Act 1972* se suprimieron los dos preceptos antes aludidos fue, precisamente, la de que por entonces se había ya generalizado la idea de que se trataba de dos disposiciones anticuadas o desfasadas y potencialmente discriminatorias[15]; de esto último precisamente se hizo eco el juez GEOGHEGAN del Tribunal Supremo al señalar, en uno de sus razonamientos judiciales, que ya desde mucho antes de eliminarse formalmente esas menciones del texto constitucional, el criterio comúnmente aceptado entre la comunidad jurídica era el de que dichas menciones carecían estrictamente de implicación legal alguna de orden prescriptivo[16].

Es más, en 1996 un conocido informe oficial de un reputado comité de expertos, creado a instancias del Gobierno para revisar globalmente el texto constitucional y señalar las modificaciones que se estimasen necesarias[17], sugirió la conveniencia de modificar incluso el contenido del preámbulo mediante la

oportuna reforma constitucional, al estimarse que el lenguaje empleado en ese texto preliminar resultaba ya inapropiado por anacrónico y claramente alusivo a la hegemonía de la Iglesia católica[18]. Como pudo apreciarse, esa hegemonía del catolicismo originalmente se había visto refrendada en la parte prescriptiva de la ley fundamental al dotarse a esta religión de un reconocimiento especial y diferenciado en la primera de las disposiciones que fueron derogadas por la reforma de 1972, adquiriendo así ese reconocimiento específico un singular relieve respecto a esas otras religiones constitucionalmente también mencionadas, lo que explica que, por ejemplo, a menudo la doctrina científica, al glosar lo que supuso la precitada quinta enmienda a la Constitución, se refiera a ella resumidamente como la reforma que puso término a la posición especial de la Iglesia católica en el Derecho irlandés[19], a pesar de que también fue entonces eliminada la mención específica a otras religiones; y lo cierto es que esa prevalencia subsiste de algún modo en la actualidad pues precisamente, como se ha destacado, pese a la referida supresión de aquella posición especial en el texto articulado, el preámbulo sigue evidenciando una clara y específica caracterización trinitaria y católica de la nación[20], lo cual, según se ha puesto de relieve, ha permitido que en sede judicial se haya hablado literalmente de la naturaleza cristiana y democrática del Estado irlandés[21].

Tal y como se desprende del examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo según ha quedado de manifiesto, aquellas otras menciones a Dios o al cristianismo que han sobrevivido a las sucesivas reformas constitucionales deberían ser actualmente consideradas, con carácter general, como meras manifestaciones simbólicas que aspiran a reflejar de algún modo la naturaleza tradicionalmente religiosa o, si se quiere, dotada de una fuerte impronta religiosa de la sociedad irlandesa pero a las que, en el plano jurídico-constitucional propiamente prescriptivo, habría en principio que considerar como desprovistas de cualquier efecto preferencial y, consecuentemente, discriminatorio en el contexto del régimen de los derechos fundamentales y entre ellos del de la libertad religiosa[22].

Sin embargo, como se anticipó, en algunos aspectos del desarrollo legal esto no es del todo así y aquellas menciones constitucionales han servido puntualmente, por ejemplo, para avalar en sede judicial un entendimiento de las categorías de confesión o de fines religiosos que, visiblemente, se propugna por referencia al modelo teísta propio de las religiones tradicionales a las que alude el texto constitucional, lo que, como se verá, ha supuesto hasta la fecha la exclusión de los grupos que no profesan la creencia en Dios o en un ser superior de la categoría del grupo religioso en determinados sectores del ordenamiento; más ampliamente, las referencias a la religión en el texto iusfundamental han servido de apoyo para legitimar, en algunos aspectos de la ordenación jurídica, una consideración y un tratamiento preferenciales de la religión o de los grupos religiosos respecto de los que persiguen fines de otra naturaleza[23], e incluso se ha llegado a sugerir significativamente y con argumentos nada despreciables

que ese tratamiento privilegiado de la religión y de las convicciones religiosas, y por tanto también de los correspondientes derechos individuales, en tanto que enraizado en los preceptos de la misma ley fundamental probablemente deba entenderse como una auténtica exigencia constitucional[24].

A propósito de las alusiones a la religión en el preámbulo constitucional se ha señalado, poniéndose con ello de relieve la tensión dialéctica existente entre estos dos elementos aparentemente contradictorios, que si bien los redactores del texto fundamental aspiraron con dichas menciones básicamente a reflejar, de manera simbólica, un cierto *ethos* religioso (predominantemente católico) de la sociedad irlandesa y hay razones para sostener que no pretendieron entonces que esto se tradujera en la efectiva concesión de un estatuto jurídico privilegiado, lo cierto es que el preámbulo de la ley fundamental ha sido utilizado a menudo por los tribunales para condicionar la interpretación constitucional incluso en materia de tutela de los derechos fundamentales y, de un modo especial, en materia de Derecho de familia[25]. Como también se ha podido concluir, incidiendo en esta misma idea, parece claro que en el ordenamiento irlandés buena parte de los problemas que se han planteado en torno a la concepción y realización efectiva del principio de igualdad en materia religiosa provienen, paradójicamente, de la propia Constitución en la que se consagran las menciones antes referidas, así como de la particular interpretación que a menudo se ha conferido en sede judicial a esas previsiones iusfundamentales[26], y es en este mismo sentido en el que, no sin razón, se ha tachado al modelo irlandés de relaciones Iglesia-Estado de particularmente contradictorio[27]. La idea que esencialmente resumiría las causas de este fenómeno inevitablemente conflictivo es la de que la Constitución en su globalidad, como se ha dicho reiterándose con ello una percepción generalizada entre la comunidad científica, refleja un difícil equilibrio entre el catolicismo y el liberalismo (*an uneasy accommodation between Catholicism and liberalism*)[28].

En definitiva, según se ha postulado, puede decirse que los poderes públicos generalmente han apoyado la práctica de la religión amparándose en las menciones que en ese sentido se realizan en el artículo 44.1 de la Constitución, lo que permite concluir que la ley fundamental no es neutral en esta materia y más bien favorece decididamente la promoción pública de los valores religiosos sujeta, eso sí, al principio de no discriminación (entre las diversas religiones, se entiende)[29], circunstancia que, como también se ha hecho notar, ha servido para que los tribunales, bajo la misma premisa, hayan tendido a declarar la validez de ciertas medidas estatales orientadas a favorecer el libre ejercicio de la religión aun en los casos en los que tales medidas, aparentemente, se han adoptado en colisión con el principio de no discriminación o incluso con la prohibición de fomento o financiación pública de la religión (*endowment*) consagrada en ese mismo artículo 44 de la norma iusfundamental[30].

Así pues, como se ha señalado, el modelo irlandés de relaciones Iglesia-Estado puede ser calificado básicamente de separatista siempre que se tenga

presente que ese rasgo se ha visto matizado o modulado por la existencia de manifestaciones de cooperación estatal con las confesiones religiosas en determinados aspectos, tales como la financiación pública de los centros educativos confesionales o la de la asistencia religiosa en algunos establecimientos públicos[31]. En otros ordenamientos también de corte separatista como es el caso por ejemplo del estadounidense, en términos generales esa cooperación se circunscribe estrictamente al favorecimiento del ejercicio de la libertad religiosa, estableciéndose para ello estrictas condiciones que impiden una promoción directa de la religión o de los valores religiosos y solo permiten un beneficio indirecto de dichos valores derivado de leyes seculares en su propósito, no generadoras de una excesiva implicación de los poderes públicos en los asuntos religiosos y cuyo efecto principal no sea el de fomentar la religión en sí misma considerada[32]; en el sistema irlandés, sin embargo, la preferencia estatal por la religión está ya abiertamente consagrada en el texto constitucional confiriendo a este modelo unos caracteres muy peculiares —se ha hablado también aquí de una evidente valoración positiva de la religión en la propia ley fundamental[33]—, y ello efectivamente se traduce a menudo en el respaldo judicial a ciertas medidas de promoción que bordean, si es que no traspasan, los límites de lo que en principio sería permisible bajo la consideración aislada de la prohibición de fomento de la religión que consagra el artículo 44.2.2 de la Constitución[34].

Sea como fuere, es importante tener en todo momento presente el sentido en el que se ha verificado este devenir del régimen constitucional irlandés porque, como no podía ser de otra forma, ese proceso evolutivo ha tenido su correspondiente reflejo, ya en el orden prescriptivo propio del desarrollo legal, en determinados sectores del ordenamiento y particularmente en el ámbito del sistema matrimonial, generando históricamente en este último algunas notables especialidades en beneficio de aquellas religiones otrora constitucionalmente destacadas pero, al mismo tiempo, propiciando el impulso de cambio legislativo cuando, a partir de las nuevas pautas iusfundamentales, se fue progresivamente generalizando una determinada conciencia jurídica que terminaría por poner en cuestión el mantenimiento de un sistema que, tan notoriamente, pugnaba con la afirmación simultánea de algunos principios constitucionales como el de igualdad y no discriminación.

Sentadas estas premisas atinentes al marco constitucional y por lo que respecta al tema que centra el objeto de investigación en estas páginas, puede ya anticiparse que el sistema matrimonial irlandés, en lo fundamental, responde al modelo de los llamados sistemas de tipo anglosajón o protestante, esto es, aquellos en los que se reconoce un solo tipo o clase de matrimonio, el civil, sin perjuicio de que este pueda ser válidamente celebrado ya sea con arreglo a la forma estrictamente civil[35] o bien conforme a determinados ritos religiosos o incluso, como se comprobará, observando los ritos propios de determinados grupos ideológicos o filosóficos (los aquí llamados *secular bodies* precisamente

en contraposición a los *religious bodies*), una posibilidad esta última que recientemente introdujo el legislador irlandés de modo semejante a lo que por su parte haría poco tiempo después la ley escocesa respecto de los denominados, en este otro caso, grupos de creencia (*belief bodies*)[36].

En este contexto, la legislación de la República de Irlanda establece una serie de requisitos que habrán de observar los contrayentes si desean que la forma religiosa de celebración de su enlace obtenga la eficacia civil, y es en este ámbito en el que tradicionalmente se han experimentado las diferencias más significativas entre unos u otros ritos conyugales, instaurándose hasta hace no muchos años un régimen particularmente beneficioso sobre todo para determinadas formas religiosas de celebración y muy especialmente para la forma canónica.

Con todo, en esta materia jurídicamente hay un indudable punto de inflexión a partir de la entrada en vigor de la *Civil Registration Act 2004*[37], una ambiciosa disposición codificadora con la que globalmente se pretendió llevar a cabo la necesaria modernización de la legislación del Registro Civil y con la que, asimismo, en relación con el sistema matrimonial se verificó una importante reforma de un sector del ordenamiento hasta entonces caracterizado por la dispersión normativa y la mera acumulación de disposiciones promulgadas a lo largo del tiempo sin la necesaria visión de conjunto y con una evidente falta de perspectiva sistemática, lo que hasta ese momento había dado origen a un panorama legal innecesariamente complejo y en ciertos aspectos confuso e ineficiente, tal y como a menudo fue denunciado en sede doctrinal[38].

En el ánimo de los impulsores de la nueva normativa ocupó un papel destacado la preocupación por garantizar, al fin, la vigencia del principio de igualdad y no discriminación en un terreno en el que dicho principio estaba tan notoriamente ausente hasta ese momento, y ello es muy comprensible dado que, como perspicazmente se ha apuntado, el carácter potencialmente conflictivo entre ellas de las dos ideologías subyacentes al texto constitucional —la liberal y la filorreligiosa o más concretamente filocristiana— ha existido siempre pero, tradicionalmente, ha estado en cierto modo disimulado o enmascarado por la relativa homogeneidad de la sociedad irlandesa en ese terreno[39], de manera que a medida que ha avanzado el proceso de secularización y se ha experimentado una cada vez mayor heterogeneidad social en materia de profesión religiosa (dicho sea en términos relativos pues obviamente la prevalencia social del cristianismo sigue siendo actualmente incontestable), parece lógico que la preocupación por garantizar la igualdad efectiva en el reconocimiento y disfrute de los derechos haya dado paso a iniciativas legislativas de esta naturaleza.

La reforma de 2004 vendría así a tratar de sistematizar y poner un cierto orden en el régimen de la eficacia civil de las formas religiosas de celebración, suprimiendo las muchas especialidades concernientes a unos u otros ritos re-

ligiosos conyugales y estableciendo ahora un incomparablemente más sencillo régimen de reconocimiento estatal uniforme y común a todos ellos.

En lo que concierne a los ritos conyugales propios de los llamados por la ley grupos seculares, su eficacia civil no será contemplada hasta la entrada en vigor de la *Civil Registration (Amendment) Act 2012*[40] que, a este propósito, incluyó también a estas otras formas maritales en el régimen común de reconocimiento que previamente había establecido la ley de 2004 para los ritos religiosos de celebración conyugal.

Veamos a continuación más detalladamente el modo en el que se configura el sistema matrimonial irlandés y la posición que ocupan en dicho sistema tanto los matrimonios religiosos como los propios de aquellos otros grupos ideológicos o filosóficos a los que, recientemente, se les ha dado también la posibilidad de acceder a los efectos civiles en este país.

A tal fin, resulta a mi juicio muy conveniente exponer en primer lugar los antecedentes más inmediatos del sistema vigente para después analizar el significado y el alcance concretos de las importantes reformas legales llevadas a cabo en los últimos años en este terreno. La exposición de esos antecedentes se antoja particularmente oportuna dado que, al quedar en evidencia la extrema complejidad y el carácter en algunos aspectos harto confuso del sistema de reconocimiento precedente, así como su naturaleza tan ostensiblemente desigual respecto de unas u otras confesiones religiosas, se apreciará mejor, por contraste, la enorme trascendencia que ha tenido el cambio legal que se produjo hace ahora algo más de una década en esta materia.

II. EL SISTEMA MATRIMONIAL CONFIGURADO POR LA *MARRIAGES (IRELAND) ACT 1844*

Antes de la entrada en vigor de la precitada ley del Registro Civil de 2004, el esquema legal al que respondía el sistema matrimonial irlandés era básicamente el heredado de la *Marriages (Ireland) Act 1844*, objeto a lo largo del tiempo de sucesivas modificaciones en numerosos aspectos y a la que en adelante me referiré también mediante el acrónimo MIA[41]. Esta ley decimonónica, a su vez, se promulgó en un contexto histórico que requiere ahora al menos de una breve explicación.

Tradicionalmente Irlanda fue durante siglos, como es notorio, un país católico en el que, atendiendo a las reglas del *common law*, correspondía al Derecho canónico la regulación íntegra del connubio así como la fijación de los requisitos que había de revestir la ceremonia de celebración para generar válidamente un vínculo conyugal. De hecho, quizás habría que hablar aquí no tanto de la ceremonia como de la forma o el modo de constitución del matrimonio, habida cuenta de que, hasta que se promulgó el tridentino decreto Tametsi, tan válido

era jurídicamente el enlace celebrado *in faccie ecclesiae* como lo era también el matrimonio informe en cualquiera de sus modalidades entonces admitidas (matrimonios presunto y clandestino), siempre que en estos últimos existiere verdadero consentimiento por parte de los contrayentes y al margen de que dicha existencia fuese en ellos particularmente difícil de acreditar.

El advenimiento de la Reforma protestante —con el consabido desarrollo divergente que desde entonces tuvieron el Derecho canónico y el *common law*— produjo como consecuencia en este ámbito que, pese a lo prescrito en Trento, continuasen vigentes en Irlanda tanto el matrimonio público como los matrimonios informes bajo los principios del *common law*, pues este último dejó de remitirse plenamente como hasta entonces al Derecho canónico y adquirió respecto de este la primacía a la hora de instaurar los requisitos de validez de la forma de celebración conyugal.

Esta situación se prolongaría hasta que en 1844 la Cámara de los Lores dictó su célebre sentencia en el caso *R v. Millis*[42] con la que, desde el punto de vista del resultado material del fallo, volvería a producirse una cierta confluencia en este aspecto entre ambos sistemas jurídicos al declararse que, desde ese momento, también bajo las reglas del *common law* era imprescindible la presencia de un sacerdote (*a clergyman in holy orders*) para la válida constitución tanto del matrimonio protestante como del canónico.

A resultas de lo dictaminado en este pronunciamiento judicial —sin duda uno de esos conocidos como *landmark cases*—, ese mismo año fue aprobada la MIA con el declarado propósito de instaurar con carácter general los requisitos exigidos para solemnizar válidamente el connubio en Irlanda, aunque hay que precisar que esa instauración general tuvo ya entonces una notable excepción como fue, precisamente, la del régimen aplicable al matrimonio canónico.

A este respecto, el matrimonio de los católicos quedaba directamente exonerado del cumplimento de las exigencias de validez implantadas por la norma estatal tanto para la forma civil como para las formas religiosas acatólicas de celebración, y así permanecería desde entonces con la única excepción de lo estipulado legislativamente, hace ahora dos décadas, a propósito de la exigencia también al matrimonio canónico del cumplimiento de ciertos requerimientos relativos a la fase preliminar o preparatoria del enlace.

Más allá de esto, desde el punto de vista estatal, al amparo del *common law* el matrimonio católico quedó sometido en los restantes aspectos relativos al reconocimiento de sus efectos civiles a lo establecido en el propio Derecho canónico, y es por tanto en este ordenamiento religioso donde habría que buscar las normas entonces determinantes de la eficacia civil de este tipo de matrimonio religioso. Dicho ahora en términos muy resumidos, si en general puede decirse que en Irlanda tenían efectos civiles los matrimonios religiosos celebrados observando los requisitos de validez que a tal fin establecía la norma estatal, en el supuesto del matrimonio católico el Estado atribuyó dicha eficacia

civil a aquellos enlaces válidamente formalizados conforme a lo prescrito en ese ordenamiento confesional, lo que suponía, como se ha puesto de relieve, que el Estado en cierto modo se desentendía y dejaba en manos de la Iglesia católica todo lo referente a este asunto, en coincidencia con la propia doctrina católica acerca de que la regulación del sacramento del matrimonio es algo de exclusiva competencia eclesiástica y en un contexto sociológico de una abrumadoramente mayoritaria profesión social de la fe católica[43].

Otros matrimonios religiosos también fueron dotados por la ley de 1844 de ciertas peculiaridades en cuanto al régimen de su eficacia civil, algunas de no escasa envergadura pero en ningún caso parangonables con el estatuto especial del que gozaba a esos efectos el matrimonio canónico, sujeto desde la perspectiva del ordenamiento estatal a lo estipulado por el Derecho canónico y casi totalmente exento de su sometimiento a los requisitos generales implantados por la ley.

1. Requisitos comunes a la forma civil y a las formas religiosas de celebración durante la fase preparatoria del matrimonio

A) La notificación al Registro Civil de la intención de celebrar el matrimonio

El sistema matrimonial inicialmente diseñado por la MIA y que vino siendo desde entonces modulado o reconfigurado de manera gradual mediante numerosas modificaciones normativas adolecía, en efecto, de una enorme falta de homogeneidad y albergaba en su seno diversas especialidades aplicables a unas u otras formas religiosas de celebración, sin olvidar su casi total inaplicabilidad al matrimonio canónico ya mencionada.

En este sentido, la ley de 1844 contemplaba originariamente un requisito que había de observase en la que podemos llamar fase preliminar o preparatoria del matrimonio, en tanto que obligaba a los contrayentes a notificar previamente por escrito a la sección correspondiente del Registro Civil su voluntad de realizar ulteriormente el connubio (lo que se conoce como la *notification of intention to marry*), pero explícitamente la norma dejaba fuera de dicha obligación tanto al matrimonio canónico como al presbiteriano[44].

Sin embargo, la *Family Law Act 1995*[45] extendió esta exigencia a todas las formas de celebración marital sin excepción, convirtiendo este trámite previo, ahora sí, en un requisito *ad validitatem* de alcance verdaderamente general y que por tanto se aplicó desde entonces a todos los matrimonios religiosos, también al matrimonio canónico, como condición de acceso a su eficacia civil, aunque hay que hacer notar que, como señalaré, la ley tampoco evitó contemplar aquí alguna especialidad aplicable en este caso al matrimonio judío, aun cuando fuese aparentemente de escaso calado[46].

Para presentar la notificación de la intención de contraer matrimonio la ley fijaba un plazo de no menos de tres meses antes de la fecha prevista para la celebración y estaba contemplada, asimismo, la posibilidad de obtener judicialmente una excepción a dicha exigencia bajo determinadas condiciones[47].

La referida notificación había de contener una serie de menciones alusivas a la necesaria identificación de los contrayentes (nombre y apellidos, estado civil, profesión y lugar de residencia habitual) y a su capacidad conyugal (edad); había de especificar la iglesia, capilla o lugar de culto registrado al que los contrayentes asistían habitualmente; debía especificar también si el enlace pretendía llevarse a cabo mediante licencia o bien mediante certificado del encargado del Registro; y asimismo había de señalar en qué iglesia, capilla, lugar de culto u otro lugar pretendía formalizarse el connubio[48].

En relación con estas menciones y respecto de las formas religiosas la normativa estipulaba con carácter general que, a diferencia de la forma estrictamente civil, no sería necesario que el enlace se celebrase en un lugar correspondiente al distrito en el que los contrayentes hubiesen residido habitualmente durante al menos los últimos siete días, siempre y cuando en ese distrito no existiere una iglesia o un lugar de culto propios de la confesión a cuyos ritos se pretendía someter la formalización del matrimonio[49]; por su parte, la antes aludida especialidad concerniente al matrimonio judío consistía precisamente en admitir esta posibilidad en todo caso sin necesidad de que se cumpliese la condición descrita[50].

Una vez realizada la notificación al encargado del Registro conforme a los requisitos mencionados, le correspondía a este llevar a cabo una serie de actuaciones concretas, todas ellas visiblemente presididas por el propósito de conferir la conveniente publicidad al anuncio del futuro casamiento, y en la enunciación legal de estas actuaciones se apreciaban también algunas especialidades atinentes a ciertas formas religiosas de celebración.

Concretamente, el encargado del Registro había de incorporar la notificación a los archivos de su oficina; debía asimismo incluir una copia auténtica en el libro especial destinado al registro oficial de estas notificaciones (*Marriage Notice Book*), que había de permanecer accesible al público para su eventual consulta; debía inmediatamente enviar una copia de la notificación tanto al ministro de culto al cargo de la iglesia, capilla o lugar de culto registrado en el que pretendiese celebrarse el matrimonio como al ministro al cargo de los mismos lugares en los que los contrayentes asistían usualmente a los servicios religiosos. Y es aquí, respecto de esta última actuación, donde la norma contemplaba una especialidad aplicable al matrimonio cuáquero y al judío así como también al propio de una concreta confesión cristiana (*the Church of Christian Scientists*), pues en estos casos a quien habría de ser enviada la copia es a la correspondiente autoridad religiosa encargada de registrar el enlace en el seno de su confesión[51].

La reconocida voluntad del legislador al generalizar este requisito de la notificación previa no fue otra que la de impedir que los contrayentes accediesen al matrimonio de manera precipitada o irreflexiva, pero al mismo tiempo hay que subrayar que esa exigencia operaba como un cauce de realización de la función de control estatal de la efectiva capacidad marital de las partes habida cuenta de que la notificación quedaba registrada y expuesta a la inspección del público, permitiendo así la denuncia ante las autoridades de la existencia de posibles óbices a la validez del enlace, y teniendo presente asimismo que, si bien el encargado del Registro tenía que acusar recibo por escrito de la notificación que le había sido presentada por los contrayentes y debía entregarles a estos en respuesta el documento acreditativo de la recepción, la ley determinaba expresamente que ello no suponía autorización oficial alguna del futuro enlace[52] y, además, los tribunales estimaron que dicho acuse de recibo tampoco impedía a las autoridades la posible investigación de oficio acerca de la eventual existencia de algún impedimento legal a la celebración del anunciado matrimonio[53]. A todo este respecto y en el marco de las actuaciones que dotan de publicidad al anuncio del futuro matrimonio, la ley irlandesa regulaba expresamente la posibilidad de que gozaba cualquier persona de denunciar ante las autoridades, mediante la presentación de un *caveat*, la existencia de aquellos impedimentos a la validez del connubio de los que pudiere tener conocimiento[54].

Por lo demás, hay que hacer notar que estamos en presencia de un requisito general que era por tanto también aplicable a la forma estrictamente civil de celebración del connubio[55] y, asimismo, conviene subrayar que se trata de una exigencia que la propia ley calificaba de sustancial al matrimonio, de modo que su inobservancia provocaba indefectiblemente la nulidad matrimonial —a menos, claro está, que se hubiese obtenido la precitada exención judicial—.

Una vez debidamente satisfecho este requisito de la notificación previa, a partir de ahí el sistema matrimonial dejaba de ser homogéneo y el régimen de acceso a los efectos civiles de una u otra forma de matrimonio difería, en algunos casos radicalmente, en función del tipo de ceremonia religiosa de que se tratase, aunque conviene destacar que en la mayor parte de ellas se contemplaba la posibilidad de su reconocimiento estatal previa la obtención de un certificado —en algún caso también de una licencia— expedido por el encargado del Registro Civil, en conjunción con los restantes cauces de acceso a los efectos civiles que se establecían para cada particular forma religiosa de celebración conyugal.

Lo que se producía en estos supuestos era una remisión al régimen ordinario de expedición de ese certificado o licencia en el marco de la que constituía la forma estrictamente civil de celebración del matrimonio, de manera que en este aspecto los requisitos que la ley irlandesa imponía en orden a la obtención de esos documentos podían considerarse comunes tanto a la forma civil como

a las formas religiosas para las que se contemplaba también alguno de estos cauces específicos.

Veamos a continuación cuáles eran esos requisitos relativos a la expedición del certificado o la licencia matrimoniales por parte del encargado del Registro, para después entrar ya a relatar, algo más ampliamente y en su conjunto, en qué consistía el régimen de reconocimiento de la eficacia civil de las distintas formas religiosas de celebración conyugal instaurado por la MIA, empezando por la forma canónica que es la que estaba dotada de un mayor grado de especialidad, si es que puede ello enunciarse de este modo teniendo en cuenta que, más que ante un estatuto especial de reconocimiento por parte del ordenamiento estatal estamos aquí en presencia de una cuasi-plena remisión del sistema irlandés a lo establecido en el Derecho canónico sobre la válida celebración del vínculo conyugal.

B) El matrimonio contraído con certificado o licencia matrimoniales expedidos por el encargado del Registro Civil

Aunque en el sistema irlandés también existía, respecto de la forma estrictamente civil, una modalidad que implicaba la obtención de una licencia especial prevista para casos excepcionales en los que, por razones médicas, una de las partes no podía desplazarse a la oficina del Registro[56] (un supuesto que evoca el recuerdo del primero de los supuestos de nuestra llamada forma extraordinaria, consagrada en el art. 52 del Código Civil), las dos vías que ordinariamente daban acceso a la válida celebración del matrimonio eran las de la previa concesión ya fuese de un certificado o bien de una licencia marital por parte del encargado del Registro, y en efecto, ocasionalmente, la ley contemplaba también alguna de estas dos vías como cauce de acceso a la eficacia civil de los ritos religiosos conyugales.

El régimen jurídico que regía la expedición tanto del certificado como de la licencia era básicamente el mismo en ambos casos y difería solo respecto de los plazos alusivos al lugar de residencia habitual de los contrayentes.

Tratándose del certificado, en el momento de notificar la intención de celebrar el matrimonio al encargado del Registro, la parte notificante debía realizar también una declaración por escrito afirmando, en primer lugar, que no existía impedimento legal a la válida constitución del vínculo conyugal, en segundo término, que los contrayentes habían estado asistiendo al culto religioso durante al menos el mes precedente en el lugar especificado en la notificación, si es que tal especificación se hubiere producido, y, por último, que ambos contrayentes eran residentes en el distrito correspondiente al encargado del Registro ante quien se presentaba la notificación y que lo eran desde al menos los siete días inmediatamente precedentes a dicha presentación[57]; transcurridos veintiún

días desde la entrada de la notificación en el Registro podía ya ser concedido el certificado matrimonial.

Por su parte, la licencia implicaba la necesidad de formular idéntica declaración, si bien en esta ocasión era preciso hacer constar que uno de los contrayentes había residido durante al menos quince días en el distrito correspondiente al encargado del Registro ante quien se presentaba la notificación; la concesión de la licencia podía tener lugar transcurridos siete días desde la entrada en el Registro de la correspondiente notificación.

Según las prescripciones de la MIA, en la forma estrictamente civil la ceremonia nupcial debía tener lugar en la oficina del Registro, de manera pública y en presencia del encargado del Registro y de otros dos testigos, y en ella los contrayentes habían de realizar una declaración en la que, tras afirmar que no eran conocedores de ningún impedimento legal a la válida celebración del enlace, proclamaban mutuamente su consentimiento matrimonial[58].

En los casos en los que la ley irlandesa admitía también la válida celebración del connubio en forma religiosa a través de alguno de estos dos procedimientos, por razones obvias quien ejercía de celebrante o, si se quiere, de testigo cualificado no era el encargado del Registro sino la correspondiente autoridad religiosa, aquella a la que en cada caso la ley reconociese la competencia a estos efectos, pero, ello aparte, como veremos en lo fundamental se mantenía el mismo esquema de celebración del matrimonio por lo que respecta a la necesidad inexcusable de manifestar el mutuo consentimiento conyugal en presencia de la autoridad celebrante y de dos testigos, constituyendo estos para el ordenamiento estatal, como se ha hecho notar, los requisitos mínimos y comunes a cualquier ceremonia de celebración conyugal, tanto civil como religiosa[59].

2. El matrimonio canónico

Conforme a las reglas del *common law*, el matrimonio contraído en forma canónica tendría validez a efectos civiles siempre que hubiese sido celebrado por un sacerdote (*an episcopally ordained clergyman*); en principio, no se establecía ninguna otra exigencia general, de manera que los efectos civiles de esta forma de celebración dependían por entero de lo que a su vez dispusiera el Derecho canónico en orden a la validez del matrimonio, teniendo en cuenta además que, en la práctica, la remisión aquí al ordenamiento confesional era casi absoluta dado que ese mismo requisito está también ordinariamente presente en el Derecho de la Iglesia católica —dejando a salvo, claro está, los problemas que ello planteaba por ejemplo respecto de la forma extraordinaria que en Derecho canónico admite, como se sabe, la presencia solo de los testigos comunes en el acto de celebración[60].

Ese criterio general me excusará ahora de hacer una exposición más detallada de lo que podríamos considerar como el régimen de la eficacia civil del matrimonio canónico en Irlanda bajo la vigencia de la MIA, pues para conocer las normas que habían de cumplirse a ese propósito basta con acudir al Derecho canónico aplicable entonces a la válida celebración del connubio, a semejanza, dicho sea de paso, de lo que acontece actualmente en el sistema español en el que se reconoce eficacia civil al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico (*ex* art. 60 del Código Civil)[61].

A causa de todo ello, puede afirmarse sin reparo que las disposiciones que en la MIA se destinaban a regular el sistema matrimonial irlandés, esto es, a determinar los requisitos y los cauces por los que las distintas formas conyugales de celebración podían acceder a su reconocimiento estatal, resultaban sencillamente inaplicables a la forma matrimonial canónica. Ni originalmente aquella ley ni tampoco las normas con las que ulteriormente se fue esta desarrollando o, en algunos aspectos, modificando en su esquema primigenio, resultaban de aplicación al matrimonio católico, con dos únicas excepciones de las que conviene en todo caso dejar aquí alguna constancia.

A la primera de ellas ya se ha hecho referencia, pues se trata de la aplicación generalizada y, por tanto, también predicable de esta particular forma conyugal, del requisito de la notificación a las autoridades civiles de la intención de contraer el matrimonio, con el alcance y las consecuencias ya conocidas.

La segunda concierne a un supuesto peculiar como es el de los denominados matrimonios mixtos, en los que una de las partes no profesa la religión católica; estos matrimonios también son actualmente regulados expresamente por el Derecho canónico que contempla su validez bajo ciertas condiciones pero, no obstante, el Estado introducía aquí algunos requisitos en orden a su reconocimiento civil que, por lo tanto, constituían una excepción a la remisión global al Derecho canónico que el sistema irlandés realizaba en toda esta materia.

El mecanismo de reconocimiento instaurado a este fin era relativamente sencillo y, en lo fundamental, pasaba por la previa obtención de un certificado expedido por el encargado del Registro Civil correspondiente (*a Registrar's certificate*) que sería entregado al sacerdote en el momento de la celebración, debiendo tener lugar esta en una iglesia o capilla católicas abiertas al público (*with open doors*) y en presencia de al menos dos testigos. Este procedimiento específico representaba en todo caso un supuesto notoriamente excepcional y que además, en cuanto tal, tenía una clara explicación histórica pues, en su origen, provenía de una ley estatal de 1870[62] con la que se pretendió superar la prohibición hasta entonces vigente en el país de celebrar válidamente ese tipo de matrimonios mixtos, circunstancia que aprovechó el legislador para implantar en estos casos el referido esquema de reconocimiento.

Por último, debe hacerse mención a la inscripción registral, entiéndase en el Registro Civil, que también contemplaba la ley irlandesa respecto del ma-

trimonio en forma canónica, pero advirtiendo en todo caso que se trataba de un trámite con el que el legislador estatal aspiraba a promover y a facilitar la constancia registral de estos matrimonios pero que, en puridad, no formaba parte del mecanismo de reconocimiento de su eficacia civil; de hecho, en estos casos la insatisfacción de la carga de la inscripción registral del connubio no afectaba a su validez desde la perspectiva del Derecho estatal, como quedó ratificado en sede jurisprudencial[63], y no llevaba aparejada otra consecuencia jurídica que la de la mera imposición de una muy leve sanción pecuniaria.

3. El matrimonio de la Iglesia de Irlanda

Por virtud de la *Irish Church Act 1869* se produjo formalmente la separación de las Iglesias de Inglaterra e Irlanda (anteriormente una sola, la *United Church of England and Ireland*) y, al tiempo, la segunda de ellas dejó de ser la religión oficial del país bajo el nuevo principio de la aconfesionalidad estatal. Hasta ese momento, la eficacia civil de los matrimonios propios de la Iglesia Unida de Inglaterra e Irlanda estaba supeditada, desde la perspectiva del Derecho de este último país, al cumplimiento de las reglas formales previstas en los correspondientes preceptos religiosos sobre esta cuestión, esto es, tanto en los cánones pertinentes como en el llamado *book of Common Prayer*, excepción hecha de aquellos aspectos que hubiesen sufrido alguna modificación por parte de la MIA. Verificada la separación formal entre el Estado y la Iglesia (*disestablishment*) fueron inmediatamente promulgadas sendas leyes que, a partir de ese momento y con muy escasas ulteriores modificaciones, determinarían los requisitos para la validez en el ordenamiento estatal de esta forma religiosa de celebración conyugal[64].

Las características más relevantes de este nuevo esquema de reconocimiento son las que a continuación se relatan resumidamente.

Podían atribuirse los efectos civiles al matrimonio celebrado en la Iglesia de Irlanda ya fuese mediante la previa obtención de una licencia ordinaria o especial, tras la publicación de las correspondientes amonestaciones o, también, merced a la previa obtención de un certificado matrimonial por parte del encargado del Registro Civil.

La licencia matrimonial ordinaria podía concederla una persona que hubiese sido designada para tal fin por un obispo de la Iglesia de Irlanda, siendo al menos uno de los contrayentes protestante episcopaliano[65], con el fin de celebrar el connubio en una iglesia o capilla perteneciente a dicha Iglesia y situada en el distrito del otorgante en la que, con arreglo a las normas de esta confesión, pudiesen debidamente celebrarse matrimonios[66]; la principal diferencia con la licencia especial radicaba en que esta última solo podía ser concedida directamente por un obispo de la Iglesia de Irlanda y con ella los contrayentes quedaban

autorizados a celebrar su enlace en cualquier momento y lugar apropiados dentro del ámbito de su jurisdicción episcopal.

La ley establecía como condición indispensable para la concesión de la licencia la de la previa notificación al otorgante, por parte de alguno de los contrayentes y ya fuese de forma escrita o verbal, de la intención de celebrar el matrimonio, instaurándose a este respecto una serie de requisitos que incluían en todo caso la necesidad de especificar la iglesia o capilla en la que se pretendía llevar a cabo la celebración; la norma declaraba igualmente la obligación impuesta al otorgante de inscribir dicha notificación en un libro de registro (*Marriage Notice Book*) que había de permanecer accesible al público para su libre consulta[67].

Además del cauce legal de las licencias y siempre que ambos contrayentes fuesen protestantes episcopalianos, la ley contemplaba también la posibilidad de celebrar válidamente el matrimonio tras la correspondiente publicación de las amonestaciones, que había de tener lugar en la forma prevista por las normas de la Iglesia de Irlanda que se encontrasen en vigor en el momento en el que se pretendiese realizar el connubio. Asimismo, legalmente era posible hacer uso del certificado matrimonial expedido por el encargado del Registro Civil (el que ordinariamente caracterizaba a la forma estrictamente civil de celebración), para celebrar válidamente el matrimonio contraído en una iglesia o capilla perteneciente a la Iglesia de Irlanda que se encontrase ubicada en la correspondiente demarcación de esa oficina registral (*the registrar's district*).

Por cualquiera de las vías mencionadas y una vez satisfechos los requisitos que cada una de ellas reclamaba podía contraerse válidamente el matrimonio, teniendo en cuenta que este había de celebrarse públicamente y en presencia de al menos dos testigos, tras de lo cual el sacerdote asistente a la ceremonia debía proceder a su inscripción por duplicado en los libros de registro que le tenían que haber sido facilitados por parte del Registro Civil central. En el supuesto del matrimonio celebrado con licencia especial, por sus especiales características, era el marido el que tenía que hacer llegar al Registro Civil central el certificado matrimonial cumplimentado por el sacerdote asistente a la ceremonia y previamente obtenido por las partes de manos del encargado del Registro correspondiente al lugar de la celebración; las condiciones para la obtención de este certificado eran las mismas que se aplicaban en el supuesto del matrimonio canónico y, al igual que en este último, la inobservancia del trámite de la inscripción registral del connubio carecía de efectos invalidantes y conllevaba únicamente la eventual imposición de una leve sanción pecuniaria.

4. El matrimonio presbiteriano

Así como los restantes matrimonios cristianos gozaban en este terreno de un régimen común a todos ellos, tal y como después se verá, en el sistema

irlandés precedente el llamado matrimonio presbiteriano ostentaba una posición específica y diferenciada al igual que ocurría con el matrimonio canónico y con el propio de la que otrora fuese la confesión oficial del país.

En lo fundamental, el mecanismo de reconocimiento no difería grandemente del instaurado para la atribución de eficacia civil a la forma de celebración marital característica de la Iglesia de Irlanda, aunque en esta ocasión no estaba contemplada la vía de la valida celebración del connubio mediante la previa obtención de un certificado matrimonial emitido por el encargado del Registro Civil.

En síntesis, desde la óptica del Derecho estatal podía contraerse válidamente el matrimonio presbiteriano mediante la concesión de una licencia marital, ordinaria o especial, así como tras la publicación de las pertinentes amonestaciones.

La licencia ordinaria podía concederse por parte de uno de los ministros de la Iglesia especialmente designado por el presbiterio para ese propósito, siendo presbiteriano al menos uno de los contrayentes, con el fin de celebrar el enlace en una iglesia o lugar de culto certificado (*certified place of worship*). La ley establecía una serie de requisitos que tenían que cumplirse para la obtención de la licencia, entre los que figuraba la obligación de que uno de los contrayentes acreditase ante el otorgante su condición de miembro de una congregación mediante el oportuno certificado que el ministro de la misma tendría que haberle expedido; en este certificado debía constar que previamente se hizo llegar a la congregación la notificación de la intención de celebrar el connubio habiendo sido esta inscrita en el registro de la congregación llevado a esos efectos y, asimismo, debía hacerse mención específica de la iglesia o capilla en la que se pretendía formalizar el matrimonio. Recibida la certificación y antes de poder ser otorgada la licencia había de transcurrir un breve periodo de tiempo durante el cual aquella, cuya copia tenía que haber sido consignada por el otorgante en su propio registro (*his marriage notice book*), permanecería accesible a la consulta del público al objeto de que cualquiera pudiese poner en conocimiento del ministro de la congregación aquellos óbices a la validez del enlace de los que eventualmente fuese conocedor[68].

También respecto de esta forma religiosa la ley contemplaba la posibilidad de contraer válidamente el matrimonio previa la obtención de una licencia especial que habilitaba a los contrayentes para celebrar su enlace en cualquier lugar del país y en cualquier momento apropiado, estableciéndose expresamente qué miembros de esta religión eran competentes para conceder dicha licencia[69] y quedando sometido el matrimonio formalizado por esta vía al mismo régimen de la inscripción registral aplicable al caso de los matrimonios de la Iglesia de Irlanda celebrados con ese tipo de licencia.

El tercer cauce de acceso a la eficacia civil de esta forma de celebración era el de la previa publicación de las pertinentes amonestaciones, si bien en esta ocasión la norma no se limitaba a remitirse a las prescripciones religiosas

vigentes en cada momento sobre el particular, como en el caso del matrimonio de la Iglesia de Irlanda, sino que establecía expresamente algunos requisitos con los que, básicamente, se trataba de asegurar la necesaria publicidad conferida al futuro enlace, de modo que este habría de ser notificado por escrito al ministro de la congregación por parte de los contrayentes, ambos necesariamente presbiterianos, incluyendo todos los datos necesarios para su identificación, para ulteriormente dar la oportuna publicidad al pretendido enlace en la misma iglesia en la que se aspiraba a que este fuese formalizado[70].

Una vez verificado cualquiera de los tres presupuestos descritos, la normativa irlandesa contemplaba la validez del matrimonio presbiteriano a efectos estatales siempre que este fuese formalizado públicamente y en presencia de al menos dos testigos además del ministro celebrante, debiendo este último proceder a la inscripción del enlace en los correspondientes libros de registro que le habrían sido proporcionados por el Registro Civil central.

5. Otros matrimonios cristianos

Adicionalmente, el sistema irlandés contemplaba también la validez de otras formas de celebración conyugal propias de otras confesiones cristianas distintas de las hasta ahora mencionadas, incluyendo aquellas que no se autocalifican como protestantes[71].

En estos supuestos, eran tres los mecanismos de acceso a la eficacia civil, a saber, la obtención de una licencia especial concedida por la correspondiente autoridad religiosa, la de una licencia otorgada por el encargado del Registro Civil o, por último, la de un certificado matrimonial expedido igualmente por esta última instancia.

Tanto la licencia como el certificado matrimoniales expedidos por el encargado del Registro eran los mismos que se aplicaban a la forma estrictamente civil de celebración y, por tanto, su expedición estaba sujeta al mismo régimen jurídico cuyas características más relevantes ya se han expuesto. En ambos casos, el consentimiento marital había de prestarse con la debida publicidad (*with open doors*), en presencia del correspondiente ministro de culto y al menos dos testigos[72] y, asimismo, el matrimonio había de ser inscrito en los libros de registro matrimonial que le tenían que haber sido suministrados al celebrante por parte del Registro Civil.

La vía de la licencia especial, por su parte, respondía al mismo esquema legal ya conocido y, por tanto, autorizaba a los contrayentes a celebrar el connubio con arreglo a los ritos de estas confesiones, en cualquier lugar en Irlanda y en cualquier momento apropiado, si les era concedida una licencia de esa naturaleza por parte de alguna de las personas expresamente mencionadas por la norma[73]; celebrado el matrimonio, pesaba sobre el marido la obligación de satisfacer el

trámite de la inscripción del correspondiente certificado marital en el Registro Civil, en las mismas condiciones que lo estipulado para el mismo cauce jurídico en el supuesto del matrimonio de la Iglesia de Irlanda.

6. El matrimonio cuáquero y el matrimonio judío

Por último, el Derecho de Irlanda también admitía la validez del matrimonio cuáquero, esto es, del celebrado conforme a los usos propios de la denominada *Society of Friends*, así como del matrimonio celebrado con arreglo a los ritos de la religión judía.

En esta ocasión, el procedimiento establecido era común a ambas formas conyugales que podían acceder a la eficacia civil ya fuese mediante la previa concesión de una licencia especial o, también, tras haberse obtenido el pertinente certificado matrimonial expedido por el encargado del Registro Civil.

Ese certificado estaba sujeto en su expedición a las mismas reglas generales ya descritas y autorizaba a los contrayentes a celebrar su enlace de acuerdo con los ritos y usos de cualquiera de estas dos religiones, en el lugar especificado, de manera pública y en presencia de al menos dos testigos, debiendo satisfacerse además el trámite de la posterior inscripción del matrimonio en el Registro Civil.

La licencia especial para celebrar el connubio en cualquier momento y lugar del país apropiados podía ser aquí concedida por la correspondiente autoridad religiosa de cualquiera de ambas religiones[74] o, en su defecto, por un delegado designado a tal propósito, y también en este caso se había de verificar la ulterior inscripción del connubio en el Registro Civil con arreglo a las normas que regulaban el matrimonio contraído con licencia especial en el supuesto de la Iglesia de Irlanda.

III. LA REFORMA DEL SISTEMA MATRIMONIAL OPERADA POR LA *CIVIL REGISTRATION ACT 2004* Y POR LA *CIVIL REGISTRATION (AMENDMENT) ACT 2012*

1. Los principales motivos para el cambio legal: simplificación, ordenación sistemática y supresión de las desigualdades

Como se ha podido comprobar, se ajusta rigurosamente a la realidad la percepción generalizada entre la comunidad jurídica en el sentido de que el sistema matrimonial irlandés era, hasta la entrada en vigor de la reforma de 2004, extraordinariamente complejo y en muchos aspectos notablemente confuso, al estar conformado por una amalgama de disposiciones muy dispersas

y promulgadas fragmentariamente a lo largo del tiempo sin la necesaria visión de conjunto.

Esta regulación venía siendo, en efecto, no solo innecesariamente complicada y heterogénea en su articulación normativa sino que, además, estaba caracterizada por la desigualdad en el tratamiento de las diversas modalidades religiosas de celebración del matrimonio, lo que en último término es tanto como decir que el sistema optaba por la desigualdad entre unas y otras personas a la hora de ejercer su derecho a contraer matrimonio en función de la particular adscripción religiosa de cada cual[75], circunstancia que indudablemente planteaba sobre el papel serias dificultades en cuanto a su compatibilidad con el principio constitucional de no discriminación por motivos religiosos.

De hecho, esta última faceta de la anterior normativa, la del tratamiento desigual de las diversas formas religiosas matrimoniales, fue ocasionalmente criticada en sede científica al considerarse que en efecto representaba una vulneración del principio de igualdad consagrado en el artículo 44.2.3 de la Constitución[76], y, asimismo, la cuestión no pasó desapercibida para el Comité parlamentario sobre asuntos constitucionales que, en su conocido Informe de 1967, expresó la opinión de que la exigencia en esta materia de requisitos distintos para unas u otras formas religiosas de celebración conyugal representaba una discriminación por motivos religiosos incompatible con lo estipulado en el artículo 44 de la Constitución irlandesa; resulta ciertamente llamativo que el Comité, al mismo tiempo, estimase que en todo caso esas diferencias normativas estaban plenamente justificadas desde el punto de vista de su función jurídica en el seno del sistema matrimonial, ya que a su juicio no todas las confesiones gozaban del necesario nivel de organización como para que quedase adecuadamente garantizado ante el Estado el cumplimiento de los mínimos requisitos de certeza y seguridad jurídicas en la prestación del consentimiento marital entre personas verdaderamente capaces para ello, a resultas de lo cual lo que se propuso en el Informe no fue la reforma de la ley para acomodarla a la Constitución sino, inversamente, nada menos que la reforma de la Constitución para dar amparo excepcionalmente a una discriminación legal basada en motivos religiosos que funcionalmente se estimó entonces necesaria[77].

La curiosa argumentación del Comité merecería sin duda una glosa más detenida pero, por lo que ahora más directamente nos concierne, interesa destacar el dato de que, conveniente o no por las razones alegadas, la existencia de esa discriminación contraria a la garantía iusfundamental del principio de igualdad fue explícitamente admitida en el Informe de esta instancia oficial.

También en un no menos conocido informe del Comité parlamentario para el estudio de las crisis matrimoniales, de 1985, se denunció la complejidad del sistema matrimonial entonces vigente y se abogó por la instauración de un sistema más sencillo y, por lo que ahora más directamente nos ocupa, aplicable uniformemente, sugiriendo implícitamente con esto último lo inadecuado del

tratamiento diferente para las diversas formas religiosas aunque sin llegar a afirmar que este supusiera una quiebra del principio constitucional de igualdad, al tiempo que el Comité consideró, lo que no deja de ser significativo, que una tal reforma debería ser previamente consultada con las distintas confesiones[78].

A todo ello habría que añadir que, poco antes de verificarse la ambiciosa reforma legal que nos ocupa, había tenido lugar la promulgación de la *European Convention on Human Rights Act 2003*[79], una ley con la que se produjo finalmente la incorporación del Convenio Europeo al ordenamiento irlandés de una manera en cierto modo indirecta, esto es, atribuyéndose al Convenio un rango netamente infraconstitucional pero erigiéndose dicha norma en criterio obligado de interpretación de las leyes en este país[80], habida cuenta de que, desde su entrada en vigor, los tribunales inexcusablemente habrán de aplicar la legislación irlandesa con sometimiento a la Constitución pero, asimismo, de un modo compatible con las obligaciones asumidas por el Estado en virtud de las disposiciones convencionales[81], declarándose expresamente el sometimiento de la jurisdicción irlandesa en esta materia a la doctrina sentada por los diversos órganos aplicativos del Convenio[82].

A este respecto, sabido es que la jurisprudencia de Estrasburgo ha decretado que el reconocimiento de la eficacia civil de los ritos conyugales no forma parte estrictamente del contenido de la libertad religiosa y por tanto los países miembros no están obligados a conceder esa eficacia a las distintas formas religiosas de celebración marital, pero, al mismo tiempo, del sentido de esa jurisprudencia se deduce claramente que, cuando un Estado opta por reconocer dicha eficacia civil como un modo de facilitar el ejercicio del derecho fundamental (ya sea de la libertad religiosa o del *ius connubii*), ello confiere al individuo uno de esos derechos adicionales que el Tribunal Europeo ha considerado que instrumentalmente caen bajo el ámbito de amparo de alguno de los derechos fundamentales convencionalmente protegidos y, conforme a esto, esa garantía adicional debe desarrollarse también de manera rigurosamente acorde al principio de igualdad y no discriminación[83].

Como se ha hecho notar, aunque muchos de los derechos protegidos por el Convenio lo estaban también en la propia Constitución irlandesa, no hay duda de que esta nueva combinación de las garantías constitucionales locales con la tutela europea de los derechos humanos que trajo consigo la ley de 2003 confiere al individuo globalmente una protección significativamente mayor de sus derechos y libertades[84], de modo que las consecuencias que hubiera podido tener esta doctrina ante un hipotético enjuiciamiento interno del anterior sistema matrimonial irlandés bajo el prisma de los preceptos convencionales se intuyen, al menos en teoría, potencialmente significativas y cabe razonablemente suponer que ello jugase también algún papel en el contexto de los motivos que condujeron a promover su reforma legal[85]. De hecho, fue precisamente la reivindicación judicial de ciertos derechos de los transexuales al amparo de la nueva ley de

2003 la que condujo a los tribunales irlandeses a declarar que, efectivamente, se había producido una vulneración de uno de los derechos convencionalmente consagrados por parte de la legislación de este país[86], lo que a su vez motivó el impulso político que poco tiempo después concluiría con la aprobación de la *Legal Recognition of Gender Bill 2013*[87]; es evidente que, estuviese o no entre sus principales objetivos[88], con la promulgación de la CRA el legislador se anticipó a un posible supuesto semejante en relación con el sistema matrimonial.

Desde estas premisas y en un clima que se ha descrito como el de una creciente y generalizada preocupación en los años precedentes por garantizar la efectiva vigencia de la igualdad en el ordenamiento irlandés[89], la *Civil Registration Act 2004* (en adelante CRA) fue promulgada con el propósito primordial, en esta materia, de simplificar el sistema matrimonial, de reformular en clave sistemática todo el régimen aplicable tanto a la fase preliminar como a la celebración y posterior inscripción registral del matrimonio en este país, instaurando para ello un régimen común aplicable por igual tanto a la forma estrictamente civil como a todas las formas religiosas conyugales que aspiren a ver reconocida su eficacia civil y eliminando, por lo tanto, las múltiples especialidades tradicionalmente vigentes en este terreno; como se ha destacado resumidamente, la CRA introdujo en efecto cambios muy significativos y relevantes en el Derecho matrimonial y particularmente en relación con el régimen de la forma de celebración conyugal, y, más ampliamente, esta norma en su conjunto tuvo una gran importancia en el ordenamiento irlandés en tanto que produjo la gran codificación y modernización del entero sistema registral en este país, hasta entonces conformado por un conjunto de normas dispersas, en gran medida anticuadas y sucesivamente objeto de numerosas modificaciones[90].

Por su parte, la *Civil Registration (Amendment) Act 2012* (en adelante CRAA) vendría ulteriormente a dar satisfacción a quienes habían denunciado reiteradamente la discriminación existente en este ámbito respecto de los grupos ideológicos o filosóficos —y por tanto respecto de quienes forman parte de ellos— a los que, a diferencia de lo prescrito para los grupos religiosos, no se les brindaba la misma posibilidad de que sus propios ritos conyugales viesen también reconocida eventualmente su eficacia civil.

En esta reclamación, de manera muy similar a lo acontecido en Escocia a propósito de la nueva categoría del matrimonio de creencia, jugó un papel decisivo la intensa presión política ejercida especialmente por el grupo de los humanistas (*Humanist Association of Ireland*), de una nada desdeñable implantación social en el país y que desde tiempo atrás venía demandando el reconocimiento estatal de sus privativos ritos seculares de celebración marital.

En lo fundamental, esta nueva ley se limitará a añadir, allí donde proceda, la mención también a los llamados grupos seculares equiparándolos en el contexto del sistema matrimonial a los grupos religiosos, con las consiguientes adaptaciones legales en las distintas fases y aspectos del procedimiento estable-

cido para la válida celebración del connubio, y, asimismo, la norma establecerá expresamente una definición de lo que haya de entenderse legalmente por tales grupos seculares, bastante mas detallada que la que proporciona la ley de 2004 respecto de los grupos religiosos aunque, como se observará, seguramente no menos tautológica que esta última en cuanto a la expresión de los fines que ha de perseguir el grupo en cuestión para ser reconducido a una u otra categoría legal, y, al mismo tiempo, generadora de otros nuevos problemas también ligados al principio de igualdad derivados, por ejemplo, de la instauración de ciertas rigurosas condiciones que la ley exige a los grupos seculares en este ámbito y que sin embargo no se les demandan por igual a las confesiones religiosas.

2. Las características del nuevo régimen común de reconocimiento estatal en el vigente sistema matrimonial irlandés

A) Los requisitos de la fase preliminar en el matrimonio

Bajo la nueva normativa, la llamada fase preliminar o preparatoria del connubio reclama de los contrayentes, sea cual fuere la forma en la que este pretenda celebrarse, tanto la previa comunicación al Registro Civil de la intención de contraer el matrimonio como, asimismo, la obtención de un documento expedido por el encargado del Registro autorizando el futuro enlace.

Para la realización del primero de esos dos trámites (*Notification of Intention to Marry*) los contrayentes, utilizando el correspondiente formulario oficial, deben notificar al Registro su voluntad de contraer matrimonio y han de hacerlo con un mínimo de tres meses de anticipación respecto a la fecha prevista para su celebración, a menos que obtengan judicialmente la correspondiente exención del cumplimiento de este requisito tal y como paralelamente acontecía en el régimen precedente, y, en cualquiera de ambos casos, la ley añade la obligación que se impone a los contrayentes de personarse ante el encargado del Registro, ya sea en su oficina o en algún otro lugar debidamente especificado y antes de que resten cinco días para la prevista celebración del enlace, al objeto de declarar en su presencia que no hay impedimento legal a la válida contracción de ese matrimonio[91].

La ley especifica algunos otros extremos alusivos al desarrollo concreto de este trámite previo tales como la obligación de entregar personalmente la notificación al encargado del Registro o la de acompañarla de aquellos otros documentos que oficialmente pudieran demandarse[92] o, también, la necesidad de que oficialmente sea comunicado por escrito el acuse de recibo de la notificación tanto a los futuros cónyuges como a la persona que habrá de actuar en calidad de celebrante del matrimonio[93], aclarando la norma a este respecto que dicha comunicación no presupone en absoluto la autorización oficial del futuro

enlace[94] y contemplando, en este sentido, la posibilidad de que el encargado del Registro solicite que los contrayentes le proporcionen pruebas adicionales acerca de su identidad o su capacidad matrimonial[95].

Además y al igual que lo estipulado en la regulación precedente, la normativa en vigor proclama el carácter *ad validitatem* del requisito de la notificación previa de la intención de celebrar el matrimonio —aunque limita ese carácter a las actuaciones que corresponde realizar aquí a los contrayentes—, al proclamar su carácter de elemento sustancial en el esquema legal del matrimonio[96], lo que confiere a este expediente preliminar la misma naturaleza esencial que también tiene el régimen de la celebración propiamente dicha en el actual sistema.

Respecto a la posibilidad de ser dispensado judicialmente de la observancia del trámite de la notificación previa, que también contemplaba la normativa anterior, la CRA determina que dicha exoneración podrá tener lugar a solicitud de los contrayentes, incluso realizada esta de manera informal, debiendo tramitarse reservadamente y de forma gratuita para los solicitantes; la concesión judicial de la exención solo podrá producirse si el tribunal llega al convencimiento de que efectivamente existen serias razones que la hacen aconsejable en interés de las partes[97].

Una vez persuadido el encargado del Registro de que se han satisfecho adecuadamente las exigencias legales correspondientes a este primer trámite de la fase preliminar, la ley estipula que aquel habrá de cumplimentar el pertinente documento o certificado matrimonial (*Marriage Registration Form*) y habrá de entregárselo a uno de los contrayentes antes de la formalización del enlace[98], añadiéndose que esta última no podrá tener lugar sin que una de las partes haga entrega de dicho documento al celebrante para que este pueda examinarlo[99].

B) La forma de celebración del matrimonio: el Registro de celebrantes

La CRA establece un único régimen aplicable a la válida celebración del matrimonio, dando así fin, también en este aspecto, a la multiplicidad de estatutos que resultaban aplicables a las diversas formas conyugales en la precedente legislación, y ello queda asegurado al decretar expresamente la nueva normativa la derogación de todas aquellas disposiciones previas que se opongan a lo establecido en ella respecto a la forma de celebración marital[100].

En el sistema vigente, el matrimonio solo puede ser válidamente formalizado en presencia de una persona a la que le haya sido conferida la condición de celebrante registrado (*registered solemniser*) merced a su inclusión en el registro especial creado al efecto por la nueva normativa, al que después aludiré más en detalle[101]; téngase además presente que las referencias que a continuación se hagan a los denominados grupos seculares provienen de la nueva redacción dada a la ley de 2004 por la CRAA.

En primer lugar, la ley exige que el mutuo consentimiento sea prestado ante el celebrante registrado estando presentes ambos contrayentes así como también dos testigos mayores de dieciocho años, en el transcurso de una ceremonia abierta al público y estando convencido el celebrante de que los futuros esposos entienden la naturaleza de la celebración marital que está teniendo lugar tanto como el significado de las declaraciones que legalmente están obligados a realizar[102].

El contenido de esas declaraciones está explicitado por la norma y, básicamente, implica la manifestación de las partes en el sentido de que no existe impedimento que obste legalmente a la validez del enlace, de un lado, y la consabida declaración de los contrayentes aceptándose mutuamente como marido y mujer, de otro[103]; evidenciándose la naturaleza del matrimonio como un contrato consensual —que también lo es formal— y la consiguiente condición del *consensus* como su verdadera causa eficiente, la norma proclama que es, en efecto, a partir del momento en el que se realiza esa segunda mutua declaración cuando las partes serán ya tenidas legalmente por cónyuges[104].

La forma de la ceremonia propiamente dicha, que requiere haber sido aprobada por la máxima autoridad registral en el país, debe precisamente incluir la realización de las mencionadas declaraciones de los contrayentes —y no debe incorporar ningún elemento que pueda entenderse contrario al contenido de las mismas—, y, asimismo y siempre que no se trate de la forma estrictamente civil, ha de haber sido reconocida como válida por el grupo religioso o secular de que se trate[105].

Todos estos requisitos son expresamente considerados por la ley como requisitos sustantivos del matrimonio, de manera que constituyen lo que podemos denominar su forma esencial y, por tanto, su inobservancia determina la nulidad del connubio[106].

Adicionalmente, conviene hacer notar que la ley contempla, asimismo, una modalidad especial de celebración marital prevista para aquellos casos en los que se hiciere necesaria la intervención de un intérprete a causa del desconocimiento de la lengua empleada en la ceremonia por parte de alguno de los intervinientes[107].

Por lo que respecta al lugar en el que podrá llevarse a cabo válidamente la celebración, la ley establece la regla de que el matrimonio podrá formalizarse en cualquier momento y en cualquier lugar elegidos por los contrayentes contando con la conformidad del celebrante registrado, y, además, para el caso de la forma estrictamente civil y cuando se aspire a realizar el enlace fuera de la oficina del Registro, la normativa vigente estipula que el lugar elegido tendrá que haber sido aprobado por la autoridad a la que el celebrante se encuentra subordinado, con sometimiento a las disposiciones reglamentarias producidas sobre el particular[108]; estas últimas, como se ha puesto de relieve, en lo fundamental demandan que se trate de un lugar dotado de la dignidad y el decoro que

requiere el desarrollo de una ceremonia nupcial y que no impida la posibilidad del libre acceso del público a la celebración[109].

Sentadas estas premisas formales, conviene ahora detenerse en el que sin duda podemos considerar como el eje vertebral del nuevo sistema matrimonial o, si se prefiere, la instancia sobre la que se asienta medularmente el vigente régimen común de reconocimiento de la eficacia civil de las diversas formas de celebración conyugal, esto es, el ahora denominado Registro de celebrantes (*Register of Solemnisers*).

La ley ordena a la máxima autoridad registral de la nación (*The Registrar General* o, en gaélico, *An tArd-Chláraitheoir*) la creación y gestión de este Registro especial, que habrá de ser público, señalando que solo quienes se encuentren debidamente inscritos en él tendrán la competencia para celebrar válidamente matrimonios en Irlanda[110].

Será la correspondiente entidad la que habrá de solicitar del Registro General la inscripción a ese propósito de uno de sus empleados, en el supuesto de que se trate de un ente perteneciente a la Administración pública, o de uno de sus miembros, que es la expresión que utiliza la norma para el caso de que la solicitud provenga de una confesión religiosa o de uno de los ahora llamados grupos seculares, debiendo en cualquier caso tratarse de una persona mayor de dieciocho años[111].

Respecto de los requisitos formales que deberá satisfacer la solicitud, la ley inicialmente se remitió en su concreción a lo que reglamentariamente fuese estipulado por parte de la autoridad registral[112], añadiéndose en la reforma de 2012, al hilo de la extensión entonces de este régimen de reconocimiento también a los grupos seculares, la exigencia de presentar un certificado expedido por una de las autoridades del grupo secular en cuestión acreditando la idoneidad de la persona designada, e instaurándose, al mismo tiempo, la obligación impuesta al solicitante, ya sea confesión religiosa o grupo secular, de aportar aquella información que le fuere adicionalmente demandada por parte de la administración registral[113]. La vigente normativa establece además una cautela tendente a garantizar que el número de celebrantes registrados será solo el estrictamente necesario para atender adecuadamente las necesidades de la población en esta materia[114].

Presentada la correspondiente solicitud conforme a las condiciones mencionadas, se habrá de proceder a la inscripción de la persona designada a menos que concurra alguna de las causas de denegación que de manera tasada enuncia la ley, a saber, que a juicio de la autoridad registral —y obviamente al margen de la forma estrictamente civil— el solicitante no sea una confesión religiosa o un grupo secular; que la forma de la ceremonia utilizada por el grupo en cuestión no incluya las declaraciones de los contrayentes requeridas por la ley o sea incompatible con ellas; que esa misma forma de la ceremonia no haya sido formalmente aprobada por la autoridad registral y, por último; que la persona

cuya inscripción se solicita no sea la adecuada (*a fit and proper person*) para asistir como celebrante a la formalización de un matrimonio[115].

Aparentemente, la efectiva concurrencia de los requisitos a los que nos remiten las tres últimas causas de denegación puede verificarse administrativamente, con relativa facilidad, mediante una mera constatación formal que en principio no plantea especiales dificultades.

Sin embargo, la primera de las causas de denegación expuestas, en tanto alude a la ausencia de la condición de grupo religioso o secular en la entidad solicitante, consecuentemente parece apuntar hacia la realización de un juicio sustancial o, si se prefiere, de una calificación material acerca de la verdadera naturaleza del grupo por parte de la autoridad registral.

Y es ahí donde se sitúa el trascendental y conocido problema jurídico que plantea, en este como en otros muchos ordenamientos incluyendo el nuestro, la definición estatal de la religión o de lo religioso, en la medida en la que la denegación de la inscripción de la persona designada, ocasionada por la falta de naturaleza religiosa del grupo solicitante, presupone que el ordenamiento jurídico parte de un cierto concepto de religión, determinado legalmente con mayor o menor precisión pero, al cabo, jurídicamente establecido.

Con la consagración legal de una determinada noción de lo religioso, en este sector del Derecho como en otros en los que aquella puede similarmente tener lugar, se da entrada en escena al que habitualmente se conoce como el *control de religiosidad* —o control estatal de religiosidad—, que por ejemplo ha resultado ciertamente controvertido en el Derecho español fundamentalmente al hilo del trámite de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas[116] pero que, además, se ha suscitado también en el contexto específico del sistema matrimonial en otros ordenamientos de forma muy parecida a como se plantea en el sistema irlandés[117].

En esta ocasión, eso sí, el problema que genera la verificación material por parte de la Administración de la particular naturaleza del grupo se amplia, por así decirlo, en la medida en la que la norma añade a la acuñación de la categoría de la confesión religiosa la de la noción paralela del grupo ideológico o filosófico, aquí denominado grupo secular, de modo que al control estatal de religiosidad que contempla el trámite de acceso al Registro de celebrantes habría que añadir ahora el que bien podríamos denominar *control de secularidad*, aplicable a estos otros grupos cuyos ritos conyugales van a poder ser igualmente reconocidos como válidos en el sistema matrimonial irlandés.

Así pues, lo que una vez más resulta clave en toda esta cuestión es la necesaria elucidación del significado de las categorías jurídicas de confesión religiosa —esto es, de religión o de fines religiosos— y de grupo secular —de fines seculares—, pues estas categorías operan en el seno del sistema matrimonial como presupuestos necesarios para dar paso al reconocimiento de los efectos civiles de los diferentes tipos de ritos conyugales.

A ese propósito hemos de acudir, en primer lugar, a los datos que nos ofrece la propia legislación matrimonial irlandesa en la medida en la que en ella se contengan las correspondientes definiciones alusivas a estas categorías y, asimismo, es pertinente tomar en consideración aquellas otras disposiciones que, no formando parte estrictamente del sistema matrimonial, dan sin embargo también acogida al concepto de confesión religiosa o de fines religiosos, un recurso hermenéutico este último que, por razones obvias, no procede llevar a cabo respecto de la novedosa noción legal del grupo secular, en lo que a mi se me alcanza sin parangón por el momento en otros sectores de la ordenación jurídica ajenos al sistema matrimonial.

En segundo término, es igualmente necesario indagar el sentido de esos conceptos legales en el contexto de la doctrina jurisprudencial, tanto en la recaída en aplicación de esas otras normas pertenecientes a distintos sectores del Derecho en los que también se utiliza la noción de religión o de fines religiosos como especialmente, claro está, en la que eventualmente se establezca a propósito del trámite de acceso al Registro de celebrantes en aquellos supuestos en los que se produzca la denegación de la inscripción registral bajo la correspondiente categoría por carecer el grupo solicitante, a juicio de la Administración, de naturaleza religiosa; a este respecto, la ley determina que la resolución eventualmente denegatoria del acceso al Registro de la persona designada está sujeta a la exigencia de motivación y, asimismo, deberá ser notificada por escrito tanto a dicha persona como a la entidad solicitante, tras de lo cual y una vez agotada la vía administrativa se abre el cauce judicial, atribuyéndose en este caso la competencia a la *Circuit Court* bajo las condiciones específicamente prescritas por la norma[118].

Desde estas premisas, veamos seguidamente cuál es ese significado que cabe jurídicamente conferir a las nociones de confesión religiosa y de grupo secular a los efectos de su aplicación al mecanismo de reconocimiento de las diversas formas religiosas maritales instaurado por la vigente legislación.

C) El significado del concepto legal de confesión religiosa

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, como es sabido, los ordenamientos de la órbita anglosajona se caracterizan por la incorporación a las leyes de ciertos preceptos expresamente aclaratorios del significado de algunas de las expresiones o categorías más frecuentadas por la norma y que, por alguna razón, se estiman necesitadas de una tal aclaración.

La CRA no constituye una excepción en este sentido pero, desafortunadamente para el propósito que ahora nos anima, el auxilio hermenéutico que cabe extraer de la correspondiente disposición de esta ley es más bien escaso, ya que la definición que se nos brinda de la categoría de la confesión religiosa —del grupo religioso— es visiblemente tautológica.

Así en efecto, para la sección 45 de la CRA, que se desarrolla bajo el significativo epígrafe «Definiciones», en el contexto del sistema matrimonial por grupo religioso se ha de entender aquel grupo integrado por personas que ordinariamente se reúnen para el culto religioso en común[119].

De este modo, la cuestión parece trasladarse a lo que haya de entenderse a efectos legales por culto religioso o, en definitiva, por fines religiosos, y es entonces cuando hemos de acudir tanto a los antecedentes normativos del vigente sistema matrimonial en los que tales categorías hayan tenido históricamente algún reflejo como, también, a aquellas otras disposiciones vigentes que, aun no formando parte estrictamente del sistema matrimonial, han dado acogida a estas o a otras nociones semejantes, y, como es natural, habremos de tomar también en la debida consideración el contenido de la doctrina jurisprudencial sentada al hilo de la aplicación de estas normas.

En el primer caso, como se pudo comprobar, bajo el régimen desarrollado a partir de lo previsto inicialmente por la MIA se contemplaba en determinados supuestos la posibilidad de celebrar el matrimonio en un lugar de culto registrado, y a esos efectos la normativa entonces vigente establecía un procedimiento específico destinado a posibilitar el registro de los lugares de culto; no obstante, tampoco el examen de esta regulación específica permite arrojar mayor luz sobre el significado legal de la noción de culto religioso, pues aquella en lo esencial se limita a reclamar del solicitante una declaración acerca de que efectivamente se trata de un lugar que está siendo utilizado para el culto religioso, sin aclarar la ley lo que haya de entenderse exactamente por tal[120].

Así pues y ante la falta de resultados en el contexto tanto de los precedentes normativos como de la regulación actual de este específico sector del ordenamiento, el intérprete ha de volver su mirada más ampliamente hacia la legislación irlandesa para tratar de indagar el sentido de la categoría de confesión o de fines religiosos en el seno de otras disposiciones, ajenas al sistema matrimonial pero en las que una tal noción desempeña también la misma o una similar función selectiva, y es aquí donde cobra una especial importancia, al igual que efectivamente acontece en otros ordenamientos también del ámbito anglosajón, el examen del régimen jurídico aplicable a las entidades sin ánimo de lucro (*charities*), habida cuenta de que en dicho régimen se reserva un estatuto especial previsto precisamente para aquellas entidades que persigan fines religiosos (las llamadas *religious charities*)[121].

Dicho en términos muy generales, las confesiones religiosas pueden aspirar a ser reconocidas oficialmente, junto a otro tipo de organizaciones, como entidades sin ánimo de lucro, lo que conlleva su sometimiento a un estatuto tributario especialmente beneficioso y en el caso irlandés, además, tradicionalmente ha implicado su acceso a otros tipos de financiación pública, incluso de financiación directa vinculada a la concurrencia de estas organizaciones en la prestación de determinados servicios educativos y sanitarios.

Actualmente, la legislación aplicable en este campo tiene como eje central lo estipulado en la *Charities Act 2009*[122], una norma que por primera vez instaura en el país un sistema obligatorio de registro de estas entidades semejante al que ya existía en otros ordenamientos cercanos y gestionado por la denominada *Charities Regulatory Authority*.

En todo caso hay que destacar, por un lado, que el sistema previsto por esta ley no se ha puesto en práctica en muchos de sus aspectos sino desde hace escasos meses, cuando se produjo el correspondiente desarrollo reglamentario que se había demorado notablemente —en otros aspectos ese desarrollo aún no ha tenido lugar—, y, por otro, hay que subrayar también que la nueva legislación no ha supuesto el cambio de la definición de los fines religiosos como posibles fines de la entidad sin ánimo de lucro que tradicionalmente imperaba en el Derecho irlandés, ligada dicha definición a las reglas del *common law* y en lo esencial consagrada normativamente en varias leyes sobre esta materia, a su vez inspiradas en el correspondiente modelo inglés[123], razón esta última por la cual, según se ha hecho notar, no es previsible que la nueva normativa dé origen a mayores dificultades definitorias en este ámbito que las que ya hubieren tenido lugar en el pasado[124].

Así en efecto, la normativa en vigor considera a los fines religiosos (*purposes for the advancement of religion*) como uno de los tipos de finalidades que pueden dar lugar a la consideración del grupo en cuestión como una entidad sin ánimo de lucro (*charitable purposes*), y, además, la ley manifiesta un cierto trato preferencial en beneficio de estos grupos religiosos ya que, si bien establece que todos los tipos de fines enumerados habrán de ser de interés público (dando lugar al que se conoce como el *public benefit test*[125]), en el caso de las entidades con fines religiosos la norma específicamente declara la presunción, salvo prueba en contrario, de que estas lo son[126]; esta concreta opción legislativa, en tanto privilegia en este aspecto a los grupos religiosos respecto de los que carecen de esa naturaleza parecería, *prima facie*, difícilmente conciliable con la prohibición de discriminación basada en la profesión de una religión o creencia consagrada en el artículo 44.2.3 de la Constitución, pero, sin embargo, el sede jurisprudencial se ha avalado la validez de esa opción normativa y su conformidad con ese mismo marco constitucional e incluso, a la luz de lo establecido en este último, se ha considerado que esa idea de la preferencia estatal por lo religioso tiene un alcance general en el seno del ordenamiento irlandés[127], cuestión que ya quedó explicada al exponer sumariamente las coordenadas constitucionales en las que se enmarca el objeto de este estudio.

En realidad, como puede apreciarse, el legislador no entra aquí a definir materialmente lo que es la religión o los fines religiosos[128] y, más bien, da la sensación de que presupone y da por sentada una noción que parece identificar con la idea que de la religión y de las confesiones se tiene comúnmente en la sociedad, lo que conduce inevitablemente, una vez más y como suele ocurrir

en este tema de la definición legal de la religión, a la adopción de un criterio definitorio escasamente clarificador por tautológico. Algo así como declarar que a efectos legales son fines religiosos aquellos que persigan las confesiones religiosas; esto último queda implícitamente de manifiesto, por ejemplo, cuando la ley estipula que los términos en los que debe concretarse la donación, para que esta caiga bajo el ámbito de aplicación de aquella y pueda ser considerada como una donación para la satisfacción de fines religiosos, habrán de ser conformes a las leyes, cánones, ordenanzas y principios de la religión concernida[129].

Ello aparte, adicionalmente, la norma nos proporciona otro elemento que en apariencia implica alguna mayor concreción de lo que debemos entender por fines religiosos, en la medida en la que se determina que una tal donación no será considerada hecha con esos fines, en este particular contexto regulatorio, si tiene por destinatario a un grupo cuyo principal objetivo sea el lucro o que ejerza una ilegítima manipulación psicológica (*oppressive psychological manipulation*) sobre sus miembros o sobre las personas a las que aspire a reclutar[130]. Sin embargo, tampoco resulta especialmente esclarecedora a todo este propósito la peculiar mención a los grupos que utilicen esos denominados medios de manipulación psicológica opresiva, una expresión jurídicamente indeterminada en grado sumo y que se antoja, como mínimo, muy problemática en su aplicación efectiva[131]; al cabo, la razón por la que ley excluye a esos grupos del régimen de las *religious charities* no es otra que la de que estos desarrollan una actividad ilícita, lo que situaría el problema más bien en el terreno de los límites de la libertad religiosa, pero no parece estar afirmándose con ello que esos grupos carezcan de naturaleza religiosa a efectos legales pues es la propia norma la que se refiere a ellos como *cultos*.

El nuevo mecanismo registral consagrado por la ley de 2009 conlleva explícitamente la posibilidad de recurrir las decisiones del órgano administrativo gestor ante un tribunal especial creado a ese propósito por la norma y, asimismo, contempla la posibilidad de que las decisiones de ese tribunal especial sean a su vez ulteriormente recurridas ante las instancias judiciales ordinarias, en este caso la *High Court*[132], de manera que a medida que se vaya produciendo la aplicación de este sistema es de esperar que la doctrina, tanto de uno como de otro órgano de apelación, nos proporcione nuevos elementos hermenéuticos en relación con la determinación del significado legal del concepto de los fines religiosos.

No obstante y habida cuenta de que la ley de 2009, como decía, no ha variado sustancialmente la definición de lo que ha de entenderse por fines religiosos en el contexto del estatuto de las entidades sin ánimo de lucro, es de suponer que la doctrina de esas dos citadas instancias no se apartará en lo esencial del sentido de la jurisprudencia recaída hasta la fecha en materia de *religious charities* y, por ello, conviene ahora hacer al menos una breve exposición de sus más relevantes determinaciones en este terreno en lo que concierne a la noción de religión o de fines religiosos legalmente consagrada.

De entrada, en este ámbito los tribunales de justicia se han mantenido fieles a un principio basilar que fue tempranamente establecido en una sentencia de principios del siglo pasado, a cuyo tenor no corresponde al Estado realizar ningún juicio de valor acerca de la legitimidad, verdad o solidez de una determinada doctrina religiosa, debiendo limitarse los poderes públicos a verificar que dicha doctrina no sea contraria a la moral o al orden público a los efectos legalmente establecidos[133], un criterio que en lo sustancial es coincidente con el que rige en el seno del sistema de derechos fundamentales del Consejo de Europa, allí donde también ha quedado vetado cualquier juicio de valor acerca de la legitimidad de las creencias religiosas o sobre las distintas modalidades de expresión de las mismas[134].

Ahora bien, el hecho de que los tribunales hayan renunciado a valorar si una determinada doctrina religiosa es o no verdadera o más o menos legítima no quiere decir, ni mucho menos, que hayan renunciado también a determinar si esa misma doctrina es o no propiamente religiosa, un juicio este que se ve lógicamente estimulado por la previa demarcación legal de una categoría jurídica cuyo rasgo distintivo es, justamente, el de los fines religiosos.

Y así, la jurisprudencia irlandesa ha venido adoptando aquí una noción de la religión o de lo religioso que, de manera inequívoca, se encontraría en abierta relación de dependencia respecto de lo establecido literalmente en el artículo 44.1 de la Constitución —y también, claro está, respecto de lo reflejado en su preámbulo—, lo que viene a significar que los tribunales han optado por considerar que, legalmente y por expresarlo de manera simplificada, la religión será aquello que se parezca sustancialmente a las que podríamos considerar religiones tradicionales (*the long-established religions*[135]) y, más concretamente, aquello que se identifique en sus caracteres esenciales con las religiones que, como es el caso del cristianismo al que implícitamente remiten esos enunciados iusfundamentales, comporten la creencia en Dios o en un Ser superior e impliquen algún tipo de actividad comunitaria de culto y reverencia a esa deidad por parte de sus miembros.

A diferencia de lo que ha acontecido en el régimen de las *religious charities* instaurado en otros ordenamientos cercanos como por ejemplo el de Inglaterra[136] o el de Irlanda del Norte[137], el legislador irlandés se ha mostrado hasta la fecha refractario a ampliar el concepto de confesión religiosa para hacerlo extensible también a aquellos grupos que no profesan creencia en Dios alguno, manteniéndose invariable el requisito a estos efectos de la creencia en un Ser Superior, y, además, también a causa de esa suerte de identificación entre la noción legal de lo religioso y el ámbito de las religiones tradicionalmente de mayor arraigo social —entre ellas, destacadamente, el de las religiones cristianas—, la determinación de la naturaleza religiosa del grupo en el contexto del régimen de las entidades sin ánimo de lucro ha venido pasando también, efectivamente, por la detección judicial en dicho grupo de algún tipo de actividad de culto o

veneración colectivos (*worship*). Como se ha advertido resumiendo el sentido de esta doctrina jurisprudencial, de un lado se ha de constatar la existencia de lo que podríamos llamar un específico y distintivo cuerpo de doctrina (*religious tenets, doctrines, etc*.) y, de otro, esa actividad de culto ha de revestir al menos alguna de las siguientes características: sumisión al objeto de veneración (una deidad o un ser superior); culto o veneración a dicho objeto; alabanza, acción de gracias, oración o intercesión[138].

En todo caso y adoptando una perspectiva más amplia no circunscrita al régimen de las *charities*, hay que tener en cuenta que, como se ha puesto de relieve, por un lado los tribunales han declarado que la garantía constitucional de la libertad religiosa se extiende más allá del ámbito de las religiones cristianas monoteístas y ampara por tanto también a aquellas confesiones que se reclaman politeístas tales como el hinduismo, y, por otro, en contraste con el antes referido criterio legal y por ende con la tradicional concepción del *common law* de la que este es un fiel reflejo, la praxis administrativa ha propiciado eventualmente la concesión del estatus de entidad sin ánimo de lucro también a ciertas entidades budistas que, como se sabe, no implican la creencia en una deidad o en un ser superior[139].

Desde la óptica del sistema de derechos fundamentales esto es efectivamente así pues, como se ha subrayado, aunque los tribunales tradicionalmente han tratado de eludir este delicado tema de la definición de lo religioso a la hora de interpretar y aplicar las garantías constitucionales, el hecho de que sea una concepción teísta de la religión la que parece subyacer al contenido del artículo 44 de la ley fundamental no significa que la garantía constitucional de la libertad religiosa no deba entenderse también aplicable a otras doctrinas o sistemas de creencias tales como el budismo o el taoísmo, siendo esta en última instancia una cuestión que, ante la inexistencia jurídica de una definición omnicomprensiva de la religión (*an omnibus definition of religion*), parece abocada a su resolución casuística en sede jurisprudencial[140]; en general, como se ha puesto de relieve, la idea que parece prevalecer en la jurisprudencia sobre este tema es la de que indudablemente quedará bajo el amparo de la libertad religiosa la manifestación de aquellas creencias que sean propias de las religiones que son generalizadamente reconocidas como tales en la sociedad, y que lo han venido siendo históricamente, sean o no religiones teístas, y será consecuentemente más problemática la inclusión en ese ámbito de tutela de aquellos otros sistemas de creencias característicos de los llamados nuevos movimientos religiosos[141].

Los tribunales en este campo, aparentemente conscientes en efecto de que se trata de una cuestión jurídicamente en extremo delicada, como decía por lo general han tratado de evitarla y se han solido mover en una suerte de territorio intermedio en el que, por un lado, han aceptado el menos problemático criterio que podríamos llamar de la autocalificación del grupo, a cuyo tenor los poderes públicos han de entender amparadas por la libertad religiosa las

creencias de aquellos grupos —y de quienes a ellos pertenecen— que dicen ser grupos religiosos, y, por otro, han avalado no obstante la existencia de un legítimo margen de apreciación judicial en la que se estima ha de ser, en última instancia, una determinación caso a caso de la naturaleza efectivamente religiosa o no del grupo[142].

Así pues, cuando se trata de la determinación del significado jurídico de la noción de religión o de fines religiosos, en el ordenamiento irlandés se observa una cierta discordancia entre el amplio concepto empleado para delimitar el ámbito de amparo constitucional del derecho fundamental de libertad religiosa, de un lado, y el más restringido entendimiento de aquellas nociones que tiene lugar en otros sectores específicos de la ordenación legal como es el caso de la legislación sobre las entidades sin ánimo de lucro, de otro. Este es, por lo demás, un fenómeno similarmente apreciable en las restantes jurisdicciones de la órbita del *common law* y, pese a que algunos autores han estimado que ello no resulta tan problemático como pudiera tal vez parecer bajo la premisa, en mi opinión muy discutible, de que la denegación del acceso a la condición de *religious charity* no interfiere en el ejercicio de su libertad religiosa por parte de la entidad solicitante[143], lo cierto es que esta es una cuestión doctrinalmente controvertida y actualmente abierta a la discusión científica[144].

Pero conviene en todo caso no olvidar que el verdadero problema jurídico que plantea toda esta cuestión proviene, en su origen, de la previa opción normativa por la delimitación de un ámbito especial de regulación en función de la naturaleza religiosa del objeto regulado, ya sea este de orden legal o de carácter constitucional y alusivo al estatuto de los derechos fundamentales, y lo cierto es que en este último caso, pese a adoptar un criterio algo más amplio acerca de lo religioso la jurisprudencia se ve lastrada, seguramente de manera inevitable, esencialmente por los mismos problemas definitorios que se observan a propósito de la aplicación de aquellas categorías que se delimitan en el plano del desarrollo legislativo con esa misma connotación. El ejemplo acaso más palmario de todo ello lo constituye la argumentación del juez GEOGHEGAN del Tribunal Supremo cuando, a propósito de un caso concerniente a la Iglesia de la Cienciología, señala incidentalmente, de manera incluso algo displicente, que la cuestión acerca de si esta es o no una religión es de una importancia tal que no puede dejarse al albur de lo que se derive de una serie de decisiones judiciales recaídas en materia fiscal, pero sin entrar a continuación a proporcionar, como parecería lo necesario, su propio criterio sobre el particular y limitándose este magistrado a señalar elusivamente que se trata de una cuestión aún mundialmente muy controvertida[145].

Estamos en definitiva, dicho ahora en términos resumidos, ante el dilema aplicativo que tan conocido resultará sin duda a los cultivadores de este sector del ordenamiento que solemos etiquetar como el de las relaciones Iglesia-Estado, derivado aquel, inevitablemente, de una previa y determinada opción reguladora

como es la del estatuto especial de la libertad religiosa y el régimen jurídico especial aplicable en ciertos aspectos al llamado factor social religioso, un dilema que, como se ha puesto de relieve, afecta al Derecho irlandés exactamente en los mismos términos en que lo hace a cualquier otro ordenamiento en el que también se haya optado, ya desde el mismo plano iusfundamental, por demarcar un ámbito específico de regulación para las entidades o los fines religiosos[146]. Los problemas que plantea esa concepción y ese tratamiento especiales de lo religioso en sede jurídica atañen, como se sabe, no solo a su relación con el principio de igualdad entre las convicciones religiosas y las que no lo son sino, también, a su vinculación con el principio de aconfesionalidad y con la incompetencia del Estado en materia religiosa que normalmente se entiende derivada de este último, lo que en el caso de los ordenamientos anglosajones se suele cifrar más concretamente en la prohibición constitucional de excesiva implicación estatal en los asuntos religiosos (*excessive entanglement*), y es precisamente esta última razón la que, por ejemplo, ha llevado ocasionalmente incluso a proponer la supresión de la categoría de las *religious charities* como categoría especial contemplada en este caso por el Derecho inglés[147].

Todo ello nos resulta a algunos en efecto ciertamente familiar y está además estrechamente conectado con el debate acerca de la concepción y el significado de la libertad ideológica y religiosa en los textos constitucionales y, entre ellos, también en el nuestro[148].

En todo caso y volviendo ya al vigente sistema matrimonial y al régimen de reconocimiento de las formas religiosas instaurado por la CRA, lo cierto es que el análisis de la praxis administrativa desarrollada hasta la fecha nos revela que, en este campo, se ha optado por un criterio muy amplio de religión, más próximo a la concepción imperante al hilo de la determinación del ámbito objetivo de la libertad religiosa, y así puede comprobarse al examinar el muy extenso listado de personas inscritas en el Registro de celebrantes, la inmensa mayor parte de ellas pertenecientes a confesiones religiosas teístas o incluso en algún caso politeístas (hay también registrados celebrantes de profesión pagana, pertenecientes a la *Pagan Federation Ireland*), pero otras, por el contrario, vinculadas en el Registro por ejemplo a entidades budistas, y en cualquier caso todas ellas formalmente registradas bajo la categoría correspondiente a las formas *religiosas* de celebración conyugal[149].

Sin embargo, como se anticipó, es también notorio que el artículo 45 de la CRA circunscribe la definición de lo que haya de entenderse por grupos religiosos en este campo a aquellos grupos que se reúnan regularmente para el culto religioso en común (*common religious workship*), y, por tanto, ello representa una limitación que, al menos en este aspecto concreto, sí está en consonancia con el más restringido criterio adoptado en el contexto de la legislación sobre las entidades religiosas sin ánimo de lucro y que, como se ha sugerido en sede doctrinal, en tanto que discordante con la más amplia noción

del objeto protegido por la garantía constitucional de la libertad religiosa, en materia matrimonial pudiera resultar contraria a la prohibición de discriminación basada en la profesión de una religión o creencia consagrada también en el texto fundamental, especialmente a la luz de las exigencias derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos que desde 2003 tiene en Irlanda los ya relatados efectos interpretativos[150]. Obviamente, de darse por buena la sugerencia de este autor habría que propugnar también la posible inconstitucionalidad del más estricto criterio de lo religioso paralelamente adoptado por la normativa irlandesa sobre las entidades sin ánimo de lucro, asimismo disconforme con la garantía iusfundamental del principio de no discriminación, y lo cierto es que ese es un problema que, de hecho, se ha planteado también, y exactamente en los mismos términos, en el seno del Derecho de Inglaterra a propósito del conflicto generado por la falta de sintonía entre lo previsto en el artículo 9 del CEDH —con similares efectos interpretativos en el ordenamiento inglés a raíz de la promulgación de la *Human Rights Act 1998*— y el restringido concepto de lo religioso que tradicionalmente caracterizó también en este otro país al estatuto de las *religious charities*[151].

Así pues, en el marco del sistema matrimonial, puede apreciarse que la CRA ha optado por lo que podríamos denominar una suerte de vía intermedia entre, de un lado, la más amplia noción de religión que se desenvuelve en el terreno de la protección constitucional de la libertad religiosa y del principio de igualdad y no discriminación (admitiéndose también las religiones politeístas o incluso las no teístas), y, de otro, el concepto más restringido del grupo religioso cercano a la idea que comúnmente se tiene de las religiones tradicionales o más conocidas y sustancialmente coincidente con el que se aplica en el régimen irlandés de las *charities* (reclamándose una actividad continuada de culto colectivo).

La impresión de que el segundo de los aspectos señalados pudiera resultar contrario a las garantías constitucionales en materia de libertad e igualdad religiosas se ve además especialmente estimulada por el hecho de que, desde 2003, el concepto amplio de religión que ha de manejarse aquí está respaldado por ese mismo entendimiento amplio que ha establecido la jurisprudencia de Estrasburgo del objeto tutelado por el artículo 9 del Convenio Europeo.

D) La novedosa categoría jurídica de los grupos seculares

La introducción por parte de la *Civil Registration (Amendment) Act 2012* de la novedosa categoría de los grupos seculares, con el consabido propósito de admitir el acceso a la eficacia civil de sus específicos ritos conyugales junto a los propios de las confesiones religiosas, vino acompañada de una muy extensa cláusula pretendidamente aclaratoria del significado jurídico de esa nueva creación legal.

Y así, a tenor de lo estipulado en la sección 3 de la CRAA, en el contexto del sistema matrimonial por grupo secular ha de entenderse aquel grupo organizado de personas que reúna las siguientes características: *a)* ha de tener al menos cincuenta miembros; *b)* sus fines principales han de ser seculares, éticos y humanistas (*secular, ethical and humanist*); *c)* sus miembros han de reunirse regularmente en relación con la profesión de sus creencias y la promoción de sus fines; *d)* sus reglas relativas al matrimonio o a su celebración no deben contravenir en modo alguno lo estipulado en la vigente legislación; *e)* debe demostrar ante la máxima autoridad registral que goza de los procedimientos adecuados de selección, formación y acreditación de sus miembros como personas apropiadas para celebrar matrimonios; *f)* ha de tratarse de un grupo que, en el momento de la solicitud de acceso de uno de sus miembros al Registro de celebrantes, debe tener al menos cinco años de existencia como tal grupo; *g)* ha de ser acreedor, al igual que lo son las confesiones religiosas, a las mismas exenciones fiscales que la ley contempla para las entidades sin ánimo de lucro —especificándose una serie de requisitos en este sentido—; *h)* ha de ser un grupo entre cuyos principales objetivos no esté el ánimo de lucro y, por último; *i)* ha de mantener un adecuado Registro de sus miembros[152].

En esta ocasión y al igual que acontece respecto de las confesiones, la mayor complicación que plantea jurídicamente este asunto radica en la explicitación legal de los fines que ha de perseguir el grupo en cuestión, ostensiblemente tampoco exenta aquí de una cierta connotación tautológica (un grupo secular es aquel que persiga fines seculares…).

No obstante, por un lado, la norma menciona además los fines éticos y humanistas que deben caracterizar a estos grupos y, por otro, tal vez consciente el legislador de que, pese a ello, ese enunciado teleológico no resulta por sí mismo lo suficientemente esclarecedor, la CRAA completa el contenido de su cláusula aclaratoria enumerando una serie de grupos sociales a los que explícitamente niega la condición de grupos seculares a los efectos de lo previsto en el sistema matrimonial irlandés.

Esa enumeración incluye a los siguientes grupos: *a)* los partidos políticos o los grupos que apoyen o promuevan a un partido político o a uno de sus candidatos; *b)* los grupos que promuevan una causa política; *c)* determinados grupos dotados de un estatuto fiscal específico tales como las entidades deportivas o de promoción del deporte; *d)* los sindicatos y las organizaciones empresariales; *e)* las cámaras de comercio y, finalmente; *f)* aquellos grupos que persigan fines que sean ilícitos, contrarios a la moral pública o al orden público, que estén puestos al servicio del terrorismo o de las actividades terroristas o, para terminar, que beneficien a una organización ilícita[153].

Dado el escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la CRAA, que se produjo concretamente en el mes de enero del año 2013, seguramente es todavía pronto para valorar el verdadero alcance práctico de la reforma y para

tener los suficientes elementos de juicio, particularmente en lo que atañe tanto a la praxis administrativa como a la doctrina judicial a que pueda dar lugar la eventual impugnación de dicha praxis, que nos permitan formular con la suficiente solidez una teoría más detallada sobre el sentido que legalmente se confiere a la expresión «fines seculares, éticos y humanistas» en el ordenamiento irlandés y, consecuentemente, sobre el significado jurídico de la categoría del grupo secular.

Sin duda puede llamar la atención esa enumeración tan prolija de los grupos excluidos así como la mención específica a algunos de ellos que en todo caso, a priori, difícilmente cabría pensar que poseen o están interesados en poseer sus propios ritos conyugales y en ver eventualmente reconocida su eficacia civil (el caso de algunos como las cámaras de comercio se antoja aquí, si se me permite, particularmente cómico), y, al mismo tiempo, parece también evidente que ese listado legal da entrada en esta materia a algunas cuestiones potencialmente controvertidas y jurídicamente muy delicadas, tales como la necesidad de concretar *ad casum* algunos de los conceptos indeterminados que menciona la disposición y que operan aquí con el efecto limitador que se ha descrito o, también, la que puede suscitarse a propósito de la desigualdad de trato que representa el exigir a los grupos seculares a estos efectos algunos requisitos que, como se ha podido comprobar, no se reclaman sin embargo a las confesiones religiosas; estos requisitos sí se les exigen a las confesiones para no quedar excluidas de la posibilidad de ser reconocidas como *charities* (son, de hecho y no por casualidad, los mismos requisitos que en ese sentido establece la *Charities Act 2009*), pero no para que aquellas puedan ver eventualmente reconocidos los efectos civiles de sus ritos conyugales.

Sobre este último aspecto, de hecho, socialmente se han alzado ya algunas voces denunciando la discriminación existente en este terreno tanto entre los grupos religiosos y los seculares como, también, entre los grupos seculares entre sí (alegando en este caso que se han establecido distinciones entre estos últimos que resultan injustificadas respecto del propósito que persigue la ley), y, de un modo particularmente conspicuo, en los últimos tiempos viene desarrollándose una notable presión en ese sentido por parte de algunas organizaciones como es el caso, por ejemplo, de *Atheist Ireland*[154].

Posiblemente solo el paso del tiempo y la paulatina aplicación y desarrollo de este nuevo régimen de reconocimiento de las diversas formas de celebración marital, por la vía tanto de la praxis administrativa como de la jurisprudencia eventualmente sentada en torno a ella, harán posible llevar a cabo una más acabada construcción dogmática que permita explicar con mayor penetración el sentido de las disposiciones que actualmente conforman este sector del ordenamiento irlandés pero, por el momento y con los datos hasta ahora disponibles, quizás no sea del todo inadecuado cerrar estas páginas formulando algunas breves consideraciones conclusivas extraídas de una valoración global y sistemática de toda esta cuestión.

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES

La introducción de la nueva categoría de los grupos seculares en el marco del sistema matrimonial merece sin duda, en mi opinión, un juicio favorable desde la perspectiva de la efectiva vigencia del principio de igualdad en el ejercicio del derecho a contraer matrimonio, desde la óptica, en suma, de la garantía constitucional de la no discriminación por razón de religión o creencias en materia matrimonial, especialmente teniendo en cuenta que nos encontramos en un terreno, el del estatuto de la celebración conyugal, tan marcadamente accesorio o instrumental respecto de la primacía del consentimiento como elemento central al esquema legal del matrimonio y que, por ello mismo, pone aún más al descubierto si cabe lo injustificado e innecesario de las diferencias normativas tradicionalmente existentes entre unas u otras formas de celebración. Pero lo cierto es que, siendo lo verdaderamente relevante en este asunto la posibilidad de acreditar de manera adecuada y suficiente la efectiva concurrencia del *consensus* y pudiendo ello ser garantizado mediante la implantación de unos mínimos y comunes requisitos instaurados a ese propósito, si el establecimiento de regímenes distintos y más o menos rigurosos entre las diversas modalidades conyugales se antojaba antes, cuando se daba entre las diversas formas religiosas, arbitrario y carente de justificación constitucional, otro tanto puede decirse, y por la misma razón, de la diferencia de trato que aún se aprecia en este ámbito entre las formas religiosas y las seculares.

En un plano meramente dialéctico y precisamente a la luz de ese carácter básicamente instrumental de la forma de celebración, si se pretendía garantizar esa igualdad hasta el momento inexistente quizás hubiese resultado más lógico establecer un régimen verdaderamente común y ni tan siquiera distinguir aquí jurídicamente entre los grupos religiosos y los seculares, pero al no haberlo hecho así el legislador se ha visto en la necesidad de identificar a los grupos seculares a los que dedica un estatuto propio en esta materia y consiguientemente de definirlos en función de la peculiar naturaleza de sus fines, dando con ello entrada en escena a un problema similar al de la definición legal de la categoría de religión o de fines religiosos, pero en esta ocasión trasladado al ámbito de los ahora reconocidos como fines seculares. Sin entrar ahora en excesivas honduras, baste señalar que la dificultad de definir en sede jurídica lo que haya de entenderse por grupos seculares y su diferenciación, por contraste, respecto de los grupos religiosos, ha quedado de manifiesto en la poco menos que vidriosa e incierta demarcación legal en la CRAA del ámbito de los fines que caracterizan a los primeros, pues difícilmente puede no apreciarse, también en el contexto de las finalidades propias de las comúnmente aceptadas como religiones tradicionales, la presencia de elementos que sin mucho esfuerzo cabría tildar de éticos o humanistas, y valga como ejemplo de ello, por solo mencionar un supuesto particularmente obvio a este respecto, la general concepción del

llamado humanismo cristiano como una corriente de pensamiento de inequívoca índole religiosa.

La distinción, desde las premisas apuntadas, se intuye además particularmente innecesaria habida cuenta de que, en lo fundamental, el contenido material del régimen de reconocimiento de la eficacia de unas u otras formas de celebración conyugal, religiosas o seculares, es esencialmente el mismo en la normativa actual, de manera que aparentemente algunos de esos problemas derivados del mantenimiento de esa línea divisoria entre unos y otros tipos de grupos sociales podrían haberse evitado mediante la consagración de un régimen plenamente común para todas las modalidades formales, sin graves dificultades de adaptación sistemática. Otra cosa son los obstáculos que hubiera tenido que enfrentar una tal implantación de un régimen verdaderamente común de reconocimiento, derivados de la fuerte oposición que previsiblemente hubieran planteado las confesiones religiosas, tal y como de hecho ya sugiriese implícitamente alguno de los informes oficiales a los que me he referido en estas páginas y que apuntaba, reveladoramente, a la necesidad de consultar previamente con dichas confesiones una hipotética reforma legal en esa línea, aunque he de reconocer que esto entra ya en el terreno de las especulaciones por más que sea muy razonable suponer que algo así hubiese acontecido de haberse llevado a cabo esa modificación legal.

En todo caso, visto desde el prisma de la concepción unitaria de la libertad de religión o creencias y de la prohibición de discriminación que afecta al tratamiento jurídico concedido a la libre manifestación de las convicciones religiosas y no religiosas, la distinción actualmente existente en el sistema matrimonial irlandés entre el régimen, algo más restrictivo, de las formas propias de los grupos seculares y el de las formas religiosas, en mi opinión resulta constitucionalmente injustificada. En este sentido, la incorporación en 2003 del Convenio Europeo al ordenamiento de este país con los ya conocidos efectos interpretativos presumiblemente habrá de jugar un papel esencial en este asunto, habida cuenta de la igualdad de trato que ha de dispensarse a las convicciones religiosas respecto de las que no lo son, según lo declarado por la jurisprudencia de Estrasburgo sobre el artículo 9 del Convenio.

Con todo, tampoco podemos olvidar un dato que, tal y como quedó apuntado al comienzo de estas páginas, caracteriza al ordenamiento irlandés e interfiere, de manera además en apariencia determinante, en esa dinámica derivada de la inexcusable repercusión hermenéutica del Convenio Europeo sobre el ordenamiento de este país en relación con la garantía constitucional de la libertad religiosa en plano de igualdad: es la propia Constitución irlandesa la que paradójicamente, al tiempo que proclama la libertad religiosa y la prohibición de discriminación por razón de la profesión o no de una fe religiosa, manifiesta en algunos de sus preceptos una opción preferencial por la religión que así ha sido entendida a menudo en sede judicial y que, como han denunciado no pocos autores, con-

diciona en muchas ocasiones, desvirtuándola, la efectiva tutela iusfundamental del principio de igualdad en esta materia.

Esa suerte de contradicción interna dentro del propio esquema constitucional de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales dota al ordenamiento irlandés de unos caracteres sumamente peculiares y, por tanto, el hipotético planteamiento de un conflicto de constitucionalidad en el sentido apuntado, tanto a propósito de esta faceta discriminatoria del sistema matrimonial irlandés como de otras similares apreciables en otros sectores normativos, se antoja aquí especialmente difícil de concretar y, de antemano, casi con toda seguridad condenado al fracaso.

Por lo demás, la experiencia viene demostrando que semejante impugnación de la constitucionalidad del sistema es más que improbable, pues lo cierto es que por el momento es solo el grupo de los humanistas, de hecho el principal impulsor de la reforma legal de 2012, el que parece interesado en llevar a cabo sus ritos conyugales con eficacia civil y hasta la fecha no ha dado muestras de su disconformidad con la nueva normativa, al margen, eso sí, de ciertos aspectos colaterales no relacionados con la desigualdad que en algunas facetas atañe al régimen de los grupos religiosos y al de los que no lo son; las organizaciones ateas por lo general reconocen no poseer sus propios ritos conyugales pese a lo cual sí han expresado públicamente su desacuerdo con el carácter discriminatorio del sistema, y tal vez pueda ello dar lugar en el futuro a su impugnación judicial; solo el paso del tiempo nos dará la respuesta.

V. BIBLIOGRAFÍA

BARRET, R. Church and State in light of the Report of the Irish Constitution Review Group, en *Dublin University Law Journal*, 20 (1998).

BEIRNE, L. Recent Developments in Charities Regulation, en *The Bar Review*, vols. 19-6 (2014).

BEW, P. *Ireland. The Politics of Enmity 1789-2006*, Oxford, 2007.

BREEN, O. B. Neighbouring perspectives: legal and practical implications of charity regulatory reform in Ireland and Northern Ireland, en *Northern Ireland Legal Quarterly*, 59-2 (2008).

BROWN, E. Committed relationships and the law: the impact of the European Convention on Human Rights, en O. DOYLE y W. BINCHY (*Eds.*), *Committed Relationships and the Law*, Dublin, 2007.

BROWNE, D. Family Law Aspects of the European Convention on Human Rights Act 2003, en *The Bar Review*, vols. 9-2 (2004).

BYRNE, R. y McCUTCHEON, J. P. *The Irish Legal System*, Dublin, 2014.

CASEY, J. Religious marriage and its civil effectiveness in Ireland, en VVAA, *Marriage and Religion in Europe*, Milano, 1993.

— *Constitutional Law in Ireland*, Dublin, 2000.

— State and Church in Ireland, en G. ROBBERS (*Ed.*), *State and Church in the European Union*, Baden-Baden, 2005.
CELADOR, O. Régimen jurídico de las entidades religiosas en el Reino Unido e Irlanda, en M. M. MARTÍN (*Ed.*), *Entidades eclesiásticas y derecho de los estados*, Granada, 2006.
CHARLETON, P. y KELLY, S. Marriage and the Family: A Changing Institution? *Part I*, en *The Bar Review*, vol. 16-5 (2011).
CLEARY, N. The Interaction Between Religious Freedoms and Non-Discrimination in Irish Constitutional Jurisprudence, en *University College Dublin Law Review*, 7 (2008).
CLISSMAN, I. y JACKSON, N. E. The Family Law Act 1995, en *The Bar Review*, vols. 1-2 (1996).
COLTON, P. The Financing of Religious Communities in Ireland, en B. BASDEVANT-GAUDEMET y S BERLINGÒ (*Eds.*), *The Financing of Religious Communities in the European Union*, Leuven, 2009.
CONKLE, D. O. *Constitutional Law: The Religion Clauses*, New York, 2009.
CROSS, T. y BECKETT, J. Focus on ECHR, Article 9: Recent Developments, en *Judicial Review*, vols. 12-1 (2007).
DAL PONT, G. E. Charity law and religion, en P. RADAN, D. MEYERSON y R. S. CROUCHER (*Eds.*), *Law and Religion. God, the State and the Common Law*, Oxfordshire, 2005.
DALY, E. Regulating Religious Function: The Strange Case of Mass Cards, en *Hibernian Law Journal*, 9 (2010).
— *Religion, Law and the Irish State*, Dublin, 2012.
DELANY, H. *Equity and the Law of Trusts in Ireland*, Dublin, 2011.
— The Law Relating to Charitable Trusts - Judicial Guidance and Statutory Intervention, en *Dublin University Law Journal*, 33 (2011).
DODD, D. *Statutory Interpretation in Ireland*, Dublin, 2008.
DOOLAN, B. *Constitutional Law and Constitutional Rights in Ireland*, Dublin, 1994.
— *Principles of Irish Law*, Dublin, 2007.
DOYLE, O. Article 44: Privileging the Rights of the Religious, en O. DOYLE y E. CAROLAN (*Eds.*), *The Irish Constitution: Governance and Values*, Dublin, 2008.
DUNCAN, W. R. y SCULLY, P. E. *Marriage Breakdown in Ireland. Law and Practice*, Dublin, 1990.
EARDLY, J. The Constitution and marriage - the scope of protection, en *Irish Law Times*, vols. 24-11 (2006).
EDGE, P. W. *Religion and Law*, Hampshire, 2006.
FERNÁNDEZ-CORONADO, Capítulo V. El derecho de libertad de conciencia en los países miembros de la Unión Europea (II), en IDEM (*Dir.*), *El Derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea: pluralismo y minorías*, Madrid, 2002.
FORDE, M. *Constitutional Law*, Dublin, 2004.
FULLER, L. The Irish Catholic Narrative: Reflections on Milestones, en T. E. HACHEY (*Ed.*), *Turning Points in Twentieth-Century Irish History*, Dublin, 2011.
GARTON, J. *Public Benefit in Charity Law*, Oxford, 2013.
GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. Notas acerca del Derecho eclesiástico irlandés, en *Derecho y Opinión*, 7 (1999).

GREENE, A. Natural law and the basic norm of the Irish Constitution, en *Irish Law Times*, vols. 30-19 (2012).
GUTIÉRREZ DEL MORAL, M. J. *El matrimonio en los estados de la Unión Europea y la eficacia civil del matrimonio religioso*, Barcelona, 2003.
HARDING, M. Trusts for Religious Purposes and the Question of Public Benefit, en *The Modern Law Review*, 71 (2008).
— Religion and family law in Ireland: from a catholic protection of marriage to a *catholic* approach to nullity, en J. MAIR y E. ÖRÜCÜ (*Eds*.), *The Place of Religion in Family Law: A Comparative Search*, Cambridge, 2011.
HOGAN, C. A Veiled Problem: Religion in Irish Schools, en *Trinity College Law Review*, 8 (2005).
HOGAN, G. *The Origins of the Irish Constitution, 1928-1941*, Dublin, 2012.
HOGAN, G. y WHYTE, G. *J. M. Kelly: The Irish Constitution*, Dublin, 2006.
HOPPEN, K. T. *Ireland since 1800. Conflict and Conformity*, Essex, 1999.
JACKSON, A. *Ireland 1798-1998. Politics and War*, Oxford, 2000.
KAVANAGH, A. The Irish Constitution at 75 years: natural law, christian values and the ideal of justice, en *The Irish Jurist*, vol. XLVIII (2012).
KELLY, J. M. *Fundamental Rights in the Irish Law and Constitution*, Dublin, 1967.
KENNEALLY, A. y TULLY, J. *The Irish Legal System*, Dublin, 2013.
KEOGH, D. The Jesuits and the 1937 Constitution, en E. FANNING (*Ed*.), *An Irish Century. Studies 1912-2012*, Dublin, 2012.
KEOGH, D. y McCARTHY, A. J. *The Making of the Irish Constitution 1937*, Dublin, 2007.
KNIGHTS, S. *Freedom of Religion, Minorities and the Law*, Oxford, 2007.
LLAMAZARES, D. *Derecho de la libertad de conciencia, I. Conciencia, tolerancia y laicidad*, Cizur Menor, 2011.
LOWE, N. y DOUGLAS, G. *Bromley's Family Law*, Oxford, 2007.
MANTUANO, G. *Rilevanza civile del matrimonio religioso negli Stati dell'Unione Europea, I. Sistemi matrimoniali a confronto: matrimonio civile obbligatorio e facoltativo*, Torino, 2004.
MASSON, J. M., BAILEY-HARRIS, R. y PROBERT, R. J. *Cretney Principles of Family Law*, London, 2008.
McCREA, R. The Supreme Court and the School Chaplains Case, en *Trinity College Law Review*, 2 (1999).
McNAMARA, M. Till death us do part, en *Law Society Gazette*, vol. 102-2 (2008).
MILLER, D. W. *Church, State and Nation in Ireland. 1898-1921*, Dublin, 1973.
MORGAN, D. G. *Constitutional Law of Ireland*, Dublin, 1990.
MULLALLY, S. Mainstreaming equality in Ireland: a fair and inclusive accommodation?, en *Legal Studies*, vol. 21-1 (2001).
MULLARKEY, K. Ireland, the pope and vocationalism: the impact of the encyclical *Quadragesimo Anno*, en J. AUGUSTEIJN (*Ed*.), *Ireland in the 1930s. New Perspectives*, Dublin, 1999.
NESTOR, J. *An Introduction to Irish Family Law*, Dublin, 2007.
NOLAN, M. The Influence of Catholic Nationalism on the Legislature of the Irish Free State, en *The Irish Jurist*, vol. X (1975).
O'CONNOR, P. A. *Key Issues in Irish Family L*aw, Dublin, 1988.

O'DONNELL, T. E. The District Court, the European Convention on Human Rights Act, 2003 - Cause and effect, en *Judicial Studies Institute Journal*, 2 (2010).
O'HALLORAN, K. *Charity Law*, Dublin, 2009.
— *Religion, Charity and Human Rights*, Cambridge, 2014.
O'HALLORAN, K. y CORMACAIN, R. *Charity Law in Northern Ireland*, Dublin, 2001.
O'HALPIN, E. Politics and the state, 1922-32, en J. R. HILL (*Ed.*), *A New History of Ireland, VII. Ireland, 1921-84*, Oxford, 2003.
O'HIGGINS, T. F. The Irish legal system, en *The Irish Jurist*, vol. XXXI (1996).
O'MALLEY, T. *Sources of Law. An Introduction to Legal Research and Writing*, Dublin, 2001.
PALÁ LAGUNA, R. *La institución del matrimonio en la República de Irlanda*, Barcelona, 1993.
PICARDA, H. *The Law and Practice Relating to Charities*, West Sussex, 2010.
PIEVSKY, D. What Does Taking Into Account Strasbourg Jurisprudence Really Mean?, en *Judicial Review*, vol. 17-3 (2012).
POLO, J. R. Los límites de la libertad de asociación y el principio de seguridad jurídica (A propósito del artículo 515.3.º del Código Penal), en *Anuario de Derechos Humanos*, 4 (2003).
— *La naturaleza jurídica de las confesiones religiosas en el Derecho Constitucional español*, Málaga, 2008.
— Notas sobre el estatuto de las confesiones religiosas en la Ley Orgánica del Derecho de Asociación, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97 (2013).
— El significado constitucional de la libertad religiosa, en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, 13 (2013).
— Reflexiones sobre el fundamento constitucional de la financiación pública de las confesiones religiosas», en *Revista General de Derecho Constitucional*, 18 (2014).
— La eficacia civil del matrimonio religioso y el nuevo *matrimonio de creencia* en el ordenamiento jurídico de Escocia», en *Anuario de Derecho Civil*, Fasc. I (2015).
— Sistema matrimonial y concepto legal de confesión religiosa en el ordenamiento jurídico inglés», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXXI (2015).
— Anotaciones sobre la eficacia civil del matrimonio religioso en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, 54 (2015).
RANALOW, R. Bearing a Constitutional Cross: Examining Blasphemy and the Judicial Role in *Corway v. Independent Newspapers*, en *Trinity College Law Review*, 3 (2000).
RIVERS, J. *The Law of Organized Religions. Between Establishment and Secularism*, Oxford, 2010.
RYAN, F. W. *Constitutional Law*, Dublin, 2008.
SANDBERG, R. *Law and Religion*, Cambridge, 2011.
SHANNON, G. *Family Law*, Oxford, 2011.
SHATTER, A. J. *Family Law*, Dublin, 1998.
STANDLEY, K. *family law*, Hampshire, 2006.
TUSHNET, M. National Identity as a Constitutional Issue: The Case of the Preamble to the Irish Constitution of 1937, en E. CAROLAN (*Ed.*), *The Constitution of Ireland: Perspectives and Prospects*, Dublin, 2012.
WALSH, B. Foreword, en W. BINCHY, *A Casebook on Irish Family Law*, Bristol, 1984.

— The Constitution and Constitutional Rights, en F. LITTON (*Ed.*), *The Constitution of Ireland. 1937-1987*, Dublin, 1988.
WARD, J. Republic of Ireland, en C. HAMILTON y A. PERRY (*Eds.*), *Family Law in Europe*, London, 2002.
WARD, P. The Family Law Bill 1994 - An Overview, en *Irish Law Times*, vol. 12-4 (1994).
— *Family Law in Ireland*, Alphen aan den Rijn, 2010.
WHYTE, G. On the Meaning of *Religion* under the Irish Constitution, en O. DOYLE y E. CAROLAN (*Eds.*), *The Irish Constitution: Governance and Values*, Dublin, 2008.
WHYTE, J. H. *Church and State in Modern Ireland. 1923-1979*, Dublin, 1984.

NOTAS

[1] Cfr. B. DOOLAN, *Constitutional Law and Constitutional Rights in Ireland*, Dublin, 1994, p. 5; similarmente se ha dicho también, de un modo no menos significativo, que el preámbulo indudablemente proclama la aceptación del cristianismo y de la ética cristiana como la base del gobierno del Estado (Cfr. B. WALSH, «The Constitution and Constitutional Rights», en F. LITTON (*Ed.*), *The Constitution of Ireland. 1937-1987*, Dublin, 1988, p. 94).

[2] Téngase en cuenta que la Iglesia de Irlanda, otrora la confesión oficial del país, fue formalmente separada del Estado (*dis-establishment*) mediante la *Irish Church Act 1869*.

[3] Cfr. J. CASEY, *Constitutional Law in Ireland*, Dublin, 2000, p. 686.

[4] «*In the Name of the Most Holy Trinity, from Whom is all authority and to Whom, as our final end, all actions both of men and States must be referred, We, the people of Éire, Humbly acknowledging all our obligations to our Divine Lord, Jesus Christ, Who sustained our fathers through centuries of trial* […]».

[5] Se trata del artículo 44.1.2: «*The State recognises the special position of the Holy Catholic Apostolic and Roman Church as the guardian of the Faith professed by the great majority of the citizens*»; y del artículo 44.1.3: «*The State also recognises the Church of Ireland, the Presbyterian Church in Ireland, the Methodist Church in Ireland, the Religious Society of Friends in Ireland, as well as the Jewish Congregations and the other religious denominations existing in Ireland at the date of the coming into operation of this Constitution*».

[6] Cfr. L. FULLER, «The Irish Catholic Narrative: Reflections on Milestones», en T. E. HACHEY (*Ed.*), *Turning Points in Twentieth-Century Irish History*, Dublin, 2011, p. 168; una detallada exposición de ese proceso de incorporación puede verse en J. H. WHYTE, *Church and State in Modern Ireland. 1923-1979*, Dublin, 1984, pp. 24 y sigs.; muy esclarecedoras también las observaciones que sobre este tema realiza K. T. HOPPEN, *Ireland since 1800. Conflict and Conformity*, Essex, 1999, pp. 263 y sigs.

[7] Cfr. P. BEW, *Ireland. The Politics of Enmity 1789-2006*, Oxford, 2007, p. 455.

[8] Cfr. D. W. MILLER, *Church, State and Nation in Ireland. 1898-1921*, Dublin, 1973, pp. 493-94.

[9] Cfr. E. O´HALPIN, «Politics and the state, 1922-32», en J. R. HILL (*Ed.*), *A New History of Ireland, VII. Ireland, 1921-84*, Oxford, 2003, pp. 118-19.

[10] Pone de relieve la directa inspiración especialmente del preámbulo constitucional en el Magisterio de la Iglesia católica, especificando los correspondientes textos doctrinales de dicha religión en los que se encuentra más concretamente ese sustrato inspirador, M. NOLAN, «The Influence of Catholic Nationalism on the Legislature of the Irish Free State», en *The Irish Jurist*, vol. X (1975), pp. 158-59; subrayando también el evidente reflejo del magisterio social católico en buena parte de los preceptos constitucionales y no solo en los directamente dedicados a la religión, K. MULLARKEY, «Ireland, the pope and vocationalism: the impact

of the encyclical *Quadragesimo Anno*», en J. AUGUSTEIJN (*Ed.*), *Ireland in the 1930s. New Perspectives*, Dublin, 1999, p. 106; incidiendo en la generalmente reconocida influencia del magisterio católico también en los preceptos constitucionales específicamente dedicados al matrimonio y la familia, por ejemplo, P. CHARLETON y S. KELLY, «Marriage and the Family: A Changing Institution? *Part I*», en *The Bar Review*, vol. 16-5 (2011), pp. 106 y sigs.; más ampliamente, sobre la participación directa y la efectiva influencia de la Iglesia católica y concretamente de la Compañía de Jesús en el proceso de redacción, tanto del preámbulo como de los artículos atinentes a toda esta materia en el proyecto constitucional, *vid*. G. HOGAN, *The Origins of the Irish Constitution, 1928-1941*, Dublin, 2012, pp. 210 y sigs.; D. KEOGH, «The Jesuits and the 1937 Constitution», en E. FANNING (*Ed.*), *An Irish Century. Studies 1912-2012*, Dublin, 2012, pp. 119 y sigs.

[11] «*The preamble to the Constitution proudly asserts the existence of God in the Most Holy Trinity and recites that the people of Ireland humbly acknowledge their obligation to «our Divine Lord, Jesus Christ.» It cannot be doubted that the people, so asserting and acknowledging their obligations to our Divine Lord Jesus Christ, were proclaiming a deep religious conviction and faith and an intention to adopt a Constitution consistent with that conviction and faith and with Christian beliefs*» (*Norris v. The Attorney General* [1984] IR 36, p. 64); no menos ilustrativas sus siguientes palabras, expuestas en esta ocasión en un artículo doctrinal: «*In considering the Constitution as the basic law containing a Charter for the protection of fundamental human rights, we will immediately realise that it is imbued with a deep Christian philosophy —a philosophy which accords with the history, traditions and feelings of our people. This is strikingly expressed in the Preamble and indicates the kind of state the Constitution is to bring into being. It is to be Christian and democratic and one which the common good will be sought and the dignity and freedom of the individual assured with due regard to Prudence, Justice and Charity*» (T. F. O´HIGGINS, «The Irish legal system», en *The Irish Jurist*, vol. XXXI (1996), pp. 3-4).

[12] «*Another factor that cannot be ignored is that the people of Ireland, whatever church they belong to, are a religious people. Those who would seek to advance the cause of secularism or even irreligion under the guise of family law are closing their eyes to reality and only place the obstacles of distrust and suspicion in the way of an orderly and acceptable development of a system of family law which reflects the true values of Irish society*» (B. WALSH, «Foreword», en W. BINCHY, *A Casebook on Irish Family Law*, Bristol, 1984, p. VI).

[13] Paradigmático en este sentido el pronunciamiento del Juez Black, del Tribunal Supremo, expresado en una de sus opiniones disidentes en la que, de manera además particularmente enfática, proclama lo que sigue: «*Ever since this Constitution was enacted I was firmly convinced, as I am still, that in respect of all legal rights and privileges, it admitted of no discrimination as between persons of different religions. If I had thought it did, I never could have made a public declaration that I would uphold it; and if, in fact, it did, I imagine it would gain for us an unenviable distinction amongst the democratic peoples of the world.* […] *In these circumstances I should think it in the highest degree desirable that this Court should make it clear that the Constitution has no such discriminatory effect*» (*In re Tilson, Infants* [1951] IR 1, p. 44); ciertamente no menos significativas e incluso más explícitas las siguientes palabras del Juez Walsh, también del Tribunal Supremo: «*Our Constitution reflects a firm conviction that we are religious people. The preamble to the Constitution acknowledges that we are a Christian people and Article 44, s. 1, sub-s. 1, acknowledges that the homage of public worship is due to Almighty God but it does so in terms which do not confine the benefit of that acknowledgment to members of the Christian faith. In Article 44, s. 1, of the Constitution the State recognises the existence of the several religious denominations there named, including the Jewish Congregations, as well as all other unnamed ones existing at the date of the coming into operation of the Constitution. This declaration is an express recognition of the separate co-existence of the religious denominations, named and unnamed. It does not prefer one to the other and it does not confer any privilege or impose any disability or diminution of status upon any religious*

denomination, and it does not permit the State to do so» (*Quinn's Supermarket v. Attorney General* [1972] IR 1, pp. 23-24).

[14] Cfr. J. CASEY, «State and Church in Ireland», en G. ROBBERS (*Ed.*), *State and Church in the European Union*, Baden-Baden, 2005, pp. 189-90.

[15] Cfr. K. O'HALLORAN, *Religion, Charity and Human Rights*, Cambridge, 2014, p. 229; confirma explícitamente esta impresión el Juez Barrington del Tribunal Supremo: «*From the wording of the Preamble to the Constitution it is clear that the christian religion is one of the religions protected from insult by the constitutional crime of blasphemy. But the jewish religion would also appear to be protected as it seems quite clear that the purpose of the fifth amendment to the Constitution was certainly not to weaken the position of the jewish congregations in Ireland but to bring out the universal nature of the constitutional guarantees of freedom of religion*» (*Corway v. Independent Newspapers (Ireland) Ltd*. [1999] 4 IR 484, p. 501); poniendo de relieve las objeciones que en ese sentido se formularon, incluso ya desde el mismo momento de la redacción del proyecto constitucional, a esos dos preceptos que al decir de este autor pretendían de algún modo contentar a todos y terminaron por no satisfacer a ninguno, J. M. KELLY, *Fundamental Rights in the Irish Law and Constitution*, Dublin, 1967, pp. 247-48; una pormenorizada exposición de las dificultades por las que atravesó el proceso de redacción de las disposiciones atinentes a la religión en el proyecto constitucional puede verse en D. KEOGH y A. J. McCARTHY, *The Making of the Irish Constitution 1937*, Dublin, 2007, pp. 150 y sigs.

[16] «*A constitution is not simply a piece of legislation. It embodies the aspirations and emotional feelings of the people who have enacted it. Not everything in a constitution therefore is intended to have legal implications. Long before the relevant Article was abolished by referendum the provision as to the special position of the Roman Catholic Church was not considered by constitutional lawyers to have any legal implications. It was merely reflecting what was perceived to be a fact on the ground at the time of the enactment of the Constitution*» (*Ó Beoláin v. Fahy* [2001] 2 IR 279, p. 356).

[17] Esta práctica, en cierto modo complementaria a los mecanismos ordinarios de la reforma constitucional previstos por la propia ley fundamental, se ha desarrollado en varias ocasiones en Irlanda desde que fuese creado a tal efecto el primero de estos comités que emitió su dictamen en 1967, y los informes que de ella se han derivado suelen tener un notable eco en la comunidad jurídica en general y en el ámbito científico en particular. Sobre este tema puede verse, por ejemplo, T. O'MALLEY, *Sources of Law. An Introduction to Legal Research and Writing*, Dublin, 2001, pp. 52-53.

[18] «[…] *to most members of the Review Group who felt that the language, reflecting the ethos of the 1930s, is overly Roman Catholic and nationalist in tone, is gender-biased, and would be objectionable to many in Ireland today*» (*Report of the Constitution Review Group*, núm. 4(i)). El contenido íntegro del Informe, además de estar oficialmente publicado, está también actualmente accesible en este enlace y es de esta última fuente de la que tomo aquí el texto citado: http://archive.constitution.ie/reports/crg.pdf; un análisis pormenorizado del tratamiento de toda esta cuestión en el informe, en ocasiones particularmente crítico con algunos de sus presupuestos y conclusiones, puede verse en R. BARRET, «Church and State in light of the Report of the Irish Constitution Review Group», en *Dublin University Law Journal*, 20 (1998), pp. 51 y sigs.

[19] Así por ejemplo, D. G. MORGAN, *Constitutional Law of Ireland*, Dublin, 1990, p. 31.

[20] Cfr. M. TUSHNET, «National Identity as a Constitutional Issue: The Case of the Preamble to the Irish Constitution of 1937», en E. CAROLAN (*Ed.*), *The Constitution of Ireland: Perspectives and Prospects*, Dublin, 2012, p. 52.

[21] Cfr. B. DOOLAN, *Principles of Irish Law*, Dublin, 2007, p. 8.

[22] En este orden de consideraciones puede señalarse también que el Tribunal Supremo, como era de esperar, ha rechazado expresamente la pretensión consistente en que de algunas de esas menciones, y especialmente de las contenidas en el preámbulo, se desprende la remisión implícita a un derecho natural de origen divino que pudiera de algún modo constituir un límite

a las ulteriores modificaciones del contenido prescriptivo de la Constitución que pudieran impulsarse (*Vid*., A. GREENE, «Natural law and the basic norm of the Irish Constitution», en *Irish Law Times*, vol. 30-19 (2012), pp. 299-300).

[23] En este sentido, C. HOGAN, «A Veiled Problem: Religion in Irish Schools», en *Trinity College Law Review*, 8 (2005), p. 11.

[24] Cfr. O. DOYLE, «Article 44: Privileging the Rights of the Religious», en O. DOYLE y E. CAROLAN (*Eds*.), *The Irish Constitution: Governance and Values*, Dublin, 2008, p. 488.

[25] Cfr. A. KAVANAGH, «The Irish Constitution at 75 years: natural law, christian values and the ideal of justice», en *The Irish Jurist*, vol. XLVIII (2012), pp. 71-72; se ha hablado también, a este respecto, de las dos filosofías subyacentes al texto constitucional, la propia de la clásica teoría liberal de los derechos, de un lado, y la característica del magisterio social de la Iglesia católica, de otro, ambas en un difícil equilibrio en tanto que a menudo han sido percibidas en el debate público como incompatibles entre sí y de cuya controvertida relación sería un perfecto ejemplo la peculiar consagración constitucional delito de blasfemia (Cfr. S. RANALOW, «Bearing a Constitutional Cross: Examining Blasphemy and the Judicial Role in *Corway v. Independent Newspapers*», en *Trinity College Law Review*, 3 (2000), p. 95).

[26] Cfr. N. CLEARY, «The Interaction Between Religious Freedoms and Non-Discrimination in Irish Constitutional Jurisprudence», en *University College Dublin Law Review*, 7 (2008), p. 63.

[27] Cfr. D. LLAMAZARES, *Derecho de la libertad de conciencia, I. Conciencia, tolerancia y laicidad*, Cizur Menor, 2011, p. 205.

[28] Cfr. A. JACKSON, *Ireland 1798-1998. Politics and War*, Oxford, 2000, p. 297.

[29] Cfr. F. W. RYAN, *Constitutional Law*, Dublin, 2008, p. 184.

[30] Cfr. *Ibidem*, p. 188; más ampliamente, sobre las medidas de financiación pública, tanto directa como indirecta, que contempla el ordenamiento irlandés en beneficio de determinadas instituciones religiosas en ámbitos tales como el sanitario o, muy especialmente, el educativo, puede verse P. COLTON, «The Financing of Religious Communities in Ireland», en B. BASDEVANT-GAUDEMET y S BERLINGÒ (*Eds*.), *The Financing of Religious Communities in the European Union*, Leuven, 2009, especialmente pp. 209 y sigs.

[31] Cfr. M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, «Notas acerca del Derecho eclesiástico irlandés», en *Derecho y Opinión*, 7 (1999), p. 114; también en referencia al sistema irlandés como un modelo de laicidad, caracterizado por la neutralidad ideológica y religiosa y por la separación entre el Estado y las confesiones, O. CELADOR, «Régimen jurídico de las entidades religiosas en el Reino Unido e Irlanda», en M. M. MARTÍN (*Ed*.), *Entidades eclesiásticas y derecho de los estados*, Granada, 2006, p. 210.

[32] La bibliografía sobre el tema es, como se sabe, abundantísima y seguramente no tiene mucho sentido detenerse ahora en esta cuestión incidental, pero en todo caso una muy ilustrativa síntesis del significado y la aplicación del principio de aconfesionalidad en el Derecho norteamericano puede verse en D. O. CONKLE, *Constitutional Law: The Religion Clauses*, New York, 2009.

[33] Cfr. A. FERNÁNDEZ-CORONADO, «Capítulo V. El derecho de libertad de conciencia en los países miembros de la Unión Europea (II)», en IDEM (*Dir*.), *El Derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea: pluralismo y minorías*, Madrid, 2002, p. 86.

[34] También con carácter ahora meramente incidental, adviértase que el sistema irlandés, desde esta perspectiva, se asemeja en alguna medida al modelo español en materia de relaciones Iglesia-Estado, con la principal diferencia de que la comúnmente llamada valoración social positiva del factor religioso, que entre nosotros tantos autores reclaman como la justificación de determinadas medidas tales como la financiación directa de las confesiones —o más bien de la Iglesia católica que es la única que se financia de ese modo, lo que a su vez suele justificarse doctrinalmente apelando a un para mí más que dudoso entendimiento del principio de igualdad acorde al arraigo sociológico de la confesión beneficiada—, no tiene ni mucho menos un anclaje iusfundamental tan claro y explícito como en el supuesto irlandés y se suele hacer derivar del contenido del artículo 16.3 de nuestra Carta Magna (*vid*. al respecto J. R. POLO,

«Reflexiones sobre el fundamento constitucional de la financiación pública de las confesiones religiosas», en *Revista General de Derecho Constitucional*, 18 (2014). También publicado en IDEM, *Dimensiones de la libertad religiosa en el Derecho español*, Barcelona, 2014).

[35] Como se ha señalado, el matrimonio en forma estrictamente civil, esto es, el celebrado ante el encargado del Registro Civil, es comúnmente conocido como matrimonio civil (Cfr. P. WARD, *Family Law in Ireland*, Alphen aan den Rijn, 2010, p. 57), en contraposición a los generalmente conocidos como matrimonios religiosos, pero hay que tener presente que estas expresiones no han de entenderse en un sentido literal habida cuenta de que, en rigor, desde la perspectiva del ordenamiento estatal todos los matrimonios son matrimonios civiles aunque puedan ser celebrados en forma religiosa o, actualmente, también ideológica o filosófica.

[36] Así en efecto, el ordenamiento escocés ha incorporado recientemente a su sistema matrimonial la posibilidad de reconocer los efectos civiles de los llamados matrimonios de creencia (*belief marriages*), justamente con el declarado propósito de garantizar la igualdad entre los grupos religiosos y los ideológicos o filosóficos en este ámbito. Sobre este tema puede verse, más ampliamente, J. R. POLO, «La eficacia civil del matrimonio religioso y el nuevo *matrimonio de creencia* en el ordenamiento jurídico de Escocia», en *Anuario de Derecho Civil*, Fasc. I (2015).

[37] El texto íntegro de la ley puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.irishstatutebook.ie/2004/en/act/pub/0003/print.html.

[38] Paradigmática en este sentido la afirmación de A. J. Shatter, para quien la regulación sobre las formalidades del matrimonio era, a finales de los años noventa, compleja y oscura y estaba contenida, dice también literalmente este autor, en un laberinto de leyes promulgadas sucesivamente desde mediados del siglo XIX (Cfr. A. J. SHATTER, *Family Law*, Dublin, 1998, p. 157); no es menos reveladora la caracterización del precedente sistema matrimonial irlandés que resumidamente realiza J. Casey en estos términos: «*Irish matrimonial law is very "culture-specific". Its shape and content are the product of history and the social structure, rather than any grand plan such as one might find in a code, and consequently it may well appear somewhat incoherent*» (Cfr. J. CASEY, «Religious marriage and its civil effectiveness in Ireland», en VVAA, *Marriage and Religion in Europe*, Milano, 1993, p. 111); en el mismo sentido, G. MANTUANO, *Rilevanza civile del matrimonio religioso negli Stati dell'Unione Europea, I. Sistemi matrimoniali a confronto: matrimonio civile obbligatorio e facoltativo*, Torino, 2004, p. 164; subrayando también la complejidad de ese sistema, J. WARD, «Republic of Ireland», en C. HAMILTON y A. PERRY (*Eds*.), *Family Law in Europe*, London, 2002, p. 364.

[39] Cfr. R. McCREA, «The Supreme Court and the School Chaplains Case», en *Trinity College Law Review*, 2 (1999), p. 19.

[40] El contenido de la norma accesible en: http://www.irishstatutebook.ie/2012/en/act/pub/0048/index.html.

[41] Con toda seguridad la mejor y más ilustrativa exposición de conjunto del sistema matrimonial que tomaba como base esta ley, actualmente derogado por las reformas de 2004 y 2012, es la que realiza A. J. SHATTER, *Family Law*, *op. cit*.; entre la doctrina española este tema ha sido también objeto de alguna atención y así, por ejemplo, igualmente referida al sistema matrimonial precedente al actual, una muy útil exposición del régimen de la eficacia civil del matrimonio religioso en ese país es la que lleva a cabo M. J. GUTIÉRREZ DEL MORAL, *El matrimonio en los estados de la Unión Europea y la eficacia civil del matrimonio religioso*, Barcelona, 2003, pp. 113 y sigs.; resulta asimismo provechosa la consulta de la monografía de R. PALÁ LAGUNA, *La institución del matrimonio en la República de Irlanda*, Barcelona, 1993, aunque en este caso es bastante menos reciente e incluso anterior a la reforma de 1995 que estableció un régimen común y uniforme para todas las formas religiosas respecto a la fase preliminar del matrimonio, lo que ha de tenerse en la debida consideración.

[42] 10 CI & Fin 534; 8 Jur. 717; 8 ER 844 (HL).

[43] Cfr. M. HARDING, «Religion and family law in Ireland: from a catholic protection of marriage to a «catholic» approach to nullity», en J. MAIR y E. ÖRÜCÜ (*Eds*.), *The Place of Religion in Family Law: A Comparative Search*, Cambridge, 2011, p. 162.

[44] «[…] *Provided always, that no such Notice shall be required for any Marriage by a Roman Catholic Priest which may now lawfully be celebrated, or when the Marriage is intended to be solemnized by a Presbyterian Minister between Two Persons, both or one of whom shall be Presbyterians, in a Presbyterian Meeting House certified as aforesaid*» (Sección 13 de la MIA).

[45] El texto íntegro de la ley puede consultarse en http://www.irishstatutebook.ie/1995/en/act/pub/0026/.

[46] Esta ley trajo consigo una reforma de amplio alcance, concerniente a muchas otras facetas muy relevantes del Derecho de Familia irlandés, y acaso ello explique que el aspecto que ahora nos ocupa pasase doctrinalmente un tanto desapercibido. Los escasos comentarios doctrinales que por aquel entonces vieron la luz editorial se limitaban escuetamente a mencionar la generalización del requisito de la notificación previa como exigencia de validez sin hacer ninguna otra consideración sobre el particular (Cfr. P. WARD, «The Family Law Bill 1994 — An Overview», en *Irish Law Times*, vol. 12-4 (1994), p. 78), o, incluso, ni tan siquiera mencionaban esta cuestión, no considerándola así como parte de los cambios más significativos introducidos por la nueva normativa (Cfr. I. CLISSMAN y N. E. JACKSON, «The Family Law Act 1995», en *The Bar Review*, vol. 1-2 (1996), pp. 35 y sigs.).

[47] Según disponía la sección 32 (1) de esta ley, «*(a) A marriage solemnised, after the commencement of this section, in the State between persons of any age shall not be valid in law unless— (i) the persons concerned notify the Registrar in writing of their intention to so marry not less than 3 months prior to the date on which the marriage is to be solemnised, or (ii) exemption from this section was granted before the marriage under section 33. (b) The requirement specified in paragraph (a) is hereby declared to be a substantive requirement for marriage*». Por su parte, la mencionada sección 33 estipula lo que sigue: «*(1) The court may, on application to it in that behalf by both of the parties to an intended marriage, by order exempt the marriage from the application section 31 (1) (a) or 32 (1) (a) or both of those provisions. (2) The following provisions shall apply in relation to an application under subsection (1): (a) it may be made informally, (b) it may be heard and determined otherwise than in public, (c) a court fee shall not be charged in respect of it, and (d) it shall not be granted unless the applicant shows that its grant is justified by serious reasons and is in the interests of the parties to the intended marriage*».

[48] Según establecía la sección 2 de la *Marriage Law (Ireland) Amendment Act 1863*, «*Every notice of an intended marriage given to the registrar under the provisions of the said recited Act or of this Act shall be in the form set forth in the schedule (A.) to this Act annexed, and shall state,— (1.) The true name, surname, profession, or condition of each of the persons intending marriage: (2.) The church, chapel, or place of public worship which the persons intending marriage, or either of them, usually attend: (3.) The usual dwelling place of each of them: (4.) The time, not being less than seven days, during which each has dwelt therein (unless such time is more than one month, in which case it may be so stated): (5.) The church, chapel, or registered place of public worship, or other place in which the marriage is intended to be celebrated (which must be a place within the district of the registrar to whom the notice is given): (6.) Whether the marriage is intended to be celebrated by virtue of the registrar's certificate, or by virtue of his licence*».

[49] La sección 6 de la *Marriages Act 1972* disponía lo que sigue: «*In a case in which a notice or notices is or are required to be given pursuant to section 13 of the Marriages (Ireland) Act, 1844, that section and section 2 of the Marriage Law (Ireland) Amendment Act, 1863, shall have effect subject to the proviso that it shall not be necessary that the church or other building stated in the notice or notices as the church or other building in which the marriage is intended to be solemnised, or that the church or other building in which the marriage is solemnised, shall be within the district within which one of the parties has dwelt for the time prescribed in the first of those sections if there is not a church or other building used by the religious denomination according to the usages of which the marriage is to be solemnised within— (a) in case the parties have dwelt in the same district for the time prescribed by the*

first of those sections, that district, or (b) in case the parties have dwelt in different districts for that time, either of those districts».

[50] Así lo establecía la sección 28 de la *Matrimonial Causes and Marriage Law (Ireland) Amendment Act 1871*, según la cual, «*Notwithstanding anything in the said section contained, it shall not be necessary in any case of marriage intended to be solemnized in Ireland according to the usages of Jews that the building stated in the notice or notices by the said section required to be given to the registrar or registrars as the building in which such marriage is intended to be solemnized, or that the building in which such marriage is solemnized shall be within the district within which one of the parties shall have dwelt for the time prescribed in the said section*».

[51] Según disponía la sección 3 de la *Marriage Law (Ireland) Amendment Act 1863*, «*The registrar shall then proceed as follows: (1.) He shall file the notice so given to him, and keep the same with the records of his office: (2.) He shall forthwith enter a true copy of the notice in his marriage notice book (supplied to him by the Registrar General): (3.) He shall keep his book open for the inspection of all persons at all reasonable times, without fee: (4.) He shall, on the day on which he shall have received such notice, or on the following day at the latest, send by post, in a registered letter, a copy of the notice, under his hand,— To the minister of the church, chapel, or registered place of public worship stated in the notice as that in which the marriage is intended to be solemnized; and To the minister of the church, chapel, or place of public worship which the parties to the marriage, or either of them, usually attend; Or the registering officer of the Society of Friends, or secretary of a synagogue, by whom respectively the marriage is to be registered, or the Clerk of a branch of the Church of Christ Scientist, as the case may require*». La extensión de esta especialidad a la mencionada confesión cristiana se produciría ulteriormente, merced a la nueva redacción dada a ese precepto por la sección 10(1) de la *Marriage Law 1972*.

[52] Tal y como establecía la sección 32 (1) (3) «*A notification under subsection (2) shall not be construed as indicating the approval of the Registrar concerned of the proposed marriage concerned*».

[53] Cfr. *Lambert v. An tArd Chlaraitheoir* [1995] 2 IR 372 (HC) *sub nom PL v. An tArd Chlaraitheoir* [1995] 2 ILRM 241 (HC).

[54] Cfr. la sección 23 de la MIA.

[55] En este supuesto, la ley determinaba que el encargado del Registro, además de mandar, en su caso, copia de la notificación al ministro encargado del lugar al que usualmente los contrayentes asistían al culto religioso, había de colocar una copia en un lugar visible de su oficina y mantenerla ahí durante un periodo de tiempo predeterminado por la norma (cfr. la sección 3(5) de la *Marriage Law (Ireland) Amendment Act 1863*.

[56] Esta modalidad fue introducida por la sección 16 de la *Marriages Act 1972*, a cuyo tenor: «*(1) An tArd-Chláraitheoir* [The Registrar-General] *may grant a special licence to marry on being satisfied that one of the persons to be married is, for reasons of health certified by a registered medical practitioner, unable to attend at the office of a registrar of marriages for the ceremony. (2) A marriage authorised by a licence under this section may be solemnised, in the presence of two witnesses, at any time and place by the registrar of marriages for the registration district in which that place is situate* [*sic*] […]».

[57] Cfr. la sección 4 de la *Marriage Law (Ireland) Amendment Act 1863*.

[58] *Vid*., lo establecido en las secciones 29 y 30 de la MIA, en la primera de las cuales se contenía la fórmula declarativa que debían emplear los contrayentes y que era la siguiente: «[…] *each of the Parties shall declare, 'I do solemnly declare, That I know not of any lawful Impediment why I A.B. may not be joined, in Matrimony to C.D. And each of the, Parties shall say to the other, 'I call upon these Persons here present to witness, That I A.B. do take thee C.D. to be my lawful wedded Wife [or Husband]'*». Por su parte, la sección 16 de la *Marriage Act 1972* reclamaba la misma declaración de los contrayentes para la modalidad extraordinaria del matrimonio mediante licencia especial emitida por el Registro Civil central (*The Registrar-General*), en la que la ceremonia podía sin embargo celebrarse en cualquier momento y lugar.

[59] Cfr. P. WARD, *Family Law in Ireland*, Alphen aan den Rijn, 2010, p. 56.

[60] Algunas de esas discordancias son apuntadas por A. J. SHATTER, *Family Law*, *op. cit*., pp. 176-77.

[61] *Vid*. al respecto los cánones 1108 y sigs. del Código de Derecho Canónico.

[62] Cfr. *Matrimonial Causes and Marriage Law (Ireland) Amendment Act 1870*.

[63] Cfr. *B v. R* [1995] ILRM 491 (HC).

[64] Se trata de la precitada *Matrimonial Causes and Marriage Law (Ireland) Amendment Act 1870* y de su homónima de 1871. Adviértase además que, por expresa determinación de la primera de ellas, concretamente de su sección 33 (2), en todo aquello no expresamente modificado por esta nueva normativa permanecería vigente la legislación anterior, esto es, tanto la MIA como las leyes que ulteriormente modificarán algunos de sus aspectos: «*The several provisions contained in the Marriages (Ireland) Act, 1844, and in the Marriage Law (Ireland) Amendment Act, 1863, and which at the time of the passing of this Act are applicable to persons in Holy Orders of the United Church of England and Ireland, and relate to the celebration of marriages by them, shall (except so far as the same are expressly altered or varied by this Act) apply to and be in force with respect to the celebration of marriages by any clergyman having authority to officiate, or who shall be permitted by such clergyman to officiate in any aforesaid church or chapel in which marriage may be solemnized under the provisions of this Act, save only that such marriages may be celebrated at any time between the hours of eight o'clock in the forenoon and two o'clock in the afternoon*». Como se ha dicho, las leyes de 1870 y 1871 serían ulteriormente modificadas solo en algunos aspectos puntuales, fundamentalmente merced a lo establecido en las siguientes disposiciones: *Vital Statistics and Births, Deaths and Marriages Registration Act 1952*; *Marriages Act 1972*; y *Family Law Act 1995*.

[65] La sección 4 de la *Matrimonial Causes and Marriage Law (Ireland) Amendment Act 1870* aclaraba en los siguientes términos lo que había de entenderse por tales: «*The term "Protestant Episcopalian" shall mean a member of any of the churches following; (that is to say,) The said Church* [se refiere a la Iglesia de Irlanda]*, the Church of England, the Episcopal Church of Scotland, and any other Protestant Episcopal Church*».

[66] Sobre este último aspecto, la sección 34 de la ley de 1870 disponía lo que sigue: «*Every bishop of the said Church may from time to time, by writing under his hand, subject to the approval of the Lord Lieutenant license any church or chapel for the celebration of marriages in any district within its episcopal superintendence to be named in such licence between persons one or both of whom shall reside within the limits of such district; and every such bishop shall, as soon as may be after the granting of each such licence, certify the granting thereof to the Registrar General of Marriages in Ireland, and shall send a copy of such licence to the said Registrar General, who shall keep the same with the other records of his office: Provided always, that a person who shall have dwelt for fourteen days prior to the ceremony within the limits of the district shall be deemed to reside therein*».

[67] Más ampliamente, sobre los restantes pormenores del régimen de esta notificación previa, *vid*. la sección 35 de la *Matrimonial Causes and Marriage Law (Ireland) Amendment Act 1870*.

[68] Los pormenores relacionados con la concesión de esta licencia ordinaria, casi idénticos a los que se referían al mismo supuesto en el caso del matrimonio de la Iglesia de Irlanda, pueden verse en las secciones 7 y sigs. de la MIA.

[69] Según estipulaba la sección 37 de la *Matrimonial Causes and Marriage Law (Ireland) Amendment Act 1870*, esas personas eran las siguientes: *The moderator of the General Assembly of the Presbyterian Church in Ireland; The moderator of the Remonstrant Synod of Ulster; The moderator of the Presbytery of Antrim; The moderator of the Northern Presbytery of Antrim; The moderator of the Synod of Munster*. Asimismo, la sección 14 (e) de la *Marriages Act 1972* añadió en este tema la posibilidad de delegación de la facultad de conceder la licencia especial, al establecer lo que sigue: «*In case of the absence from illness or other reasonable cause of the moderator, chairman, secretary, president, head, clerk or rabbi, he*

may, subject to any directions which his religious authority may issue, appoint a person to grant special licences on his behalf for any period not exceeding twelve months».

[70] Más detalladamente, *vid*. las secciones 5 y 6 de la MIA.

[71] Esta última posibilidad fue introducida por la *Marriage Law (Ireland) Amendment Act* 1873, cuyo contenido puede consultarse en http://www.irishstatutebook.ie/1873/en/act/pub/0016/print.html.

[72] Según estipulaba la sección 7 de la *Marriage Law (Ireland) Amendment Act, 1863*, «*Every marriage solemnized by virtue of a registrar's certificate of publication of notice, or of a registrar's licence, according to the usages of any church, denomination, or body of Protestant Christians, shall be solemnized (1.) By a minister of the church, denomination, or body to which the parties to the marriage, or either of them, shall belong; (2.) In the registered place of public worship named in the notice; (3.) Between the hours of eight in the morning and two in the afternoon; (4.) With open doors; (5.) In the presence of two or more credible witnesses besides the officiating minister or person solemnizing the marriage*».

[73] Se trata concretamente, según disponía la sección 37 de la *Matrimonial Causes and Marriage Law (Ireland) Amendment Act 1870*, de los siguientes: *The moderator of the Eastern Reformed Presbyterian Synod; The moderator of the United Presbyterian Presbytery of Ireland; The moderator of the Secession Church in Ireland; The moderator of the Reformed Presbyterian Synod of Ireland; The chairman of the Congregational Union of Ireland; The secretary of the Conference of the Methodist or Wesleyan Church in Ireland; The president or head of the Methodist New Connexion Church; The president or head of the Association of the Baptist Churches in Ireland*. Téngase presente que también en este caso cabía la posibilidad de delegación en los términos expresados por la precitada sección 14(e) de la *Marriages Act 1972*.

[74] En esta ocasión la norma nos remitía a las siguientes dos personas: *The clerk to the yearly meeting of the Society of Friends in Ireland* y *The Chief Rabbi of the Jewish Communities in Ireland*. La segunda de las mencionadas, y por tanto con ella la forma judía de celebración marital, fue admitida al régimen de acceso a la eficacia civil mediante esta licencia especial ya muy tardíamente, merced a lo estipulado en la sección 14 de la *Marriages Act 1972*.

[75] Como se ha hecho notar, la Constitución irlandesa no declara expresamente la existencia del derecho a contraer matrimonio como uno de los derechos reconocidos por la ley de leyes pero, sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado que ese derecho sí está implícitamente protegido por la norma fundamental (J. EARDLY, «The Constitution and marriage — the scope of protection», en *Irish Law Times*, vol. 24-11 (2006), p. 167; incidiendo en la idea del carácter también eminentemente individual de la garantía de la libertad religiosa en el artículo 44 de la Constitución, por ejemplo, E. DALY, «Regulating Religious Function: The Strange Case of Mass Cards», en *Hibernian Law Journal*, 9 (2010), pp. 63-64.

[76] Así por ejemplo, W. R. DUNCAN y P. E. SCULLY, *Marriage Breakdown in Ireland. Law and Practice*, Dublin, 1990, p. 52; por su parte, el que sin duda es el más reputado tratadista del Derecho de Familia en Irlanda, aunque sin mencionar la posible inconstitucionalidad del régimen discriminatorio entre las distintas formas religiosas, sí aludió expresamente a la necesidad de simplificar el sistema precedente y sugirió, a esos efectos, la conveniencia de implantar una sola forma de celebración válida civilmente acompañada de la posibilidad de celebrar después otra ceremonia religiosa ya sin efectos civiles, tal y como acontece en algunos ordenamientos, no sin advertir que esa hipotética reforma con toda probabilidad contaría con la fuerte oposición de las confesiones religiosas presentes en el país (Cfr. A. J. SHATTER, *Family Law*, *op. cit*., p. 178).

[77] Aunque la cita es algo extensa estimo que merece ser aquí reflejada por su especial interés en este asunto: «[…] *Under the Marriage Acts different conditions are prescribed for marriages performed in accordance with the rites of (1) the Church of Ireland, (II) the Presbyterian Church, (III) other Protestant Churches, (IV) the Jewish religion. These conditions relate to prior residence, district where the marriage is to be celebrated and place and time of the marriage. No similar conditions are laid down in connection with Roman Catholic marriages. It appears that the Marriage Acts are now being revised but that it may be neces-*

sary to continue with the differentiation between the different kinds of marriage ceremonies. The abolition of the conditions relating to the marriage of non-Catholics is not regarded as an advisable step as some of the smaller denominations are not sufficiently organised to ensure that parties who present themselves for marriage are, in fact, free to marry. 129. The opinion has been expressed that these provisions constitute discrimination on the grounds of religious profession or belief within the meaning of Article 44.2.3.º and that at least the penal provisions of the existing code would be declared not to have been carried over under the Constitution. We recommend that this difficulty be removed by adding a suitable provision to this part of the Constitution to the effect that the prohibition on religious discrimination shall not prevent the enactment of different procedural rules relating to different kinds of marriage ceremonies with a view to ensuring that all legal rules are complied with by the parties concerned». (*Report of the Committee on the Constitution. December, 1967*, Stationery Office, Dublin, pp. 45-46).

[78] «*The formalities for validly marrying, which are contained in a series of Acts stretching from 1844 to 1972 and in the Common Law should be simplified, uniformly applicable and given clear legislative force. The Committee agreed that this might properly be preceded by consultation with religious communities*» (*Report of the Joint Committee on Marriage Breakdown*, 1985, Stationery Office, Dublin, p. 42).

[79] El texto íntegro de la ley en el siguiente enlace: http://www.irishstatutebook.ie/2003/en/act/pub/0020/print.html.

[80] Así se desprende inequívocamente de las palabras del juez Kearns del Tribunal Supremo quien, tras haber señalado que la ley no pretende incorporar directamente el Convenio Europeo al ordenamiento irlandés, advierte no obstante lo que sigue: «*The Convention was ultimately incorporated in Ireland at a sub-constitutional level in a form of indirect or interpretative incorporation adopted by the Act of 2003*» (*Dublin City Council v. Fennell* [2005] 1 IR 604, p. 618).

[81] Así lo establece la sección 2(1) de la *European Convention on Human Rights Act* 2003: «*In interpreting and applying any statutory provision or rule of law, a court shall, in so far as is possible, subject to the rules of law relating to such interpretation and application, do so in a manner compatible with the State's obligations under the Convention provisions*». Sobre este tema *vid*. por todos D. DODD, *Statutory Interpretation in Ireland*, Dublin, 2008, pp. 313-15.

[82] Así lo declara la sección 4 de la ley de 2003: «*Judicial notice shall be taken of the Convention provisions and of— (a) any declaration, decision, advisory opinion or judgment of the European Court of Human Rights established under the Convention on any question in respect of which that Court has jurisdiction, (b) any decision or opinion of the European Commission of Human Rights so established on any question in respect of which it had jurisdiction, (c) any decision of the Committee of Ministers established under the Statute of the Council of Europe on any question in respect of which it has jurisdiction, and a court shall, when interpreting and applying the Convention provisions, take due account of the principles laid down by those declarations, decisions, advisory opinions, opinions and judgments*». Sobre el que este autor califica de profundo impacto que la ley de 2003 ha tenido en el devenir desde entonces de la jurisprudencia irlandesa puede verse T. E. O´DONNELL, «The District Court, the European Convention on Human Rights Act, 2003 — «Cause and effect», en *Judicial Studies Institute Journal*, 2 (2010); sobre la repercusión que similarmente ha tenido el Convenio Europeo en este caso en Inglaterra, a partir de lo que paralelamente dispuso la *Human Rights Act 1998*, puede verse, por ejemplo, D. PIEVSKY, «What Does Taking Into Account Strasbourg Jurisprudence Really Mean?», en *Judicial Review*, vol. 17-3 (2012); más ampliamente y en relación específica con la repercusión que esa ley inglesa ha tenido en materia de garantía de la libertad religiosa en el Derecho interno de ese país, resulta imprescindible la consulta de S. KNIGHTS, *Freedom of Religion, Minorities and the Law*, Oxford, 2007.

[83] Sobre este tema *vid*. por todos J. R. POLO, «Anotaciones sobre la eficacia civil del matrimonio religioso en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, 54 (2015).

[84] Cfr. A. KENNEALLY y J. TULLY, *The Irish Legal System*, Dublin, 2013, p. 179.

[85] Ha de tenerse presente, en cualquier caso, que el mecanismo previsto por la ley de 2003 no conduce a la invalidación de una norma interna por estimarse contraria a las previsiones del Convenio sino que, únicamente, puede dar lugar a la aquí llamada *declaración de incompatibilidad*, a resultas de la cual será el Gobierno el que habrá de instar a la adopción de las oportunas medidas legislativas correctoras, un procedimiento en gran medida insatisfactorio desde la perspectiva de la efectiva implementación de las garantías convencionales que ha sido muy criticado tanto por la doctrina irlandesa como por la propia Comisión de Derechos Humanos del Parlamento de la República (*vid*. al respecto E. BROWN, «Committed relationships and the law: the impact of the European Convention on Human Rights», en O. DOYLE y W. BINCHY (*Eds*.), *Committed Relationships and the Law*, Dublin, 2007, pp. 270-74).

[86] Cfr. *Donegan v. Dublin City Council* [2012] IESC 18.

[87] *Vid*., al respecto R. BYRNE and J. P. McCUTCHEON, *The Irish Legal System*, Dublin, 2014, p. 876; también en el ordenamiento inglés, un informe oficial de una comisión gubernamental encargada de evaluar el régimen de las entidades sin ánimo de lucro en ese país, teniendo en cuenta lo previsto en la *Human Rights Act 1998*, llegó a reconocer expresamente que determinadas especialidades que beneficiaban solo a las confesiones cristianas eran incompatibles con las garantías europeas y por tanto propuso su supresión legal, si bien el Gobierno entonces alegó razones prácticas para no obrar de ese modo pese a reconocer que esa vulneración efectivamente estaba teniendo lugar (*vid*., J. RIVERS, *The Law of Organized Religions. Between Establishment and Secularism*, Oxford, 2010, pp. 168-69).

[88] No puede olvidarse que la Corte de Estrasburgo venía ya siendo muy reacia a cuestionar la validez de los sistemas matrimoniales locales que pudiesen teóricamente resultar contrarios al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 del CEDH, apelando en este tema como en tantos otros a la doctrina del margen nacional de apreciación y haciendo de ella un uso a menudo ostensiblemente desmesurado, razones por las cuales es posible que la ley de 2003 no jugase un papel tan destacado como tal vez cabría suponer en la cuestión específica que ahora nos ocupa. De hecho, un trabajo doctrinal específicamente dedicado a esta cuestión —acaso el único publicado por entonces— ni tan siquiera menciona el tema del tratamiento desigual de las diversas formas religiosas de celebración marital que caracterizaba a la legislación del momento (Cfr. D. BROWNE, «Family Law Aspects of the European Convention on Human Rights Act 2003», en *The Bar Review*, vols. 9-2 (2004); y lo cierto es que, como se ha puesto en evidencia, tampoco en el ordenamiento inglés la *Human Rights Act 1998* ha tenido realmente una gran repercusión en el ámbito del Derecho de familia, sino más bien al contrario (Cfr. K. STANDLEY, *family law*, Hampshire, 2006, pp. 13-19).

[89] Cfr. S. MULLALLY, «Mainstreaming equality in Ireland: a fair and inclusive accommodation?», en *Legal Studies*, vol. 21-1 (2001), p. 114.

[90] Cfr. G. SHANNON, *Family Law*, Oxford, 2011, p. 15.

[91] Según dispone la sección 46(1) de la CRA, «*A marriage solemnised in the State, after the commencement of this section, between persons of any age shall not be valid in law unless the persons concerned— (a) (i) notify any registrar in writing in a form for the time being standing approved by an tArd-Chláraitheoir of their intention to marry not less than 3 months prior to the date on which the marriage is to be solemnised, or (ii) are granted an exemption from the application of subparagraph (i) under section 47 and give a copy of the court order granting the exemption to any registrar before the date aforesaid, and (b) attend at the office of that registrar, or at any other convenient place specified by that registrar, at any time during normal business hours not less than 5 days (or such lesser number of days as may be determined by that registrar) before the date aforesaid and make and sign a declaration in his or her presence that there is no impediment to the said marriage*».

[92] Señala la sección 46(2) de la CRA que, «*Except in such circumstances as may be prescribed, a notification referred to in subsection (1)(a)(i) shall be delivered by both of the parties to the intended marriage, in person, to the registrar*» y, por su parte, la sección 46(3) de la misma norma estipula lo que sigue: «*The notification aforesaid shall be accompanied*

by the prescribed fee and such (if any) other documents and information as may be specified by an tArd-Chláraitheoir».

[93] Según prescribe la sección 46(5) de la CRA, «*When, in relation to an intended marriage, a registrar receives a notification under, or a copy of a court order referred to in, subsection (1) (a) and any other documents or information specified in subsection (3), he or she shall notify in writing of the receipt each of the parties to the intended marriage and the person who is intended to solemnise the marriage*».

[94] Según establece la sección 46(6) de la CRA, «*A notification under subsection (5) shall not be construed as indicating the approval of the registrar concerned of the proposed marriage concerned*».

[95] A tenor de la sección 46(7) de la CRA, «*The registrar concerned may require each party to an intended marriage to provide him or her with such evidence relating to that party's forename, surname, address, marital status, age and nationality as may be specified by an tArd-Chláraitheoir*».

[96] «*The requirements specified in subsections (1) and (2) are declared to be substantive requirements for marriage*» (Cfr. la sección 46(4) CRA).

[97] Así lo establece la sección 47 de la CRA: «*(1) The Circuit Family Court or the High Court may, on application to it in that behalf by both of the parties to an intended marriage, by order exempt the marriage from the application of section 46 (1)(a)(i). (2) The following provisions shall apply in relation to an application under subsection (1)— (a) it may be made informally, (b) it may be heard and determined otherwise than in public, (c) a court fee shall not be charged in respect of it, and (d) it shall not be granted unless the applicants show that its grant is justified by serious reasons and is in their interests*. […]».

[98] «*In the case of an intended marriage, the registrar aforesaid shall, before the solemnisation of the marriage, give a marriage registration form completed in accordance with subsection (1) to one of the parties to the marriage*» (Sección 48(2) de la CRA).

[99] Señala en este caso la sección 48(3) de la CRA lo que sigue: «*A marriage shall not be solemnised unless one of the parties to the marriage has given the relevant marriage registration form to the person solemnising the marriage, for examination by him or her*».

[100] Cfr. la sección 51(8) de la CRA.

[101] Incidentalmente, debe hacerse notar que una propuesta de reforma legal semejante a esta, análogamente caracterizada por la sustitución del registro de los lugares de culto aptos para formalizar matrimonios por el de los celebrantes autorizados a ese propósito, fue formalmente presentada ante el Parlamento británico hace unos años, aunque sin éxito, en relación con el sistema matrimonial inglés, y lo fue además con un parecido propósito general de simplificar este régimen y disminuir las desigualdades (*vid*., entre otros, J. M. MASSON, R. BAILEY-HARRIS y R. J. PROBERT, *Cretney Principles of Family Law*, London, 2008, p. 41; N. LOWE y G. DOUGLAS, *Bromley´s Family Law*, Oxford, 2007, pp. 63-64).

[102] Según proclama la sección 51(2) de la CRA, «*A registered solemniser shall not solemnise a marriage unless— (a) both parties to the marriage are present, (b) two persons professing to be 18 years or over are present as witnesses, (c) the place where the solemnisation takes place is open to the public, and (d) he or she is satisfied that the parties to the marriage understand the nature of the marriage ceremony and the declarations specified in subsection (4)*».

[103] Cfr. la sección 51(4) de la CRA. Asimismo, la sección 51(9) contiene la siguiente aclaración: «*A declaration specified in paragraph (a) of subsection (4)* [la relativa a la ausencia de impedimentos] *may be made at any time before the declaration under paragraph (b) of that subsection is made* [mutua prestación del consentimiento]*, not being a time earlier than 2 days before the day on which the latter declaration is made*».

[104] «*The parties to a marriage solemnised in accordance with this Act shall be taken to be married to each other when both of them have made a declaration in the presence of each other, the registered solemniser and the two witnesses that they accept each other as husband and wife*» (Sección 51(7) de la CRA); como se ha destacado, el carácter contractual del matrimonio ha estado siempre presente en la jurisprudencia de la órbita del *common law*,

aunque también lo ha estado la percepción de que se trata de un contrato muy peculiar (algo más que un simple contrato entre particulares) en tanto que da origen a la creación de un peculiar estatus identificado con la relación conyugal ya constituida (Cfr. P. A. O´CONNOR, *Key Issues in Irish Family L*aw, Dublin, 1988, pp. 2-3).

[105] Así lo prescribe la sección 51(3) de la CRA: «*A registered solemniser shall not solemnise a marriage except in accordance with a form of ceremony which— (a) has been approved by an tArd-Chláraitheoir, (b) includes and is in no way inconsistent with the declarations specified in subsection (4), and (c) in the case of a registered solemniser who is not a registrar, is recognised by the religious body or the secular body, as the case may be, of which he or she is a member*».

[106] Cfr. la sección 51(5) de la CRA.

[107] Esta modalidad se regula en la sección 51(6) de la CRA en los siguientes términos: «*(a) If a person, being one of the parties to a marriage, the registered solemniser concerned or one of the witnesses to the solemnisation, does not have a sufficient knowledge of the language of the ceremony to understand the ceremony and that language, the parties to the marriage shall arrange for the translation during the ceremony of the words of the ceremony into a language known to the person by an interpreter (not being a party or a witness to the marriage) present at the ceremony. (b) An interpreter who is present at a marriage ceremony pursuant to paragraph (a) shall— (i) before the ceremony, sign, in the presence of the registered solemniser, a statement to the effect that the interpreter understands, and is able to converse in, any language in respect of which he or she is to act as interpreter at the ceremony, and give the statement to the registered solemniser, and (ii) immediately after the ceremony, give the registered solemniser a certificate written in the language used by the registered solemniser at the ceremony and signed by the interpreter in the presence of the registered solemniser to the effect that the interpreter has faithfully acted as interpreter at the ceremony*».

[108] Todo ello así lo proclama la sección 52(1) de la CRA: «*Notwithstanding any statutory provision that conflicts with this subsection, a marriage may be solemnised only at a place and time chosen by the parties to the marriage with the agreement of the registered solemniser concerned and (if the registered solemniser is a registrar and the place chosen is not the office of a registrar) the approval of the place by the authority by which the registrar is employed, and the question whether to give or withhold such an approval shall be determined by that authority by reference to such matters as may be specified by the Minister*».

[109] Cfr. J. NESTOR, *An Introduction to Irish Family Law*, Dublin, 2007, p. 28; hasta hace muy poco tiempo una interpretación muy estricta del texto legal por parte de la máxima autoridad registral venía impidiendo celebrar estos matrimonios en lugares abiertos tales como parques, jardines o, incluso, la terraza de un hotel, pero recientemente y tras una fuerte contestación a ese criterio especialmente por parte de los humanistas, se ha autorizado también esa posibilidad reclamándose en todo caso que se trate de lugares a los que el público tenga libre acceso.

[110] Según indica la sección 53 de la CRA, «*(1) An tArd-Chláraitheoir shall establish and maintain a register (which shall be known as the Register of Solemnisers and is referred to in this Part as «the Register») of persons empowered, by virtue of their registration in the Register, to solemnise marriages. (2) The Register shall be open to inspection by members of the public at all reasonable times*. […]».

[111] Así lo indica la sección 54(1) de la CRA, según la completa nueva redacción dada a este apartado por la sección 6 de la CRAA: «*A body may apply to an tArd-Chláraitheoir— (a) in case the body is the Executive, for the registration of a registrar named in the application who is employed by the Executive and is aged 18 years or more, (b) in case the body is a religious body, for the registration of a member named in the application who is aged 18 years or more, and (c) in case the body is a secular body, for the registration of a member named in the application who is aged 18 years or more.*»

[112] «*An application under subsection (1) shall be in such form and contain particulars in relation to such matters as an tArd-Chláraitheoir may determine*» (Sección 54(2) de la CRA).

[113] En este sentido, la sección 6 de la CRAA añadió las siguientes dos subsecciones a la sección 54 de la CRA: «*(2A) An application to which subsection (1)(c) applies shall be accompanied by a certificate— (a) in such form and containing such particulars as may be determined raitheoir, and (b) signed by an officer of the secular body concerned stating that the member in relation to whom the application is made has been selected, trained and accredited by the secular body in accordance with the procedures referred to in section 45A(1)(e) and is, in the opinion of the said officer, a fit and proper person to solemnise a marriage. (2B) A religious body or a secular body that has made an application under subsection (1) shall, in relation to that application, provide an tArd-Chláraitheoir with such additional information as he or she may request within such period as may be specified in the request*».

[114] «*Where one or more members of a religious body or a secular body stand registered in the Register, the body shall not make a further application under subsection (1) unless it is satisfied that there is a need for a larger number of its members to be so registered*» (Sección 54(3) de la CRA).

[115] Así lo establece la sección 53 de la CRA: «[…] *(3) An tArd-Chláraitheoir shall, subject to subsection (4), register a person in respect of whom an application is made under section 54. (4) An tArd-Chláraitheoir shall refuse to register a person if he or she considers that— (a) the body concerned (not being an authority) is not a religious body or a secular body, (b) the form of marriage ceremony used by the body concerned does not include both of the declarations specified in section 51(4) or is inconsistent with either of them, (c) the form of marriage ceremony used by the body concerned has not been approved by an tArd-Chláraitheoir, or (d) the person is not a fit and proper person to solemnise a marriage* […]».

[116] *Vid*., al respecto, por ejemplo, J. R. POLO, *La naturaleza jurídica de las confesiones religiosas en el Derecho Constitucional español*, Málaga, 2008; más recientemente, IDEM, «Notas sobre el estatuto de las confesiones religiosas en la Ley Orgánica del Derecho de Asociación», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97 (2013). También publicado en IDEM, *Dimensiones de la libertad religiosa…*, *op. cit*.

[117] Esencialmente el mismo problema se ha planteado, por citar ahora dos ordenamientos cercanos en su fundamentación al de la República de Irlanda, en el sistema matrimonial propio de Inglaterra y Gales (*vid*., IDEM, «Sistema matrimonial y concepto legal de confesión religiosa en el ordenamiento jurídico inglés», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXXI (2015) y en el sistema matrimonial escocés (*vid*. IDEM, «La eficacia civil del matrimonio religioso y el nuevo *matrimonio de creencia…*», *loc. cit*.

[118] *Vid*. la sección 56 de la CRA, a algunas de cuyas subsecciones les fue dada una nueva redacción por la CRAA.

[119] Así en efecto, según esa disposición, «*religious body» means an organised group of people members of which meet regularly for common religious worship*».

[120] Según establecía la sección 12 de la *Marriage Law (Ireland) Amendment Act 1863*, «*Any trustee or owner of a separate building (not being a church or chapel belonging to the United Church of England and Ireland) used as a place of public worship by any church, denomination, or body of Protestant Christians, or any officiating minister of any such place of public worship, may certify in writing, signed by him, to the Registrar General, that such building is so used, and shall at the same time deliver to the Registrar General a certificate signed by ten householders at the least that such building has been used by them during one year at least as their usual place of public worship, and that they are desirous that such place should be registered; and such trustee, owner, or minister shall countersign such certificate. On the receipt of such certificates the Registrar General shall register such place of public worship in the general registry office, and shall send a certificate of such registration to the person certifying, and to the registrar of the district in which such place of public worship shall be situated, who shall keep the same with the other records of his office; the Registrar General shall also give public notice of such registration by advertisement in the Dublin Gazette, and in a newspaper circulating in the county where the place of public worship is situate* […]».

[121] Una muy ilustrativa exposición de conjunto sobre el régimen jurídico de esta categoría especial en el seno de la vigente regulación irlandesa sobre las entidades sin ánimo de lucro puede verse en K. O´HALLORAN, *Charity Law*, Dublin, 2009, pp. 170 y sigs.; como se sabe, existe asimismo otra específica figura jurídica, concretamente la de los fideicomisos (*trusts*), en la que igualmente se contempla la posibilidad de acceso a las exenciones fiscales previstas para los entes sin ánimo de lucro bajo las mismas condiciones, dando lugar así a la categoría de los *charitable trusts* entre los que paralelamente se encuentran también aquellos que acceden a este estatuto al constituirse con fines religiosos o de fomento de la religión. En este sentido, en lo que atañe a la determinación de su estatuto fiscal su régimen jurídico es esencialmente el mismo y vale también para estos fideicomisos lo que se expone a continuación respecto de las *religious charities* a propósito de la determinación de sus fines. Sobre la regulación irlandesa de este tipo especial de fideicomisos, los llamados *trusts for the advancement of religion*, *vid*. por todos H. DELANY, *Equity and the Law of Trusts in Ireland*, Dublin, 2011, pp. 354 y sigs.

[122] El texto completo de la ley puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.irishstatutebook.ie/2009/en/act/pub/0006/print.html.

[123] Se trata fundamentalmente de la *Charities Act 1961* y de la *Charities Act 1973*, ambas instauradoras de un marco legal abiertamente inspirado en el régimen que para Inglaterra estableció la *Charities Act 1960*.

[124] Cfr. H. DELANY, «The Law Relating to Charitable Trusts — Judicial Guidance and Statutory Intervention», en *Dublin University Law Journal*, 33 (2011), p. 199.

[125] El estudio más completo y penetrante sobre este aspecto específico, de entre los más recientes, seguramente sea el de J. GARTON, *Public Benefit in Charity Law*, Oxford, 2013, que hace también mención, allí donde procede, al tratamiento de esta cuestión en el ordenamiento de la República de Irlanda.

[126] Según establece la sección 3 de la *Charities Act 2009*: «*(1) For the purposes of this Act each of the following shall, subject to subsection (2), be a charitable purpose: (a) the prevention or relief of poverty or economic hardship; (b) the advancement of education; (c) the advancement of religion; (d) any other purpose that is of benefit to the community. (2) A purpose shall not be a charitable purpose unless it is of public benefit. (3) Subject to subsection (4), a gift shall not be of public benefit unless— (a) it is intended to benefit the public or a section of the public, and (b) in a case where it confers a benefit on a person other than in his or her capacity as a member of the public or a section of the public, any such benefit is reasonable in all of the circumstances, and is ancillary to, and necessary, for the furtherance of the public benefit. (4) It shall be presumed, unless the contrary is proved, that a gift for the advancement of religion is of public benefit. (5) The Authority shall not make a determination that a gift for the advancement of religion is not of public benefit without the consent of the Attorney General* […]»; por su parte, en el ordenamiento inglés esa misma presunción en el contexto de las *charities* fue también tradicionalmente establecida en favor de los fines religiosos pero sería sin embargo suprimida por virtud de lo estipulado en la sección 3(2) de la *Charities Act 2006*, quedando así equiparados esos fines a las restantes categorías de los *charitable purposes* (*vid*. al respecto, por ejemplo, M. HARDING, «Trusts for Religious Purposes and the Question of Public Benefit», en *The Modern Law Review*, 71 (2008).

[127] No podrían ser más elocuentes las siguientes palabras del Juez Keane del Tribunal Supremo: «[…] *religion plays an important part in Irish life and has done so for many centuries. That unquestionable fact is reflected in the provisions of Article 44 of the Constitution. Even were such provisions absent from the Constitution, however, courts could not disregard, at least in a context where it becomes relevant, the fact that religious beliefs and practices are interwoven through the fabric id Irish society. It is for that reason that our law of charities, for example, deriving from the statute law and common law of a former era, continues to treat trusts established for the advancement of religion as entitled to charitable status without any proof that they are for the public benefit*» (*Campaign to Separate Church and State v. Minister for Education* [1998] 3 IR 321, pp. 358-59).

[128] Recientemente y en el transcurso de una conferencia pronunciada por uno de los actuales jueces del Tribunal Supremo, este destacó la que calificó como una curiosa ausencia de una definición legal de la religión en esta ley, implícitamente dando a entender que una tal definición hubiese sido necesaria o conveniente (*Vid*., L. BEIRNE, «Recent Developments in Charities Regulation», en *The Bar Review*, vol. 19-6 (2014), p. 123).

[129] «*A charitable gift for the purpose of the advancement of religion shall have effect, and the terms upon which it is given shall be construed, in accordance with the laws, canons, ordinances and tenets of the religion concerned*» (sección 3(6) de la *Charities Act 2009*).

[130] «*For the purposes of this section, a gift is not a gift for the advancement of religion if it is made to or for the benefit of an organisation or cult— (a) the principal object of which is the making of profit, or (b) that employs oppressive psychological manipulation— (i) of its followers, or (ii) for the purpose of gaining new followers*» (Sección 3(10) de la *Charities Act 2009*).

[131] La expresión evoca el recuerdo de esa otra que, con un propósito no muy distinto pero en el contexto de la legislación española, emplea el artículo 515.3.º de nuestro Código Penal cuando declara ilícitas a aquellas asociaciones que, «aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución». A mi juicio, buena parte de los problemas que desde la óptica de la seguridad jurídica y en general de nuestro sistema garantista plantea ese tan peculiar último inciso son, en gran medida, extrapolables a lo estipulado por la disposición irlandesa en cuestión; me ocupé tiempo atrás de este tema en J. R. POLO, «Los límites de la libertad de asociación y el principio de seguridad jurídica (A propósito del artículo 515.3.º del Código Penal)», en *Anuario de Derechos Humanos*, 4 (2003). También publicado en IDEM, *Estudios sobre la Constitución y la libertad de creencias*, Málaga, 2006.

[132] *Vid*., respectivamente, las secciones 45 y 80 de la *Charities Act 2009*.

[133] El principio se refleja en este célebre pasaje obra del Juez Walker, de la *High Court of Justice*: «[…] *a gift for the advancement of «religion» is a charitable gift; and that in applying this principle, the Court does not enter into an inquiry as to the truth or soundness of any religious doctrine, provided it be not contrary to morals, or contain nothing contrary to law. All religions are equal in the eye of the law, and this especially applies since the abolition in this country of a State Church. Whether the subject of the gift be religious or for an educational purpose, the Court does not set up its own opinion. It is enough that it is not illegal, or contrary to public policy, or opposed to the settled principles of morality*» (*O'Hanlon v. Logue* [1906] 1 IR 247, pp. 259-60).

[134] cfr. STEDH de 26 de septiembre de 1996. Caso *Manoussakis* contra Grecia.

[135] Empleo aquí la expresión apelando a su significado en el lenguaje común, esto es, en tanto que religiones tradicionales, más conocidas o, si se prefiere, más arraigadas, y no lo hago, obviamente, en el sentido jurídico que evoca la idea de los estados confesionales o, desde la perspectiva inversa, de las iglesias oficiales o iglesias de estado.

[136] Según dispone la sección 3 de la *Charities Act 2011*, aplicable en Inglaterra y Gales, «*in paragraph (c), «religion» includes— (i) a religion which involves belief in more than one god, and (ii) a religion which does not involve belief in a god*», una previsión que ya había sido contemplada en los mismos términos por la *Charities Act 2006*. Sobre el estatuto de las *religious charities* en el Derecho ingles *vid*., por todos, H. PICARDA, *The Law and Practice Relating to Charities*, West Sussex, 2010, pp. 89 y sigs.

[137] El artículo 2(3)(a) del *Charities (NI) Bill 2007* establece lo que sigue: «*religion includes - (i) a religion which involves belief in more than one god, and (ii) any analogous philosophical belief (whether or not involving belief in a god)*». Con anterioridad a esta ley, sin embargo, tradicionalmente el ordenamiento de Irlanda del Norte también demandaba la creencia en un dios como requisito para el acceso a la categoría de las *religious charities* (*vid*. al respecto K. O'HALLORAN y R. CORMACAIN, *Charity Law in Northern Ireland*, Dublin, 2001, pp. 222-23).

[138] Cfr. K. O´HALLORAN, *Religion, Charity and Human Rights*, *op. cit*., pp. 246-47.

[139] Cfr. O. B. BREEN, «Neighbouring perspectives: legal and practical implications of charity regulatory reform in Ireland and Northern Ireland», en *Northern Ireland Legal Quarterly*, 59-2 (2008), pp. 230-31. Aunque, como también apunta este autor, es cierto que no es posible saber bajo qué categoría concreta se produjo ese reconocimiento —acaso no fue la del fomento de la religión—, ya que en ese momento no existía un sistema de registro obligatorio como el instaurado por la ley de 2009; sobre el concepto amplio de religión que han venido asumiendo los tribunales irlandeses al hilo de la determinación del ámbito de amparo de la garantía constitucional de la libertad religiosa, puede verse también E. DALY, *Religion, Law and the Irish State*, Dublin, 2012, pp. 117-20.

[140] Cfr. G. HOGAN y G. WHYTE, *J. M. Kelly: The Irish Constitution*, Dublin, 2006, p. 2030.

[141] Cfr. M. FORDE, *Constitutional Law*, Dublin, 2004, pp. 617-18.

[142] En palabras del Juez Hamilton, del Tribunal Supremo, «*It is probably true to say that the respect for religion which the Constitution requires the State to show implies that each religious denomination should be respected when it says what its ethos is. However the final decision on this question as well as the final decision on what is reasonable or reasonably necessary to protect the ethos will rest with the court and the court in making its overall decision will be conscious of the need to reconcile the various constitutional rights involved*» (*In Re Article 26 and the Employment Equality Bill 1996* [1997] 2 IR 321, p. 359).

[143] Así por ejemplo, G. E. DAL PONT, «Charity law and religion», en P. RADAN, D. MEYERSON y R. S. CROUCHER (*Eds.*), *Law and Religion. God, the State and the Common Law*, Oxfordshire, 2005, p. 224.

[144] *Vid*., sintéticamente, R. SANDBERG, *Law and Religion*, Cambridge, 2011, pp. 57-58.

[145] «*Furthermore, the whole question as to whether the Church of Scientology is a religion or not remains controversial throughout the world and it is not sensible to suggest that it can be determined by sundry decisions relating to tax*» (*Johnston v. Church of Scientology* [2001] 1 IR 682, p. 686).

[146] Cfr. G. WHYTE, «On the Meaning of "Religion" under the Irish Constitution», en O. DOYLE y E. CAROLAN (*Eds.*), *The Irish Constitution: Governance and Values*, Dublin, 2008, pp. 446 y sigs.

[147] Cfr. P. W. EDGE, *Religion and Law*, Hampshire, 2006, p. 111.

[148] *Vid*. por todos J. R. POLO, «El significado constitucional de la libertad religiosa», en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, 13 (2013). También publicado en IDEM, *Dimensiones de la libertad religiosa…*, *op. cit*.

[149] Se puede acceder al extensísimo listado que integra el Registro de celebrantes, actualizado periódicamente por la administración competente, a través del siguiente enlace: https://www.welfare.ie/en/Pages/Getting_Married.aspx#sect4.

[150] Cfr. M. McNAMARA, «Till death us do part», en *Law Society Gazette*, vols. 102-2 (2008), p. 32. Obviamente, de darse por buena la sugerencia de este autor habría que propugnar también la posible inconstitucionalidad del más estricto criterio de lo religioso paralelamente adoptado en el estatuto de las entidades sin ánimo de lucro, similarmente disconforme con la garantía iusfundamental del principio de no discriminación.

[151] *Vid*., al respecto T. CROSS y J. BECKETT, «Focus on ECHR, Article 9: Recent Developments», en *Judicial Review*, vols. 12-1 (2007), pp. 79-81.

[152] La citada disposición introduce en la CRA la siguiente subsección: «*45A. (1) For the purposes of this Part, a body shall, subject to subsection (2), be a secular body if it is an organised group of people and— (a) it has not fewer than 50 members, (b) its principal objects are secular, ethical and humanist, (c) members of the body meet regularly in relation to their beliefs and in furtherance of the objects referred to in paragraph (b), (d) it does not have any rules regarding marriage or the solemnisation of marriages that contravene the requirements of this Act or any other enactment or rule of law, (e) it is shown to the satisfaction of an tArd-Chláraitheoir to be a body that has appropriate procedures in writing for selecting, training and accrediting members as fit and proper persons to solemnise marriages,*

(f) it is a body that, on the date of its making of an application under section 54 or 57, has been in existence for a continuous period of not less than 5 years, (g) it is a body— (i) that is entitled to an exemption under section 207 or 208 of the Taxes Consolidation Act 1997, and was so entitled for a continuous period of not less than five years immediately preceding the date of the body's most recent application under section 54 or 57, and (ii) in respect of which— (I) a number (commonly referred to as a CHY number) stands issued by the Revenue Commissioners for the purposes of that exemption, and (II) that number stood issued for a continuous period of not less than 5 years immediately preceding the date of its most recent application under section 54 or 57, (h) it is a body that does not have the making of profit as one of its principal objects, and (i) it maintains a register of its members […]».

[153] Así continúa la precitada sección 3 de la CRAA: «[…] *(2) None of the following is a secular body for the purposes of this Part: (a) a political party, or a body that promotes a political party or candidate; (b) a body that promotes a political cause; (c) an approved body of persons within the meaning of section 235 of the Taxes Consolidation Act 1997; (d) a trade union or a representative body of employers; (e) a chamber of commerce; (f) a body that promotes purposes that are— (i) unlawful, (ii) contrary to public morality, (iii) contrary to public policy, (iv) in support of terrorism or terrorist activities, whether in the State or outside the State, or (v) for the benefit of an organisation membership of which is unlawful*».

[154] Información sobre el particular puede consultarse, por ejemplo, en el siguiente enlace: http://atheist.ie/2013/07/the-civil-registration-act-discriminates-on-religious-grounds-and-undermines-human-rights/. (Fecha de mi última consulta: 25 de marzo de 2015).

(Trabajo recibido el 9-4-2015 y aceptado para su publicación el 15-4-2015)

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 13-7-2015
(*BOE* 22-9-2015)
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 7

PARTICIÓN DE HERENCIA: CONCEPTO Y REQUISITOS.

En el caso de partición y adjudicaciones en la que no concurran la totalidad de los herederos, se quiebra el principio de que la partición de la herencia se debe realizar por todos los coherederos por unanimidad, pues una cosa es el derecho hereditario a aceptar la herencia, que no es más que un derecho en abstracto al conjunto de bienes que integran la herencia y otra el derecho en concreto sobre bienes o cuotas determinadas, en tanto no se lleve a efecto la partición de la herencia, de modo que, es necesario el concurso de todos los llamados a la partición de la herencia para que cada derecho hereditario en abstracto se convierta en titularidades singulares y concretas sobre los bienes del caudal hereditario. Ha puesto de relieve este Centro Directivo (resoluciones citadas en «Vistos»), para un supuesto análogo al presente, que una cosa es que la herencia haya de tenerse por aceptada en virtud del auto judicial en el procedimiento del artículo 1005 del Código Civil, y otra muy distinta que para la partición correspondiente no haya de contarse con los herederos cuyo consentimiento se omite en el otorgamiento de la escritura calificada. Alega el recurrente que lo realizado es la «conversión de una comunidad hereditaria en comunidad ordinaria sin partición alguna, por el mero hecho de la aceptación y la omisión de la voluntad, aún más, de voluntad contraria, de partir cosa o derecho alguno». Conversión que considera «automática», «*ex lege*». Ha determinado este Centro

Directivo que existe dicho acto particional, y no solo porque se forma inventario y se concretan sobre bienes determinados los derechos sucesorios atribuidos por el causante en su testamento, sino porque, además, y con carácter previo, se procede a liquidar la sociedad de gananciales, determinando los derechos que por razón de tal liquidación habrán de corresponder al cónyuge supérstite y los que habrán de corresponder al caudal relicto. Así, el carácter particional del acto cuya inscripción se pretende aparece, tanto en la adjudicación, por título de herencia, de participaciones indivisas de bienes concretos, como en la liquidación de la sociedad de gananciales que es realizada como presupuesto para inventariar los bienes integrantes del caudal relicto.

Resolución de 13-7-2015
(*BOE* 22-9-2015)
Registro de la Propiedad de Almuñécar

OBRAS NUEVAS POR ANTIGÜEDAD: SEGURO DECENAL.

Es el artículo 19.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación el que obliga a la constitución del seguro de daños materiales o seguro de caución, «para garantizar, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio». Esta obligación, que se contrae al supuesto de «edificios cuyo destino principal sea el de vivienda» (Disposición Adicional Primera), se establece a cargo del promotor (cfr. art. 9.1 y 2.d]). La inscripción de obras nuevas en los términos previstos en el artículo 20.4 de la Ley de suelo, exceptúa la previa justificación de su adecuación a la legalidad urbanística, dado el mayor interés que, a juicio del legislador, tiene la publicidad registral de su existencia y la sujeción a los principios registrales de los derechos constituidos sobre las mismas. Se trata ahora de determinar si la misma excepción al régimen general de inscripción de declaraciones de obra nueva resulta aplicable a la exigencia de justificación de contratación del seguro decenal. Dentro del marco general de aplicación intertemporal, quedan excluidas de la exigencia de acreditar la contratación de garantías del artículo 19.1.c) de la Ley de Ordenación de la Edificación aquellas personas que declaren una obra que, al tiempo de la declaración, tenga más de diez años de antigüedad desde su terminación, pues dicho plazo, el de diez años, es el de duración de las garantías exigidas por el citado artículo y dicho plazo ha de contarse, según resulta de lo previsto en el artículo 17.1 de la Ley 38/1999 y de la Instrucción de esta Dirección General de 11 de septiembre de 2000, desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas, o desde la subsanación de estas. Por tanto, transcurrido dicho plazo en el momento en el que se declara la obra nueva, no puede exigirse la contratación de garantías cuyo plazo obligatorio de duración ya ha transcurrido. No obstante la decidida voluntad del legislador de que accedan al Registro las edificaciones consolidadas por su antigüedad, que justifica su régimen de excepción regulado en el artículo 20.4 de la Ley de suelo, ni de esta ni de la Ley de Ordenación de la Edificación resulta que dicha voluntad haya llevado a excluir la exigencia de contratación de las garantías previstas en esta última cuando la declaración de la obra se realiza sobre la base de la imposibilidad de demolición. La Ley de Ordenación de la Edificación no establece distinción alguna, sin que por este Centro

Directivo pueda distinguirse donde la Ley no lo hace. Consecuentemente con lo expuesto, de la documentación aportada no se deduce que la construcción sea anterior a la entrada en vigor de la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación, esto es, con anterioridad al 5 de mayo de 2000; ni tampoco consta acreditado que tenga una antigüedad superior a diez años; ni tampoco que concurra la excepción a la obligación de contratación del seguro establecida por dicha Ley, para el caso de autopromotor de una única vivienda unifamiliar para uso propio, por lo que el recurso debe ser desestimado.

http://www.boe.es/boe/dias/2015/09/22/pdfs/BOE-A-2015-10166.pdf

Resolución de 13-7-2015
(*BOE* 22-9-2015)
Registro de la Propiedad de Cornellá de Llobregat, número 1

HIPOTECA: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 2/2009, DE 31 DE MARZO DE 2009

La primera cuestión que se discute es la relativa a los requisitos que han de concurrir en los prestamistas no entidades de crédito para que les sea de aplicación la Ley 2/2009, de 31 de marzo de 2009, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Conviene recordar, antes de entrar a examinar las circunstancias concurrentes en este supuesto, que la Exposición de Motivos de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores sobre bienes inmuebles de uso residencial, establece como objetivo de la misma el garantizar que todos los consumidores que concluyan los contratos de crédito sobre bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección, con independencia de la finalidad del crédito y del carácter o no de entidad crediticia del prestamista; e impone la obligación de los Estados miembros de exigir a las autoridades competentes que supervisen a los prestamistas y los faculten para obtener los datos que necesiten para evaluar de manera fiable el cumplimiento de sus obligaciones. En consecuencia, ha sido correcta la actuación de la registradora de la Propiedad al acudir, como medio para completar la calificación y evaluación del cumplimiento de los requisitos legales por parte del acreedor, a la consulta del «Servicio de Interconexión entre los Registros» y no admitir sin más la manifestación negativa del acreedor-cesionario acerca de su condición de profesional. El carácter de habitualidad en la concesión de préstamos no tiene una definición precisa en la legislación en general ni en la específica, siendo las diferentes normas que, de un modo u otro, aluden a este término las que en ocasiones han fijado criterios objetivos para considerar la existencia de tal carácter (por ejemplo la legislación fiscal para entender como habitual un domicilio). Fuera de estos supuestos la resolución de la controversia sobre el carácter habitual o no de una actividad solo puede producirse por la valoración de las pruebas existentes en uno u otro sentido. 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. En este sentido el otorgamiento de sucesivos préstamos hipotecarios en un número considerable constituye un indicio suficiente del desarrollo de una actividad profesional, que justifica la exigencia por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos legales exigibles; quedando desvirtuada la manifestación del prestamista de no ejercer de forma profesional la actividad efectuada en la escritura, por los datos obrantes en los diferentes Registros de la Propiedad, que revelan una habitualidad en la concesión de préstamos con garantía hipotecaria. Ciertamente es difícil establecer objetivamente cuántos créditos son necesarios para considerar que existe habitualidad en su concesión, 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», lleva a considerar que constituyen suficiente indicio acerca de la cuestión debatida y justificación para exigir bien el cumplimiento de los requisitos legales bien una prueba satisfactoria de su no necesidad. La segunda cuestión que se plantea es si son exigibles estos requisitos a operaciones de cesión de préstamos hipotecarios. Es cierto que la Ley 2/2009 constituye una norma dirigida fundamentalmente a garantizar la ausencia de publicidad engañosa y la transparencia en la contratación de préstamos y créditos con consumidores, y que las obligaciones que impone se refieren prioritariamente a la fase precontractual y de formalización del contrato de préstamo, por lo que deben entenderse cumplidas en caso de cesión de un préstamo o crédito inscrito en el Registro de la Propiedad. Pero esta realidad no excluye la necesidad de que el cesionario de tales préstamos, si se acredita la habitualidad en la actividad de concesión de préstamos o en la subrogación activa en los mismos, deba cumplir los requisitos exigidos en la nota de calificación recurrida ya que obedecen a una segunda finalidad de la norma consistente en «cubrir las responsabilidades en que el acreedor pudiera incurrir frente a los consumidores por los perjuicios derivados de la realización de los servicios propios de la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios» (ver arts. 7 y 14.1.a] de la Ley 2/2009), y esos perjuicios pueden generarse durante toda la vida del préstamo.

Resolución de 13-7-2015
(*BOE* 22-9-2015)
Registro de la Propiedad de Lepe

PROPIEDAD HORIZONTAL: AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA.

La única cuestión que es objeto de este expediente, por ser la única a que se refiere el escrito de recurso, hace referencia a si es exigible licencia administrativa para proceder a la inscripción, respecto de una edificación que se encuentra en Andalucía, de la constitución del régimen de propiedad horizontal con la subsiguiente división en elementos independientes. Hay que partir de lo dispuesto en la Ley 8/2013, de 26 de junio de 2013, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que simultáneamente modificó y dio nueva redacción al artículo 10.3 de la Ley 49/1960, de 21 de julio de 1960, sobre propiedad horizontal, y al artículo 17.6 de la Ley de suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio de 2008. La resolución de 21 de enero de 2014 señaló que tras la entrada en vigor de la Ley 8/2013 «puede verse como con un

mayor tecnicismo y en el sentido ya apuntado diferencia entre los complejos inmobiliarios privados en sentido estricto y los Regímenes Especiales de Propiedad Horizontal». Frente al concepto de complejo inmobiliario, en la propiedad horizontal, sea o no tumbada, se mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca, al permanecer el suelo y el vuelo como elementos comunes, sin que haya división o fraccionamiento jurídico del terreno que pueda calificarse de parcelación, no produciéndose alteración de forma, superficie o linderos. Para que exista complejo inmobiliario es necesario pactar expresamente su constitución y definir perfectamente tanto los elementos comunes como el resto de servicios propios asociados al conjunto y creados por decisión de los dueños de los elementos privativos —comunicaciones, seguridad, ornamentación y destino, instalaciones deportivas, acceso, elementos procomunales y demás servicios comunes, desempeño de actividades lucrativas y empresariales por la propia junta, etc.— No se trata de ser solo titular pasivo de los elementos comunes por naturaleza, sino de implementar voluntariamente nuevos servicios y dotaciones para mejorar el uso, funcionalidades y explotación de los elementos privativos, creando una vinculación «*ob rem*» a modo de subcomunidad de destino o funcional, en la que el titular no solo soporta una relación pasiva o estática sino que incluso puede verse sometido a obligaciones sujetas a las relaciones contractuales derivadas del marco regulatorio del complejo inmobiliario y que vinculan a todos sus titulares, presentes y futuros. Este es el plus que exige el artículo 17.6 del texto refundido y que excluye la interpretación extensiva del requisito de la licencia a todos los supuestos de propiedad horizontal. Es evidente, a la luz de las anteriores consideraciones que en el supuesto que da lugar a la presente, no se dan las circunstancias para que sea exigible una licencia de constitución del régimen de propiedad horizontal. Declarada la obra nueva terminada, amparada en una licencia administrativa y dividida la edificación resultante en régimen de propiedad horizontal sin que de dicha división resulte, directa o indirectamente, la constitución de un complejo inmobiliario u operación de la que pueda resultar una parcelación, o el incremento de elementos susceptibles de aprovechamiento independiente respecto a los autorizados, carece de razón de ser la exigencia de licencia a efectos de inscripción.

Resolución de 14-7-2015
(*BOE* 23-9-2015)
Registro de la Propiedad de Alzira, número 1

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA. CANCELACIÓN DE HIPOTECA: CAUSA.

El registrador debe suspender la inscripción por falta de congruencia del juicio notarial acerca de las facultades representativas del apoderado o representante si el notario utiliza expresiones genéricas, ambiguas o imprecisas, como cuando usa fórmulas de estilo que se circunscriben a afirmar que la representación es suficiente para el acto o negocio documentado o para la ratificación que se realiza, en vez de referirse de forma concreta y expresa al tipo de negocio que en la escritura se formaliza o al que se refiere la ratificación (ver, entre otras, las resoluciones de 4 de junio de 2012 y 22 de febrero de 2014 y 9 de julio de 2014); o si el notario realiza un juicio incompleto, como cuando existe un supuesto de autocontratación y el notario no extiende su valoración al mismo por

estar comprendido dentro de las facultades del apoderado o no se incorporan las autorizaciones expresas concedidas para salvar tal conflicto (ver, entre otras, resoluciones de 13 de febrero de 2012 y 31 de mayo de 2012).También deberá el registrador suspender la inscripción si el juicio notarial de la representación 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 que no concurra en el caso (ver STS de 20 de noviembre de 2010 y 6 de noviembre de 2013, respecto de la donación), 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 puede consultar, como tiene lugar cuando no coincide la naturaleza del negocio jurídico realmente celebrado (ver resoluciones de 22 de junio de 2012 y 4 de agosto de 2012), o existe una situación concursal que enerva las facultades representativas del compareciente (ver resoluciones de 6 y 27 de febrero de 2012), o del Registro de la Propiedad resultan limitaciones a la facultad de disponer del representante no valoradas por el notario (ver resolución de 23 de enero de 2014), o consta inscrita en el Registro Mercantil una organización de la representación social distinta de la señalada por el notario (ver resoluciones de 11 de junio de 2012 y 8 de julio de 2013, entre otras). En el presente caso la cancelación de la hipoteca se ha realizado por la causa de su pago y condonación parcial de deuda y habiendo emitido el notario juicio de suficiencia para cancelar la hipoteca por condonación de deuda y por pago ha de entenderse que este juicio de suficiencia es congruente.

Resolución de 15-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 29

PROPIEDAD HORIZONTAL: AUTORIZACIÓN DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.

Se plantea la necesidad de autorización de la comunidad de propietarios para la agrupación de los dos locales. Ciertamente la cuestión aparece resuelta por la RDGRN de 7 de mayo de 2014, en cuyos fundamentos se señala que la agrupación de los pisos o locales y sus anejos, en cuanto modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, requiere consentimiento de los propietarios de los distintos elementos privativos que la integran de forma que la exigencia de ese consentimiento de los propietarios se fundamenta en dos consideraciones: una de tipo material, apreciable en toda situación fáctica de edificio por pisos, esto es, el hecho de que tales operaciones puedan suponer alteraciones materiales en las cosas comunes y afectar al uso de servicios generales, y otra, la consideración de tipo jurídico, vinculada al funcionamiento orgánico de la comunidad, esto es, el hecho de que, además, puedan suponer una alteración de las estructuras que sirven de base para fijar las cuotas de participación en la comunidad de propietarios. En cualquier caso, lo cierto es que de la doctrina enunciada antes se deduce de forma clara la exigencia de la autorización de la comunidad de propietarios, con independencia de cómo hubiese sido tomada esta —mayorías de dos tercios o incluso consentimientos prescindiendo del régimen organizativo en comunidades de reducido número de propietarios.

Resolución de 15-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro de la Propiedad de Navalmoral de la Mata

PROPIEDAD HORIZONTAL: LEGALIZACIÓN DE LIBROS.

Se debate en este recurso la posibilidad de legalizar un libro de actas de una comunidad de propietarios de fincas rústicas que es suspendida por la registradora por resultar del Registro inscritas varias fincas rústicas de características muy similares a las que se describen en el documento a nombre de personas distintas de las que se hacen constar en la documentación que se acompañó y por el carácter rústico de las fincas componentes de la comunidad. 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 de 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. Estos requisitos no se dan en este supuesto de hecho en que las fincas son rústicas y lógicamente no existen edificaciones ni un uso principal de vivienda, por mucho que el recurrente se refiera en su escrito a parcelas, ni pueden considerarse elementos comunes las pistas forestales que le sirven de acceso puesto que para gozar de tal carácter habría que determinarse en primer lugar el carácter privado o público de dichas pistas. La legalización en este caso supondría dotar a la comunidad de una presunción de semejanza con una comunidad en propiedad horizontal que no se corresponde con la naturaleza rústica de las fincas ni con la finalidad de la propia comunidad que según su acta fundacional tiene por objeto el aprovechamiento forestal de la finca tras su repoblación así como el aprovechamiento de caza y pastos.

Resolución de 15-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 10

VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL: ARTÍCULO 21 DEL DECRETO 2.114/1968, DE 24 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL.

Las cesiones gratuitas de terreno al Ayuntamiento pueden ser de dos tipos: las voluntarias, que obedecen a la libre disposición del cedente y cuyo régimen jurídico será el civil, y las que tienen carácter obligatorio y que responden a la ejecución de las previsiones urbanísticas. Estas últimas, pueden ser consecuencia directa de la aprobación definitiva de alguno de los procedimientos de equidistribución previstos en la ley o tener su origen en otros actos administra-

tivos, especialmente con motivo de la concesión de licencias que conllevan la materialización del aprovechamiento edificatorio. En la descripción de la finca que consta en el Registro como consecuencia de las segregaciones practicadas en su día, figura expresamente esa obligación de cesión, obligación que debía constar en el Registro, tal y como disponía el apartado 3 del artículo 21 de la Orden de 26 de mayo de 1969 por la que se aprueban las normas para la enajenación de parcelas y cesión de viales y jardines y redes de servicios públicos en polígonos y terrenos propiedad del Instituto Nacional de la Vivienda: «El Instituto Nacional de la Vivienda hará constar en el correspondiente Registro de la Propiedad los bienes de dominio y uso público que corresponden a los viales, zonas verdes y redes de servicios objeto de cesión a los Ayuntamientos». Por lo tanto, del contenido del Registro lejos de resultar la existencia de un error, se deduce la existencia de una obligación legal de cesión de la finca que si bien no implica una limitación a la facultad de disposición de la misma, si delimita las facultades de su titular que quedan sujetas, en su contenido y ejercicio, al estatuto especial resultante de la finalidad social para el que se genera el objeto del derecho. Es pues el punto fundamental para acceder a la subsanación, la acreditación del carácter público o privado de los viales y jardines, y tal carácter no resulta ni del Registro, como se ha visto, ni de los planos aportados ni del certificado de la comunidad que se incorpora. Por lo tanto se hace necesaria la intervención del Ayuntamiento para determinar el carácter público o privado de los viales y jardines y si fueron o no objeto de recepción como requisito para la subsanación pretendida.

Resolución de 16-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro de la Propiedad de Llerena

CIRCUNSTANCIAS DE LA INSCRIPCIÓN: EXPRESIÓN DE LA EDAD EN LOS MENORES. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO: NATURALEZA E INTERPRETACIÓN.

El artículo 158 del Reglamento Notarial, en sede de comparecencia, establece que «la edad de los menores se expresará por indicación de la fecha de nacimiento (…). Los datos relativos a la edad se harán constar por lo que figure en el documento de identificación del compareciente, del que resulte la representación, o tratándose de menores de edad por lo que resulte de las declaraciones de los comparecientes, acreditándose esta circunstancia, si hubiere duda sobre ello, con su documento de identificación, con certificación del Registro civil o con el Libro de Familia». En consecuencia, ya que la edad del menor se deduce de uno de los documentos incorporados pos testimonio a la escritura calificada, se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 51 del RH, por lo que se debe revocar este defecto señalado en la calificación. Frente a la sustitución fideicomisaria ordinaria, en el denominado fideicomiso de residuo se faculta al primer llamado para disponer de los bienes hereditarios o fideicomitidos, por lo que la posición del fideicomisario queda en términos materiales notoriamente disminuida. Es posible una sustitución fideicomisaria de residuo en la que la muerte del fiduciario actúe bien como término, bien como condición. Será a plazo si la sobrevivencia del sustituto o la muerte del instituido no fue señalada como evento condicionante de la sustitución, sino que se configuraron simplemente

como términos suspensivos de la efectividad de la restitución del residuo que quedare. Si es a término, actúa la muerte del fiduciario como término incierto, por lo que el fideicomisario adquiere el derecho a la muerte del fideicomitente, por aplicación del artículo 784 del Código Civil, porque la sustitución no está condicionada en sí misma sino en su contenido. Si es condicional, lo condicionado no es el contenido del llamamiento sino el propio llamamiento. La doctrina y la jurisprudencia se han encontrado divididas sobre la cuestión de la pretendida condicionalidad o no de estas figuras. La postura doctrinal crítica —hasta entonces— de que el fideicomiso no está sometido a condición, comienza a recogerse por la jurisprudencia del Alto Tribunal a principios de siglo. Toda la discusión sobre la cuestión de la condicionalidad o no del fideicomiso, tiene su trascendencia en el caso de que el llamado al residuo fallezca con anterioridad al primer llamado. Con la interpretación de la cláusula podemos considerar que si el llamamiento fue efectivo al fallecimiento del testador o, en general, ordenante de la cláusula, en consecuencia el llamado al residuo adquirió en esa fecha un derecho perfectamente transmisible a sus herederos; o, por el contrario, considerar que su llamamiento dependía de la sobrevivencia al primer llamado y que, en consecuencia, su premoriencia, le hace decaer en sus derechos. Cuestión aparte pero ligada con la anterior sería la de resolver si en este último supuesto deben ser llamados los herederos del testador o los del primer llamado y, en el primer caso, si deben ser los existentes en el momento de su muerte o en el momento de la muerte de este primer llamado. Ciertamente se trata de interpretar lo que realmente quiso el causante, si condicionar o no la sustitución fideicomisaria. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real del testador, esto es, sentido espiritualista de las disposiciones. El primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se debe establecer cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias. Así pues, a falta de albaceas, contadores-partidores u otras personas o circunstancias que puedan interpretar la voluntad del testador, conforme a lo dispuesto en el artículo 675 del Código Civil, el criterio básico para la interpretación de las disposiciones testamentarias es la intención del testador según el tenor literal del mismo testamento, si bien cuando la mera lectura del testamento no pone de relieve con toda la claridad deseable (y exigible en buena técnica notarial, si se trata de un testamento otorgado ante notario) cuál es la voluntad del testador, deben emplearse entonces algunas reglas de interpretación que, aun en sede contractual, son aplicables para los testamentos, como sucede paradigmáticamente con el llamado criterio de interpretación sistemática que consagra el artículo 1285 del Código Civil (cfr., por todas, las STS 23 de junio de 1998 y 14 de octubre de 2009).

Resolución de 16-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro de la Propiedad de Ordes

GARAJES: CUOTA INDIVISA CON ATRIBUCIÓN DE USO.

Cabe diferenciar el supuesto de que se trasmitan cuotas indivisas sin asignación de uso y disfrute exclusivo de un espacio susceptible de aprovechamiento

independiente sobre el que se proyecte el mismo, del supuesto en el que se asignan espacios delimitados de uso exclusivo. La importancia de tal distinción radica en que lo trascendental es la delimitación física del objeto a que se refiere la atribución del uso exclusivo, y no la cuota, que es meramente instrumental. En definitiva, lo verdaderamente adquirido es el espacio asignado, que ha de ser susceptible de aprovechamiento separado e independiente, y no la cuota indivisa que se transmite, que es meramente instrumental de tal derecho a utilizar un espacio para aparcamiento o trastero. Así pues, de la jurisprudencia existente sobre la cuestión resulta que cuando en la planta destinada a garajes y trasteros se transmiten cuotas indivisas que dan derecho a un uso exclusivo de las mismas, nos encontramos ante una comunidad especial, de carácter funcional, integrada por elementos comunes y privativos, susceptibles de aprovechamiento independiente y separado y que en dicha comunidad lo esencial no son las cuotas transmitidas —que son meramente instrumentales— sino la venta de las plazas de garaje y trasteros, lo verdaderamente adquirido es el espacio asignado, a diferencia de lo sostenido por el notario en su recurso. En el presente caso, las cuotas transmitidas no constan aún inscritas y se pretende hacerlo con delimitación del espacio físico sobre el que se proyecta el derecho de uso exclusivo asignado, de forma que en el título calificado aparece ahora contenida dicha delimitación mediante descripción de manera individualizada, concreta y detallada del trastero asignado con expresión de su ubicación, linderos y superficie perimetral (cfr. art. 68 RH y apartado 2 del art. 53 del Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio de 1997), pero el acceso a la misma lo es a través de otro de los elementos individualizados y no por la vía pública o un elemento común, lo cual plantearía graves problemas en el supuesto de que la cuota correspondiente al garaje y la correspondiente al trastero se enajenaran a diferentes propietarios. Para evitar tales situaciones es por lo que en estas comunidades existen elementos comunes, tales como zonas de acceso, rodamiento, etc., sin perjuicio de que también puedan vincularse ambas cuotas indivisas, de manera que no puedan ser objeto de tráfico jurídico de manera independiente o constituyéndose la correspondiente servidumbre, siempre, no obstante, más conflictiva.

Resolución de 16-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro de la Propiedad de Alhama de Murcia

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40, 82 y 83 de la LH). Es así mismo continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 324 de la LH y en la doctrina de nuestro TS en sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra las calificaciones de los 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

determinación de la validez o no de un título ya inscrito, ni de la procedencia o no de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales. Cuando una calificación, haya sido o no acertada, ha desembocado en la práctica del asiento, este queda bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 de la LH) y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la propia Ley, lo que conduce a su artículo 40, en el que se regulan los mecanismos para lograr la rectificación del contenido del Registro cuando es inexacto y ello aun cuando se discrepe de la forma en que el acto o contrato a inscribir haya sido objeto de reflejo tabular y pese a las repercusiones que ello tenga en la forma en que se publica el derecho o situación jurídica inscrita. En conclusión, no es posible rectificar el Registro sin el consentimiento de todos aquellos que se verían afectados con la inscripción de la rectificación o sin demandar a aquellos judicialmente, y ello con independencia de que la práctica de las inscripciones 17.a y 18.a pudo haber sido errónea tal y como alega la recurrente, cuestión que no puede ventilarse en el presente expediente sino en el correspondiente procedimiento judicial; procedimiento que, según lo señalado por el recurrente, ya ha sido iniciado y anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad.

Resolución de 16-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 10

RECURSO GUBERNATIVO: OBJETO. CONCURSO DE ACREEDORES: EFECTO SOBRE LAS EJECUCIONES Y APREMIOS. DOCUMENTOS JUDICIALES: FIRMEZA.

Como cuestión previa debe tenerse en cuenta que, conforme a lo establecido en el artículo 326 de la LH, el recurso deber recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación de la registradora, sin que esta Dirección General pueda entrar en otros defectos que no hayan sido aducidos en la nota de calificación impugnada, ya que ello produciría indefensión en el recurrente (*vid.,* por todas, resolución 14 de diciembre de 2010). De otro lado, para la resolución del recurso, este Centro Directivo únicamente puede tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma en el Registro para su calificación, debiendo rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma, lo que impide tomar en consideración en la resolución del presente recurso el conjunto de documentos que se acompañan al recurso interpuesto (*vid.,* resoluciones de 21 de junio de 2013 y 28 de agosto de 2013). Por otra parte, a los efectos de la calificación y, en su caso, inscripción en el Registro, los documentos que se aporten (y a salvo las excepciones previstas en la legislación hipotecaria) han de ser públicos (art. 3 de la LH), condición que no tienen (al no cumplir los requisitos exigidos al efecto por el art. 1216 del Código Civil) las simples fotocopias, ya lo sean de documentos judiciales o de cualquier otro tipo de documentos (cfr. las resoluciones de 8 de enero de 2002 y 9 de mayo de 2003). En el presente caso, dado que se trata de una adjudicación aprobada después de la declaración del concurso y que la misma no está incluida en ninguno de los supuestos previstos en el citado artículo 55 de la Ley Concursal

—que permitirían continuar las actuaciones— y que al tiempo de presentarse el auto de adjudicación consta anotada en el Registro la declaración del concurso, procede confirmar el defecto señalado por la registradora en calificación. No es aplicable el artículo 56.2 de la Ley Concursal, alegado por el recurrente, debido a que este precepto se refiere a la paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas. Es también reiterada la doctrina de este Centro Directivo sobre la necesidad de firmeza de los documentos judiciales para que puedan dar lugar a la práctica en el Registro de la Propiedad, de asientos de inscripción o cancelación, dado el carácter definitivo de los mismos. En consecuencia, de la documentación presentada para la inscripción en el Registro no resulta la firmeza de la resolución judicial que determina el acto inscribible por lo que procede confirmar el defecto señalado por la registradora en su nota de calificación.

Resolución de 17-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana, número 1

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO QUE NO SE HA DIRIGIDO CONTRA EL TITULAR REGISTRAL ACTUAL.

Como ha puesto de relieve la reciente resolución de 14 de mayo de 2015, tratándose de la inscripción de una sentencia dictada en el ámbito de la jurisdicción civil, como en este supuesto, hay que tener en cuenta el principio de rogación y vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de parte que rige en el ejercicio de acciones civiles, por lo que el contenido de la demanda y la designación de los demandados queda bajo la responsabilidad del demandante. De conformidad con el artículo 38 de la LH 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, asiento y presunción que está bajo la salvaguardia de los tribunales (cfr. art. 1.3.º de la LH), por lo que el titular registral debe ser demandado en el mismo procedimiento, al objeto de evitar que sea condenado sin haber sido demandado, generando una situación de indefensión proscrita por nuestra Constitución (cfr. art. 24 de la Constitución Española). En estos casos, como bien recuerda la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2013, el registrador «…debía tener en cuenta lo que dispone el artículo 522.1 LEC, a saber, todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica. Y como tiene proclamado esta Sala, por todas, la STS núm. 295/2006, de 21 de marzo, «no puede practicarse ningún asiento que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de los vigentes sin el consentimiento del titular o a través de procedimiento judicial en que haya sido parte». Todas las anteriores consideraciones llevan al resultado de que para que la sentencia despliegue toda su eficacia y afecte a titulares de asientos posteriores —cuando no se haya anotado preventivamente la demanda de nulidad con anterioridad a los mismos— es necesario que al menos hayan sido emplazados en el procedimiento, lo que en este caso no se ha efectuado.

Resolución de 17-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro de la Propiedad de Amorebieta-Etxano

RECURSO GUBERNATIVO: OBJETO. INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Como cuestión previa, al haberse presentado junto con el escrito de recurso un documento (en este caso una escritura de aceptación y adjudicación de herencia) para subsanar el que es objeto de calificación negativa, cabe recordar que, según doctrina reiterada de este Centro Directivo, en los recursos contra la calificación registral solo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma en el Registro para su calificación. Sin prejuzgar ahora sobre su validez y eficacia (lo cierto es que del expediente resulta dudosa su virtualidad y aptitud para servir de título inmatriculador), se trata de un título que se ha presentado extemporáneamente y que, por tanto, no puede ser objeto de consideración, toda vez que el artículo 326 de la LH limita el recurso exclusivamente a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, debiendo rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma; todo esto, sin perjuicio de que los interesados puedan volver a presentar el título cuya inscripción no se admitió en unión de los documentos aportados durante la tramitación del recurso. Aun considerando que debiera aportarse una certificación catastral descriptiva y gráfica completa de la finca cuya inmatriculación se pretende, comprensiva de los datos identificativos de los titulares de las fincas colindantes, lo cierto es que dichos datos pueden ser obtenidos por el registrador en tanto los mismos resultan de organismos oficiales a los que aquel puede acceder directamente, no solo para lograr 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 (*vid.*, por todas, la resolución de 23 de abril de 2014). La calificación del registrador está emitida a la vista de una instancia privada en la que, como ha quedado expuesto, consta únicamente que la finca está catastrada a nombre del interesado —sin indicación sobre el título de adquisición de la propiedad—, acompañada únicamente de acta por la que se declara ser notorio que la persona que solicita la inscripción a su favor —el ahora recurrente— es tenido por dueño de la finca en cuestión. Tales documentos son claramente insuficientes para lograr la inmatriculación pretendida tal y como resulta de nuestra legislación hipotecaria. Debe haber una total coincidencia entre la superficie catastral y la que resulte de los títulos inmatriculadores (arts. 53.7.º de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de 1996, y 298 del RH), máxime si se tiene en cuenta que la nueva superficie, que es mayor que la originaria o inicial, no ha sido tomada en consideración en la tramitación del acta de notoriedad, con los perjuicios que ello conlleva referidos especialmente a los titulares de las fincas colindantes. Lo procedente, por tanto, será tramitar nueva acta describiendo la finca conforme al Catastro y a la nueva descripción que en este se haga de la misma.

Resolución de 17-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro de la Propiedad de Getafe, número 1

USUCAPIÓN: TÍTULO INSCRIBIBLE. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE. DOCUMENTOS JUDICIALES: SENTENCIAS DICTADAS EN REBELDÍA. FINCA REGISTRAL: DESCRIPCIÓN. IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA: ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FISCALES.

La reciente resolución de 16 de abril de 2015 recoge afirmaciones que son perfectamente trasladables a este caso: «La usucapión así reconocida a favor de los actores constituye sin duda un título apto para la inscripción y el hecho de recaer sobre una finca inscrita en absoluto impide que, tras la adquisición e inscripción por parte del titular registral pueda pasar a ser dueño por usucapión un tercero mediante la posesión del inmueble en las condiciones establecidas por la ley, ya que la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad no dota al mismo de imprescriptibilidad (cfr. art. 36 de la LH). Es cierto que la prescripción adquisitiva o usucapión es un modo originario de adquirir el dominio, en cuanto que la adquisición no se basa en derecho anterior alguno, es decir el usucapiente no lo hace suyo porque el que lo tenía se lo transfiera (relación de causalidad), sino que se convierte en titular del mismo —con independencia de que antes lo fuese otra persona— porque ha venido comportándose como tal. Y es como consecuencia de que un nuevo derecho, incompatible con el anterior, se establece sobre la cosa, por lo que pierde el suyo quien antes lo tuviera sobre la misma. Es por ello que de forma coherente con este planteamiento, la sentencia objeto de la calificación impugnada, en la medida en que no existe esa relación de causalidad entre el anterior titular registral y el nuevo, ordena también la cancelación de la inscripción contradictoria. En los casos de herencias yacentes, toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse 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 de 2013 y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014 y 5 de marzo de 2015). En el caso presente ninguna de estas circunstancias se ha producido, por lo que el defecto debe mantenerse por infracción del principio de tracto sucesivo. Dictada la sentencia en rebeldía procesal de los demandados, tal y como consta en la propia resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone: «Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, solo procederá la anotación preventiva de las sentencias que, dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en Registros públicos». Es decir, aun cuando conste acreditado en tiempo y forma la firmeza de la resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en el «Vistos») según la cual, cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde. 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. En el presente caso la sentencia incorpora exclusivamente la referencia a los datos registrales de la finca, con alusión al tomo, libro, folio y número, pero no incorpora ningún dato descriptivo de la misma que permita que el registrador, conforme a lo expuesto, establezca de manera indubitada la correspondencia de la finca objeto del procedimiento con la registral cuyos datos se incorporan. En consecuencia se desestima el recurso en este extremo. El artículo 254.5 de la LH dispone: «El Registro de la Propiedad no practicará la inscripción correspondiente de ningún documento que contenga acto o contrato determinante de las obligaciones tributarias por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, sin que se acredite previamente haber presentado la autoliquidación o, en su caso, la declaración, del impuesto, o la comunicación a que se refiere la letra b) del apartado 6 del artículo 110 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo, 2/2004, de 5 de marzo de 2004». Debe por tanto confirmarse la nota de calificación en este punto. Incluso podría el registrador haberse limitado a denegar la calificación del documento hasta tanto se cumplimentasen los correspondientes requisitos fiscales.

Resolución de 17-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro de la Propiedad de Torrijos

HIPOTECA: CERTIFICADO DE TASACIÓN.

La cuestión ya ha sido abordada, explícitamente en la resolución de 22 de enero de 2014, cuya doctrina es totalmente aplicable al presente supuesto. En dicha resolución se indicó que, pese a no ser el acreedor una entidad financiera, era totalmente aplicable —como indicó la resolución de 29 de octubre de 2013— que toda escritura de constitución de préstamo hipotecario o pacto posterior relativo a la ejecución directa de los bienes sobre los que recae la garantía, precise, desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013, de la incorporación del certificado de tasación de la finca a que se refiere el artículo 682.2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como requisito de la escritura de constitución de hipoteca para la ejecución directa, en la nueva redacción de la norma.

Resolución de 20-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 3

LEGADOS: ENTREGA POR LOS HEREDEROS.

El legatario de cosa específica y determinada propia del testador, adquiere desde el fallecimiento de este la propiedad de la cosa legada (art. 882), pero no la posesión porque esta es adquirida en todo caso por el heredero o herederos en virtud del artículo 440 del Código Civil. En el legado de cosa específica y determinada propia del testador, se produce, pues, el fenómeno de quedar disociada la posesión de la propiedad. La primera pasa al heredero y la segunda al legatario. Por ello el legatario ha de pedir la entrega y posesión al heredero o herederos o a quien se halle autorizado para darla. Sentado que es precisa la entrega por los herederos, se trata

de determinar qué ocurre en el caso de fallecimiento de uno de aquellos que deben realizar esta entrega. Habiendo fallecido quien debió prestar su consentimiento, de conformidad con el artículo 661 del Código Civil, corresponderán a los herederos del difunto, por el solo hecho de su muerte, todos sus derechos y obligaciones. En consecuencia, de acuerdo con el principio de tracto sucesivo recogido por el artículo 20 de la LH, se hace necesario el consentimiento de los herederos del difunto don J. A. A.

Resolución de 20-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro de la Propiedad de Lepe

DERECHO EXTRANJERO: PRUEBA. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

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 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. La pertinencia de la prueba del derecho extranjero debe ser examinada en cada caso concreto pues hay supuestos en que la prueba documental de un texto y su vigencia será suficiente mientras que en otros se exigirá una prueba más extensa. Solo en la hipótesis de que se hubiera probado el derecho extranjero y el registrador, en los fundamentos de Derecho de su calificación, considerase que su aplicación directa no permite tener por reunidos los requisitos precisos para practicar la inscripción, podrá solicitar la prueba adicional de la que resulten aquellos. Determinado que es heredero de los titulares registrales quien comparece en la escritura pública y quien manifiesta y acredita el contenido erróneo del Registro en cuanto al régimen económico de los titulares por aplicación de las previsiones del derecho material aplicable, debe entenderse suficiente a los efectos de cumplimentar la consolidada opinión de este Centro Directivo. En los supuestos de sucesión hereditaria, cuando el compareciente agota el conjunto de intereses a que se refiere el contenido del Registro, puede realizar la rectificación del asiento, al no existir otros titulares de derechos inscritos que puedan ser perjudicados. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la determinación de cuál haya de ser la ley material aplicable a un supuesto internacional corresponde a la autoridad del foro, en este caso al registrador, y que 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 20 de enero de 2011, impone la aplicación de oficio de la norma de conflicto que resulte aplicable al supuesto. De este modo cuando la finca o derecho conste inscrito en el Registro de la Propiedad de un modo determinado y se pretenda su alteración para adecuarlo al régimen económico matrimonial extranjero aplicable de acuerdo a la norma de conflicto, no bastará la mera afirmación del heredero sino la acreditación del régimen, incluido su contenido y vigencia, al cual quedó

sujeto en su día la finca cuya titularidad se pretende adecuar. Como resulta de las consideraciones expuestas, la escritura pública presentada acredita cuál es la ley aplicable a las sucesiones sucesivas, la alemana, así como que con arreglo al derecho material alemán el certificado sucesorio o «Erbschein» acredita el título sucesorio en el que funda inmediatamente su derecho la persona a favor de la que se solicita la inscripción (*vid.*, resolución de 14 de noviembre de 2012). Del derecho material alemán acreditado resulta que el certificado sucesorio es un documento público de origen judicial de cuyo contenido resulta la cualidad para suceder así como la adecuación del título sucesorio al derecho material alemán por lo que, de conformidad con el artículo 4 de la LH y artículo 38 de su Reglamento es título inscribible con arreglo a nuestra legislación sin necesidad de aportar el título en que se funda. Además y de conformidad con el Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre Reconocimiento y Ejecución de resoluciones y Transacciones Judiciales y Documentos Públicos con Fuerza Ejecutiva en materia civil y mercantil de 14 de noviembre de 1983 («Boletín Oficial del Estado» de 16 de febrero de 1988), dicho documento despliega eficacia en España sin necesidad de reconocimiento (arts. 4, 9 y 10) y sin necesidad de legalización (art. 16).

Resolución de 22-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro de la Propiedad de Ejea de los Caballeros

OBRA NUEVA: IDENTIDAD DE LA FINCA

Debe, por tanto, decidirse en este expediente si es o no posible practicar la inscripción de una ampliación de obra nueva en construcción consistente en una nave que ocupa una superficie inferior a la de la finca sobre la que se asienta, a la que se asigna en la escritura dos referencias catastrales, siendo la suma de ambas superficies catastrales superior a la cabida inscrita, con la particularidad de que la licencia municipal que autoriza la ampliación de obra identifica la finca tan solo por sus datos catastrales. Ciertamente para la inscripción de una obra nueva no se establece con carácter general como requisito previo la inscripción de un exceso de cabida, si como ocurre en el presente caso la obra cuya inscripción se pretende es de superficie inferior en planta a la de la finca en la que se ubica. En efecto, esta Dirección General ha exigido la previa inscripción de excesos de cabida de fincas sobre las que se declaran obras nuevas en aquellos casos en los que estas no caben físicamente dentro de la superficie registral de la finca sobre las que se construyen. Pero el problema que se plantea en el presente expediente no es ese, sino el de establecer la identificación y correspondencia entre la finca a la que se ha dado licencia de construcción y la finca registral.

Resolución de 22-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro de la Propiedad de Lepe

OBRA NUEVA: REQUISITOS URBANÍSTICOS.

Ciertamente, esta Dirección General ha tenido oportunidad de expresar que la necesidad del visto bueno del alcalde viene impuesto por el artículo 205 del Re-

glamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2.568/1986, de 28 de noviembre de 1986, conforme al cual dicho visto bueno tiene por objeto significar que el secretario o funcionario que expide y autoriza la certificación está en el ejercicio del cargo y que su firma es auténtica (resolución de 25 de marzo de 2011). Lo que ocurre en el presente caso es que se testimonia la licencia de ocupación —respecto de la cual el registrador ha estimado que por la autoría de la certificación correspondiente se acredita suficientemente su concesión—, y, según la doctrina de este Centro Directivo (*vid.,* por todas la resolución de 21 de noviembre de 2001), mediante la licencia de ocupación queda acreditada, conforme a las disposiciones aplicables, que la obra está ajustada a la legislación urbanística. Si en la certificación del técnico figura la descripción de la obra coincidente con la reflejada en el título y de la certificación no se extrae ninguna duda de que esta se refiere a la misma obra, como acontece en el presente caso, debe procederse sin más a la inscripción que se solicita (cfr. las resoluciones de 1 de junio de 2002 y 22 de marzo de 2003). Por lo demás, como pone de relieve el notario recurrente, difícilmente puede figurar en la certificación los datos a los que se refiere el registrador toda vez que fue expedida antes del otorgamiento.

Resolución de 22-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro de la Propiedad de Medina de Rioseco

DOCUMENTOS JUDICIALES: SENTENCIA DECLARATIVA. CALIFICACIÓN REGISTRAL: DOCUMENTOS JUDICIALES.

Hay que analizar en primer lugar la verdadera naturaleza de la resolución judicial objeto de calificación. De la literalidad del fallo de la sentencia (congruente con el *petitum,* tanto de la demanda inicial, como el de la demanda reconvencional) resulta que la misma tiene un claro carácter declarativo, por cuanto se centra en declarar que la propiedad de determinadas fincas corresponden respectivamente a la parte demandante y a la demandada. Solo como consecuencia lógica de ello condena a ambas partes a estar y pasar por dicha declaración, y ordena la pertinente inscripción registral y la cancelación de los asientos que resulten contradictorios. Las sentencias declarativas ni necesitan ejecución ni, por ello, son susceptibles de actividades posteriores ejecutorias, con lo que, para la inscripción que se solicita es suficiente el testimonio de la sentencia, que es firme. La segunda objeción que plantea el registrador consiste en que no se acredita el cumplimiento de los requisitos que establece la legislación administrativa para la contratación por las entidades locales. Sostiene en su calificación que el hecho de haberse acudido a un procedimiento judicial declarativo de dominio con demanda reconvencional y con allanamiento total de ambas partes, demandante y demandada, se ha eludido por completo el cumplimiento de la normativa administrativa aplicable a la adquisición y enajenación de bienes por las entidades locales. Como en numerosas ocasiones ha declarado esta Dirección General, el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los registradores de la propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos

señalados en el artículo 100 del RH. Sin embargo, entre dichos extremos no está el fondo de la resolución, cuya revisión compete exclusivamente a los propios jueces y tribunales a través de los correspondientes recursos. En el caso que ahora nos ocupa, estamos en presencia de un procedimiento judicial con todas sus garantías, y el hecho de que haya mediado el allanamiento de las partes no mengua dichas garantías, en tanto el juez, al amparo del ya citado artículo 21.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de cerciorarse de que no ha existido una utilización fraudulenta de los mecanismos procesales con el fin de generar un título traslativo formal que no responda a una causa suficiente para provocar la transmisión del dominio. Igualmente la intervención judicial asegura que con el allanamiento de las partes no se está perjudicando a terceros o al interés general (por ejemplo, a efectos fiscales). Ahora bien, sentado lo anterior, cuestión distinta es la exigibilidad de acreditación del cumplimiento de los requisitos administrativos para proceder a la enajenación. Del respeto a la función jurisdiccional y del genérico deber de cumplimiento de las resoluciones judiciales, a que se ha hecho referencia anteriormente, no puede concluirse sin más que una sentencia permita obviar exigencias legales añadidas que debieron observar en su día esos contratantes, máxime cuando sobre dichas exigencias ni se discute en el procedimiento seguido ni hay pronunciamiento alguno a la propia sentencia.

Resolución de 22-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro de la Propiedad de Logroño, número 2

HIPOTECA ENTRE PERSONAS FÍSICAS CON INTERMEDIACIÓN DE UNA EMPRESA DE MEDIACIÓN FINANCIERA: CONTROL REGISTRAL DE LA ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS.

Hay determinar si la normativa de protección de los consumidores es también aplicable cuando el prestamista no sea ni una entidad de crédito ni una persona física o jurídica de las que se dedican profesionalmente a la concesión de préstamo o créditos hipotecarios —art. 1.1.a) de la Ley 2/2009— pero concurre la intermediación de una empresa dedicada profesionalmente a esta actividad —art. 1.1.b) Ley 2/2009—. La intervención de la empresa de intermediación «BEP Corporación Financiera, SL» provoca la aplicación de la citada Ley 2/2009, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, ya que según su artículo 1, número 1, letra b) tiene lugar cuando una persona física o jurídica realiza de manera profesional actividades de «intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad, a un consumidor, mediante la presentación, propuesta o realización de trabajos preparatorios para la celebración de los mencionados contratos, incluida, en su caso, la puesta a disposición de tales contratos a los consumidores para su suscripción». En aplicación de lo dispuesto en el número 5 del artículo 22 de la Ley 2/2009 parecería que las obligaciones de información precontractual, transparencia, oferta vinculante, ficha de información personalizada (Orden EHA 2.899/2011) y la normativa sobre cláusulas abusivas (Real Decreto Legislativo 1/2007) referidas al préstamo o crédito hipotecario ofrecido y aceptado, solo serían aplicables si ese concreto préstamo o crédito, por razón de los sujetos intervinientes, objeto o finalidad, estuviera sujeto a dicha norma-

tiva, lo que en este supuesto, como se ha indicado, en principio, no tiene lugar. Pero concurren una serie de circunstancias especiales que a juicio de este Centro Directivo, teniendo en cuenta que la normativa sobre transparencia y abusividad no debe ser objeto de una interpretación literal sino que debe prevalecer una interpretación extensiva proconsumidor en coherencia con la finalidad legal de favorecer respectivamente la información y la protección de los usuarios de servicios financieros (cfr. resolución de 29 de septiembre de 2014), abogan por la aplicación de ambas normas. Solo una interpretación de los objetivos específicos de los artículos 12, 18 y 258.2 de la LH coordinada y ponderada con la normativa de protección de consumidores, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de la LH y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función calificadora del registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a la que se refiere el párrafo segundo del reiterado artículo 12 de la LH y a su posible abusividad. De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el registrador podrá realizar una actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, desde luego cuando su nulidad derive de su oposición a una norma imperativa o prohibitiva, o hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador de forma objetiva. El Tribunal Supremo español (cfr. sentencias de 18 de junio de 2012 y 9 de mayo de 2013, entre otras) después de señalar que en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal del contrato y que el carácter de condición general de la contratación no excluye el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial; considera que los intereses remuneratorios —y en su caso las cláusulas suelo— «forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, definen el objeto principal del contrato… y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial», lo que supondría la aplicación de la regla general de la exclusión de su control de contenido o abusividad. No obstante, sigue diciendo el Alto Tribunal que «el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo», sino que tal cláusula se encuentra sujeta a un doble control, el control de incorporación o de información previa ajustada a la normativa según el tenor del artículo 7.1 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación y Orden EHA 2.899/2011, y el control de transparencia —cognoscibilidad o comprensibilidad real— que exige que la cláusula se encuentre redactada de manera clara y comprensible como exigen los artículos 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y 80.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Excluida, en consecuencia, la calificación registral, como la judicial, sobre la abusividad de la cuantía de un determinado interés remuneratorio por ser definitorio del objeto principal del contrato y sin necesidad de entrar a valorar las circunstancias concurrentes en el momento de suscripción del contrato, lo que sí procede es examinar si en el supuesto objeto del recurso se ha cumplido con el doble filtro de información y transparencia. Ahora bien, esto no significa, como ponen de manifiesto los recurrentes, que en nuestro Derecho se admita cualquier tipo de interés remuneratorios en los préstamos, aunque sean muy elevados, sino que el mismo se haya limitado, en primer lugar, en la medida que sea aplicable la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura que prohíbe los denominados préstamos usurarios. Así, el

artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura. En segundo lugar, pueden existir también supuestos especiales de limitación objetiva de la cuantía de los intereses ordinarios, cuando resulte del propio contrato que los mismos exceden de la función que les es propia, como ocurre en el presente supuesto, en que se pacta un interés ordinario del 14,99% durante toda la vida del contrato y un interés moratorio de «tres veces el interés legal del dinero» (10,50% en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario), ya que por definición el interés ordinario no puede ser superior al interés moratorio en un mismo contrato. Debe decirse a este respecto que es práctica relativamente frecuente en los contratos de préstamos hipotecarios que el acreedor retenga ciertas cantidades del préstamo para el pago precisamente de conceptos relativos a los gastos, comisiones e impuestos que la propia operación genera; por lo que no se puede hacer tacha alguna a esta retención ni a la cuantía de la misma siempre que los conceptos a que se refiere se encuentren debidamente identificados y guarden relación con las operaciones asociadas al préstamo —lo que concurre en este caso respecto de todos los conceptos—, no comprendiendo la retención de gastos por servicios no solicitados por el deudor, que resultarían contrarios a lo dispuesto en el artículo 89.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Resolución de 23-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro de la Propiedad de Getafe, número 1

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS Y ÁMBITO.

A la hora de expedir la publicidad formal el registrador debe valorar dos aspectos fundamentales: que en el peticionario de la información concurra el interés legítimo para acceder al conocimiento de los datos registrales, y que se respete la normativa sobre protección de datos personales. En el caso del presente recurso, como se ha expuesto en el fundamento primero, el recurso se ciñe a la falta de constancia de los datos obrantes en la inscripción primera de herencia, relativos al testamento del causante. Por otra parte, el resto de inscripciones que se omiten corresponden según consta en la propia certificación a cargas canceladas, que no inciden en las transmisiones efectuadas en la finca, salvo que se justificase suficientemente la necesidad de su inclusión en la certificación, lo que no ocurre. El solicitante ha alegado en el escrito de recurso como interés legítimo para solicitar la certificación la necesidad de conocer, con la finalidad de entablar una acción de demanda de adición de herencia de su abuelo, las distintas trasmisiones de la finca. No se ha unido al expediente la solicitud de dicha certificación, lo que habría servido para determinar si dicho interés fue alegado en la misma en dichos términos o se redujo a solicitar las transmisiones inscritas sin otra justificación; tampoco el registrador en su informe contradice el interés alegado por el recurrente. Así las cosas, como ya señaló la resolución de 3 de febrero de 2014, la certificación «podrá hacerse plenamente extensiva, entre otros extremos, a todo aquel contenido que sea necesario para que el recurrente pueda instar los correspondientes procedimientos judiciales, como son, sin ánimo exhaustivo, fecha de defunción y lugar de fallecimiento de la causante, nombre del notario autorizante del testamento, fecha y número de protocolo, así como de todas aquellas estipulaciones que no sean estrictamente personales…», y puesto que los datos se requieren para entablar una acción de demanda de adición, dichos extremos deben comprenderse en la certificación.

Resolución de 23-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro de la Propiedad de Negreira

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS. DERECHO EXTRANJERO: PRUEBA.

En nuestro ordenamiento jurídico, inscrito un derecho a nombre de un titular, el asiento respectivo se encuentra bajo la salvaguardia judicial (art. 1 de la LH), presumiéndose que el derecho existe y pertenece al titular en la forma determinada por el mismo (art. 38). Consecuencia del principio de legitimación proclamado en dichos preceptos, no puede procederse a la alteración del contenido del Registro si quien lo pretende no es el titular registral (art. 20), o siéndolo, no resulta su consentimiento o resolución judicial firme en procedimiento en que haya sido parte (arts. 40 y 82 de la propia LH). En definitiva, no puede modificarse el contenido del Registro si quien lo pretende no es el titular registral o existen dudas fundadas sobre su identidad (*vid.,* resolución de 3 de julio de 2013). La segunda cuestión planteada hace referencia a que aun si se consigue acreditar que el titular registral y el otorgante del título sucesorio son la misma persona, tiene razón la registradora cuando reclama la prueba del Derecho extranjero y, especialmente, de las posibles consecuencias derivadas del hecho de que el otorgante del testamento afirma estar soltero y carecer de descendencia cuando resulta lo contrario de la documentación del Registro Civil aportada. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente se acompaña un certificado de vigencia emitido por la cónsul de Cuba en Galicia pero del mismo no resultan los particulares que la registradora precisa para considerar probado el Derecho cubano. Como resulta de la nota de calificación la registradora precisa prueba en relación a los derechos sucesorios de los familiares del causante y, en su caso, sobre las consecuencias de la preterición en la validez del testamento. Además y en relación al acta de notoriedad autorizada por notario cubano la registradora reclama prueba sobre su adecuación al ordenamiento jurídico cubano así como su eficacia y alcance conforme a dicha legislación.

Resolución de 27-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro de la Propiedad de Trujillo

HERENCIA: EQUIPARACIÓN ENTRE FILIACIÓN BIOLÓGICA Y ADOPTIVA.

Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de un bien procedente de un legado con sustitución fideicomisaria en la que concurren las circunstancias siguientes: los llamados como fideicomisarios son «los hijos o descendientes por naturaleza legítimos que dejare esta legataria, y caso de morir sin esta clase de descendencia pasarán a su hermano (el otro hijo de la testadora) don A., o en su defecto a su descendencia por naturaleza legítima»; la adjudicataria fideicomisaria es hija de la legataria fiduciaria por filiación adoptiva. Nuestro TC ha señalado que en principio, la cuestión relativa a la aplicación de las normas sobre la interpretación de los testamentos pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria, de modo que al TC no

le corresponde revisar, en vía de amparo, la apreciación que de la misma hayan realizado los órganos judiciales, a menos, claro está, que sea dicha interpretación la que lesione el contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Pues bien, esto es, precisamente, lo que ocurre en este supuesto en relación con el derecho reconocido en los artículos 14 y 39.2 CE. En efecto, no ha sido el causante al formular en su día la disposición testamentaria en el ejercicio de su libertad de testar, sino el órgano judicial al interpretar una expresión ambigua y, por tanto, en el ejercicio de la jurisdicción, quien ha creado un tratamiento jurídico discriminatorio a partir de un criterio como el relativo a la filiación adoptiva, que resulta expresamente prohibido por el artículo 14 CE en relación con el artículo 39.2 CE. A este resultado se llega por aplicación de la doctrina constitucional, a la que ya se ha hecho referencia, en virtud de la cual los órganos judiciales pueden vulnerar el artículo 14 CE cuando interpretan las normas jurídicas con un criterio que produzca «el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables, siempre que la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce, lo cual supone que si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el artículo 14 CE no consiente (SSTC 34/2004, de 8 de marzo de 2004, F.J. 3; 154/2006, de 22 de mayo de 2006, F.J. 8)». Consecuentemente, en caso de duda interpretativa este debe ser el principio interpretativo que ha de orientar la actuación del registrador y de esta Dirección General al interpretar la cláusula testamentaria en cuestión.

Resolución de 27-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro de la Propiedad de Cieza, número 3

SOCIEDADES MERCANTILES: ACTIVOS ESENCIALES.

La norma del artículo 160.f), que atribuye a la junta general competencia para deliberar y acordar sobre «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», fue incorporada a la Ley de Sociedades de Capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre de 2014, por la que se modifica aquella para la mejora del gobierno corporativo. Aun cuando no se puede afirmar que constituyan actos de gestión propia de los administradores la adquisición, enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios —y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado—. Por ello, es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la junta general; y no puede hacerse recaer en el tercero la carga de investigar la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refiere. Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del TS transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de admi-

nistración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos (cfr. art. 160.f Ley de Sociedades de Capital); todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador o apoderado la responsabilidad procedente si su actuación hubiese obviado el carácter esencial de los activos de que se trate.

Resolución de 27-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro de la Propiedad de Santa Fe, número 2

SOCIEDADES MERCANTILES: ACTIVOS ESENCIALES.

La norma del artículo 160.f), que atribuye a la junta general competencia para deliberar y acordar sobre «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», fue incorporada a la Ley de Sociedades de Capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre de 2014, por la que se modifica aquella para la mejora del gobierno corporativo. Aun cuando no se puede afirmar que constituyan actos de gestión propia de los administradores la adquisición, enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios —y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado—. Por ello, es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la junta general; y no puede hacerse recaer en el tercero la carga de investigar la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refiere. Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del TS transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos (cfr. art. 160.f Ley de Sociedades de Capital); todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador o apoderado la responsabilidad procedente si su actuación hubiese obviado el carácter esencial de los activos de que se trate.

Resolución de 27-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro de la Propiedad de Icod de los Vinos

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE EXCESO DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se debate en el presente caso si es inscribible un expediente de dominio para practicar un exceso de cabida cuando concurren las siguientes circunstancias: Según el Registro la superficie de la finca es de 190 m², mientras que el documento judicial indica que la superficie real es de 1.073 m² si bien de la certificación catastral resultan 1.062 m². A su vez si se realiza la medición sobre la base gráfica catastral la superficie es aproximadamente de 1.056 m². Junto a estas divergencias en las mediciones, destaca el hecho que trasladando la finca con la pretendida nueva descripción y con el certificado catastral gráfico resulta evidente que tal finca registral 22.824 invade otra colindante, concretamente la registral 22.743, produciéndose una doble inmatriculación de una porción de las mismas. Se ha entendido también reiteradamente, por este Centro Directivo, que las dudas del registrador en lo relativo a la identificación de la finca no pueden impedir, en vía de principios, la inscripción en los supuestos de expediente de dominio (puede verse en resoluciones, como la de 25 de noviembre de 2013), pues, en este caso, el juicio corresponde exclusivamente al juez, por ser este quien dentro del procedimiento goza de los mayores elementos probatorios para efectuarlo y de los resortes para hacerlo con las mayores garantías. No obstante, ello será así, se ha dicho también, salvo que, en tal momento, y con carácter de excepción a la citada regla general, el registrador no tenga ya dudas, sino la certeza de que el exceso no corresponde a la finca ya inscrita, pues en estos casos, frente al limitado alcance de la calificación de los documentos judiciales, debe primar la superior exigencia institucional de evitar situaciones de doble inmatriculación, que suponen una grave quiebra de la seguridad jurídica (cfr. resolución de 25 de noviembre de 2013). No es obstáculo, en este supuesto, frente al primer motivo expuesto por el recurrente, que las dudas acerca de la identidad de la finca no se hubieran expresado por el registrador titular en el momento de expedir la oportuna certificación, por no resultar dato alguno relativo al exceso de cabida que se pretendía inscribir.

Resolución de 27-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro de la Propiedad de Olmedo

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

En vía de principios, las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (y tales son las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización. En definitiva, la diferente causa negocial, ajena a la liquidación del patrimonio común adquirido en atención al matrimonio, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio

regulador, según doctrina reiterada (*vid.,* «Vistos»), deben resolverse a favor de la exigencia de escritura para la formalización de un negocio de esta naturaleza. Tratándose de la vivienda familiar adquirida por los cónyuges en estado de solteros por mitad y proindiviso, esta Dirección General ha considerado (cfr. resoluciones de 8 de mayo de 2014, 26 de junio de 2014, 26 de julio de 2014 y 29 de septiembre de 2014 y 19 y 30 de junio de 2015) la existencia de una causa familiar propia de la solución de la crisis matrimonial objeto del convenio. Dentro de las distintas acepciones del concepto de causa, como ha afirmado este Centro Directivo en sus resoluciones de 7 de julio de 2012 y 5 de septiembre de 2012, existe aquí también una causa tipificadora o caracterizadora propia del convenio regulador, determinante del carácter familiar del negocio realizado, con lo que existe título inscribible suficiente por referirse a un negocio que tiene su causa típica en el carácter familiar propio de los convenios de separación, nulidad o divorcio, por referirse a la vivienda familiar y a la adjudicación de la misma, que entra dentro del interés familiar de los cónyuges y de sus hijos.

Resolución de 27-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro de la Propiedad de Arcos de la Frontera

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: PRÓRROGA. PRINCIPIO DE PRIORIDAD: ORDEN EN LA CALIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS.

Conforme a los artículos a los que alude el recurrente, singularmente los artículos 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 353.1 del RH, la comunicación de la ejecución hipotecaria a los titulares de cargas posteriores se producirá en el momento de la expedición de la certificación de cargas exigida conforme al artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este supuesto, dicha comunicación se produjo el 12 de diciembre de 2013, en la misma fecha de expedición de la certificación relativa al procedimiento de ejecución de la hipoteca previa, por correo certificado siendo el acuse de recibo de fecha 27 de enero de 2014. A partir de dicha fecha la Agencia Tributaria (titular de las anotaciones de embargo cuya prórroga se pretendía y que habían sido ya canceladas al ti mío de calificar el mandamiento que ordenaba la prórroga) tuvo pues conocimiento de dicha ejecución y con ello de la posibilidad de que como consecuencia de la misma, la garantía de que era titular fuese cancelada. Por lo tanto dicha normativa, en contra de lo que manifiesta el recurrente, no se incumplió. Además de dicha notificación relativa, como se ha dicho, a la existencia del procedimiento, el registrador debe, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 143 del RH, comunicar al órgano que ordenó practicar la anotación preventiva de un embargo, la extensión de los asientos posteriores que produzcan su cancelación. En el supuesto de este expediente dicha comunicación se produjo así mismo una vez practicada la cancelación al despacharse, con fecha 29 de abril de 2015, el mandamiento de cargas derivado del procedimiento de ejecución de la hipoteca anterior por correo certificado siendo recibida por la Agencia Tributaria el día 12 de mayo de 2015. Nuevamente se cumplió la normativa de aplicación. En el supuesto de este expediente, cuando se presenta el mandamiento ordenando la prórroga, está vigente el asiento previo por el que la finca se adjudicaba a un tercero y se cancelaba la anotación cuya prórroga se pretendía, se trata pues de títulos contradictorios, solo el despacho del primero supondrá la imposibi-

lidad de practicar el segundo; por ello la calificación debe efectuarse una vez se despache el primer documento presentado y no antes, como sucedió en este caso. Y despachado este, procede la calificación denegatoria en los términos en que se ha producido. Lo que no cabe es que ante la imposibilidad de practicar la prórroga se devuelva el documento sin emitir la calificación. Por último, en cuando al fondo de la calificación, es requisito indispensable para que pueda extenderse la prórroga de una anotación que esta no se encuentre cancelada, sea por caducidad sea por cualquier otra causa.

Resolución de 28-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro de la Propiedad de Archena

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: BIENES PRIVATIVOS POR CONFESIÓN.

Se discute en el presente recurso si inscrito un bien a favor de un cónyuge con carácter privativo por confesión del otro puede embargarse por deudas del confesante sin estar demandado el titular registral. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que para poder anotar el embargo respecto de los bienes inscritos conforme al número 4 del artículo 95 del RH deberá ser demandado el titular registral, sea o no el cónyuge deudor, dando cumplimiento al principio de tutela judicial efectiva (art. 144.2 del RH).

Resolución de 28-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro de la Propiedad de Granada, número 2

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DETERMINACIÓN DEL SOBRANTE Y DE LA DEUDA PENDIENTE. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4.ª DEL REAL DECRETO-LEY 11/2014.

En el presente caso se da la circunstancia de que las fincas han sido adjudicadas por un valor que es inferior a su respectiva responsabilidad hipotecaria por principal e igualmente inferior a la cantidad reclamada por principal, por lo que, con dicha información (que resulta claramente de confrontar el título presentado y el contenido del Registro) no cabe la posibilidad de que el valor de lo adjudicado exceda ni lo reclamado ni lo garantizado por la hipoteca. De acuerdo con la anterior consideración, no puede sostenerse el defecto alegado por el registrador. El desglose de las cantidades reclamadas por cada finca en nada contribuye a aclarar la posible existencia de sobrante ya que, de la propia documentación presentada y del contenido del Registro, resulta clara la inexistencia del mismo. Confirmada la aplicación al caso concreto del artículo 654.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el mismo exige para el supuesto de inexistencia de sobrante que se expida una certificación que asegure al deudor ejecutado que pierde el dominio de la finca hipotecada el importe exacto que le queda por pagar a su acreedor y que este solo podrá exigirle por otras vías distintas a la ejecución hipotecaria. De este modo, en base a la obligatoriedad de dicha certificación (la Ley de Enjuiciamiento Civil

afirma que «el Tribunal expedirá»), si no se acredita su expedición no debe inscribirse la adjudicación pues la misma no estaría completa, al no acreditarse a las partes cuál es el importe exacto que ha quedado pendiente, importe que no puede quedar al arbitrio de la parte acreedora, con la correlativa indefensión de la parte ejecutada. La inscripción de la adjudicación, que implica la pérdida del dominio por su titular, debe realizarse cumpliendo estrictamente todas las garantías legalmente establecidas para la protección de sus derechos, entre los cuales se incluyen las previsiones contenidas en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que difícilmente podrían tener operatividad, si la certificación de deuda pendiente prevista en el artículo 654.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se hiciera constar en la inscripción de la adjudicación, al objeto de posibilitar calificaciones futuras que permitan acreditar el cumplimiento de las previsiones que en favor del deudor establece el citado artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A la vista de la afirmación del secretario judicial de que el decreto de adjudicación es firme a 10 de marzo de 2015 y, por tanto, una vez transcurrido con holgura el plazo para interponer el recurso de apelación, el registrador debe pasar por esta declaración, sin exigir mayores aclaraciones de los posibles incidentes procesales que hayan podido tener lugar en el procedimiento. El hecho de que el secretario afirme que el ejecutado planteó oposición a la ejecución y que esta fue inadmitida a trámite no hace sino reforzar la tesis anterior: no solo se afirma que el decreto de adjudicación es firme, sino que dicha afirmación se hace teniendo en cuenta que en su día se promovió oposición a la ejecución. Por tanto, la aseveración de la firmeza del decreto de adjudicación se ha realizado (cosa que no es necesaria, dada la fecha de la diligencia de adición) teniendo en cuenta todas las vicisitudes procesales acaecidas, sin que quepa al registrador discutir dicha aseveración de firmeza de acuerdo con los artículos 100 del RH y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 28-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro de la Propiedad de Llanes

HIPOTECA: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 2/2009, DE 31 DE MARZO DE 2009.

La primera cuestión que se discute es la relativa a los requisitos que han de concurrir en los prestamistas no entidades de crédito para que les sea de aplicación la Ley 2/2009, de 31 de marzo de 2009, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Conviene recordar, antes de entrar a examinar las circunstancias concurrentes en este supuesto, que la exposición de motivos de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores sobre bienes inmuebles de uso residencial, establece como objetivo de la misma el garantizar que todos los consumidores que concluyan los contratos de crédito sobre bienes inmuebles disfruten de un elevado grado de protección, con independencia de la finalidad del crédito y del carácter o no de entidad crediticia del prestamista; e impone la obligación de los Estados miembros de exigir a las autoridades competentes que supervisen a los prestamistas y los faculten para obtener los datos que necesiten para evaluar de manera fiable el cumplimiento de sus obligaciones. En consecuencia, ha sido correcta la actuación de la registradora de

la propiedad al acudir, como medio para completar la calificación y evaluación del cumplimiento de los requisitos legales por parte del acreedor, a la consulta de los asientos de su propio Registro en otras fincas (como también, según ha declarado este Centro Directivo, se encuentra facultado para consultar, a estos efectos, los asientos de otros registros de la Propiedad a través del «Servicio de Interconexión entre los Registros») y no admitir sin más la manifestación negativa del acreedor-cesionario acerca de su condición de profesional. El carácter de habitualidad en la concesión de préstamos no tiene una definición precisa en la legislación en general ni en la específica, siendo las diferentes normas que, de un modo u otro, aluden a este término las que en ocasiones han fijado criterios objetivos para considerar la existencia de tal carácter (por ejemplo, la legislación fiscal para entender como habitual un domicilio). Fuera de estos supuestos la resolución de la controversia sobre el carácter habitual o no de una actividad solo puede producirse por la valoración de las pruebas existentes en uno u otro sentido. 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. En este sentido el otorgamiento de sucesivos préstamos hipotecarios en un número considerable constituye un indicio suficiente del desarrollo de una actividad profesional, que justifica la exigencia por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos legales exigibles; quedando desvirtuada la manifestación del prestamista de no ejercer de forma profesional la actividad efectuada en la escritura, por los datos obrantes en los diferentes registros de la Propiedad, que revelan una habitualidad en la concesión de préstamos con garantía hipotecaria. ciertamente es difícil establecer objetivamente cuántos créditos son necesarios para considerar que existe habitualidad en su concesión, 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», lleva a considerar que constituyen suficiente indicio acerca de la cuestión debatida y justificación para exigir bien el cumplimiento de los requisitos legales bien una prueba satisfactoria de su no necesidad. La segunda cuestión que se plantea es si son exigibles estos requisitos a operaciones de cesión de préstamos hipotecarios. Es cierto que la Ley 2/2009 constituye una norma dirigida fundamentalmente a garantizar la ausencia de publicidad engañosa y la transparencia en la contratación de préstamos y créditos con consumidores, y que las obligaciones que impone se refieren prioritariamente a la fase precontractual y de formalización del contrato de préstamo, por lo que deben entenderse cumplidas en caso de cesión de un préstamo o crédito inscrito en el Registro de la Propiedad. Pero esta realidad no excluye la necesidad de que el cesionario de tales préstamos, si se acredita la habitualidad en la actividad de concesión de préstamos o en la subrogación activa en los mismos, deba cumplir los requisitos exigidos en la nota de calificación recurrida ya que obedecen a una segunda finalidad de la norma consistente en «cubrir las responsabilidades en que el acreedor pudiera incurrir frente a los consumidores por los perjuicios derivados de la realización de los servicios propios de la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios» (ver arts. 7 y 14.1.a] de la Ley 2/2009), y esos perjuicios pueden generarse durante toda la vida del préstamo.

Resolución de 28-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro de la Propiedad de Tui

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA.

En línea con lo señalado por el TS, este Centro Directivo también ha reiterado, en resoluciones de 17 y 18 de enero de 2007, 20 y 23 de junio de 2007, 1 de octubre de 2007 y 19 de noviembre de 2007, 2 de junio de 2009 y 4 de julio de 2009, 10 de diciembre de 2012, 11 de diciembre de 2013 y 27 de enero de 2015, entre otras, que no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa de todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que puedan disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación de aquellos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o sus respectivos herederos, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatarias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en las operaciones liquidatarias. En cuanto a la posibilidad de embargar bienes de la sociedad ganancial en liquidación, se desprende la necesidad de distinguir tres hipótesis diferentes, así en su sustancia como en su tratamiento registral, que también han sido objeto de estudio en numerosas resoluciones. En primer lugar, el embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, el cual, en congruencia con la unanimidad que preside la gestión y disposición de esa masa patrimonial (cfr. arts. 397, 1058 y 1401 del Código Civil), requiere que las actuaciones procesales respectivas se sigan contra todos los titulares (art. 20 de la LH). En segundo lugar, el embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1067 del Código Civil y 42.6 y 46 de la LH, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas solo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación «sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor» (cfr. art. 166.1, «*in fine*», del RH). Y en tercer lugar, el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal, supuesto que no puede confundirse con el anterior pese a la redacción del artículo 166.1.o, *in fine,* del RH, y ello se advierte fácilmente cuando se piensa en la diferente sustantividad y requisitos jurídicos de una y otra hipótesis.

Resolución de 29-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro de la Propiedad de Valencia, número 13

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: PRÓRROGA.

El asiento de anotación preventiva puede ser objeto de prórroga, como reconoce el propio artículo 86 de la LH, por un plazo de cuatro años más siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque

el asiento. Para que exista prórroga de la anotación es preciso que se ordene así por medio del oportuno mandamiento y que se haga constar por medio de otra anotación con lo que el cómputo de la caducidad del nuevo plazo se iniciará desde la fecha de esta. Así resulta del propio artículo 86 reiteradamente citado. De lo anterior resulta que no toda modificación que pueda producirse de la anotación de embargo y que se refleje en el Registro de la Propiedad constituye una anotación de prórroga de la anotación anterior. Para que así sea es preciso que se ordene y practique precisamente una anotación de prórroga. Fuera de este supuesto la modificación del asiento anterior de anotación preventiva que pueda provocar una anotación posterior producirá los efectos que el ordenamiento prevea para cada supuesto concreto, pero no el de prórroga de la anotación anterior (*vid.*, resolución de 29 de junio de 2013).

Resolución de 29-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro de la Propiedad de Torredembarra

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: REENVÍO AL DERECHO ESPAÑOL. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: JUICIO DE SUFICIENCIA DEL NOTARIO RESPECTO DE PODERES OTORGADOS FUERA DE ESPAÑA.

El Reglamento (UE) núm. 650/2012, aplicable en España desde el 17 de agosto de 2015, con la sola excepción de algunos derechos familiares que pudieran ser integrados en su artículo 30 (disposiciones especiales sobre algunos bienes inmuebles o empresas) incluye, con claridad, los derechos del cónyuge viudo, en las herencias internacionales, entre los elementos de la ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* (arts. 23.2.b). Por lo tanto para las herencias internacionales causadas el día 17 de agosto de 2015 y en adelante, no cabe duda acerca de la aplicación de la ley sucesoria a la posición del cónyuge viudo ni de la aplicación directa del Derecho de la unidad territorial (art. 36.2 del Reglamento) cuando se trate de sucesiones de no españoles, cuya residencia habitual (en los términos establecidos en la norma europea) conduzca a dicha unidad territorial, a reserva de que el Estado en ejecución de sus competencias, dicte normas de conflicto distintas. En el presente caso, sin embargo, dado que la sucesión se abrió con anterioridad a la aplicación del Reglamento, habrá que estarse, conforme a los artículos 12.1 y 9.8.3 del Código Civil, en interpretación de la doctrina del TS citada, a la calificación como derecho familiar ligado al régimen económico matrimonial de la sucesión del cónyuge —pese al carácter sucesorio del mismo en el Estado de origen que causa el reenvío a la ley española— y considerar por tanto, que la sucesión del supérstite en la totalidad del inmueble se produce a consecuencia del pacto conyugal y no de la sucesión. Como indicara este Centro Directivo en resolución de 23 de febrero de 2015, la actividad del notario español ante una representación otorgada en otro Estado, exige una especial diligencia que permita establecer la equivalencia de su función económica y jurídica —o la más análoga— a fin de que pueda surtir efectos en España en virtud del juicio de adecuación realizado por el notario. O lo que es lo mismo el documento debe superar un análisis de idoneidad o de equivalencia en relación a los documentos públicos españoles, requisito sin el cual no puede considerarse apto para modificar el contenido del Registro. El hecho de que el poder haya sido otorgado en otro Estado, no exime al notario de su juicio sobre el mismo, bajo su responsabilidad de conformidad

con el artículo 98.2 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de 2001, modificada por el artículo trigésimo cuarto de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre de 2005, debiendo hacerse aun con una mayor diligencia en su valoración.

Resolución de 30-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro de la Propiedad de Mijas, número 3

RECLAMACIÓN PREVIA EN VÍA ADMINISTRATIVA: RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES.

La doctrina jurisprudencial del TS establece la equiparación del acto de conciliación y la reclamación previa en vía administrativa (sentencias de 20 de marzo de 1975, 26 de mayo de 1988, 15 de marzo de 1993 y 31 de diciembre de 1993, 15 de febrero de 1996 y 15 de marzo de 1996, 27 de enero de 1997 y 11 de diciembre de 1997, 14 de marzo de 2002 y 11 de noviembre de 2003). La exigencia de la reclamación previa tiene como finalidad esencial la de impedir que la Administración, en sus distintos grados y categorías, entre en un proceso sin haber tenido la oportunidad de evitarlo, lo que, sin duda, conduce a una ineludible semejanza con el instituto de la conciliación procesal civil, debido a que ambos actúan a modo de conocimiento de un futuro litigio y, en su caso, como mecanismo para eludir su iniciación. También ha declarado el TC que con relación a la reclamación administrativa previa hay que puntualizar que su función equivale a la de la conciliación preprocesal, toda vez que esta no es ni factible ni obligada cuando el demandado es la Administración, ante la cual debe formularse la mencionada reclamación. En conclusión, la Administración Pública tiene mediante la reclamación previa la posibilidad de conocer la pretensión del administrado que pretende interponer una demanda contra ella, pudiendo resolver el conflicto con carácter previo, pero hay que tener en cuenta que la Administración, a diferencia de lo que sucede en la conciliación desarrollada en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, es juez y parte los procedimientos administrativos en el que existe confrontación con un particular. En el caso de este expediente se ha producido la resolución favorable a la titular registral, que reclama la cancelación de la inscripción extendida a su favor por el error administrativo producido en la subasta y se acompaña mandamiento ordenando la práctica de los oportunos asientos. Se cumple la ejecución del acuerdo y se cumple por tanto el requisito formal para la práctica de los asientos correspondientes. Resulta indudable de igual modo que el deudor intervino como demandado, estando por tanto a su alcance ejercitar cuantos derechos le asistieran en el seno del procedimiento, deberá ser también parte interviniente en el procedimiento del cual resulte la anulación de la adjudicación y la reversión de la titularidad del bien a su favor y si bien en la reclamación previa no consta que tal intervención se haya producido, sí consta que ha sido notificado del acuerdo alcanzado sin que haya interpuesto alegaciones, con lo cual la resolución administrativa ha devenido firme. No es, por tanto, inexcusable siempre y en todo caso, el consentimiento de los titulares afectados o la resolución judicial supletoria, sino que bastará con que se trate de expedientes meramente rectificadores en los que la autoridad administrativa interviniente sea competente para la modificación que se acuerde y se cumplan en ella las garantías legales establecidas en favor de las personas afectadas, constando

en el expediente que el deudor ha sido expresamente notificado y que no ha formulado alegaciones.

Resolución de 28-8-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 6

REQUISITOS FISCALES: ACTUACIÓN DEL REGISTRADOR.

No concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (resolución de 21 de diciembre de 1987) ni resultando supuestos de expresa 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 la escritura supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad) 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 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 (*vid.*, por todas, las recientes resoluciones de 3 y 10 de octubre de 2014 y 27 de noviembre de 2014). El principio básico señalado en los artículos 254 de la LH y 54 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, impone un cierre absoluto a los documentos que incluyan actos o negocios jurídicos que supongan una de las variedades de hechos imponibles previstos en la ley impositiva mencionada, con la ya prevista excepción de la extensión del asiento de presentación.

Resolución de 2-9-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 29

CONCURSO DE ACREEDORES: ADJUDICACIÓN EN FASE DE LIQUIDACIÓN.

Cabe recordar que en la liquidación realizada en el procedimiento concursal debe estarse al plan de liquidación aprobado judicialmente y que tiene por finalidad la realización de los bienes integrados en la masa activa del concurso para el posterior pago con su producto a los acreedores (cfr. arts. 154 y siguientes

de la Ley Concursal), si bien el TS en su sentencia de 23 de julio de 2013 ha manifestado que «el plan de liquidación puede prever una forma especial de realización o enajenación de los activos del deudor, alternativa o complementaria a las previstas con carácter general y subsidiario en el artículo 149 de la Ley Concursal, pero no puede obviar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso regulados legalmente, en este caso, en el artículo 155 de la Ley Concursal». La calificación registral no puede ser confirmada, toda vez que la adjudicación se ha realizado al licitador que ha ofrecido mayor precio y del citado pliego de condiciones a que se sujeta la subasta para la realización del bien en cumplimiento del plan de liquidación no resulta prohibición alguna de las posturas presentadas por los acreedores hipotecarios, sin que tampoco exista limitación o prohibición de posturas presentadas conjuntamente por varias personas o entidades.

Resolución de 3-9-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro de la Propiedad de Marbella, número 3

DOCUMENTOS JUDICIALES: SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA.

Aun cuando se hubiese acreditado en tiempo y forma la firmeza de la resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en el «Vistos») según la cual, cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde. En este sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil señala tres plazos de caducidad para el ejercicio de la acción de rescisión de las sentencias dictadas en rebeldía, a contar desde la notificación de la sentencia: un primero de veinte días, para el caso de que dicha sentencia se hubiera notificado personalmente; un segundo plazo de cuatro meses, para el caso de que la notificación no hubiera sido personal, y un tercer plazo extraordinario máximo de dieciséis meses para el supuesto de que el demandado no hubiera podido ejercitar la acción de rescisión de la sentencia por continuar subsistiendo la causa de fuerza mayor que hubiera impedido al rebelde la comparecencia. Por otra parte, el transcurso de tales plazos debe resultar del propio documento presentado a la calificación o bien de otro documento que lo complemente.

Resolución de 3-9-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar, número 1

HIPOTECA: CONCEPTOS CUBIERTOS POR LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA.

El registrador aprecia en la escritura el defecto subsanable de garantizarse unas comisiones en la cláusula de constitución de hipoteca, que no se contienen en el apartado comisiones y compensaciones establecidas en la escritura, concretamente la comisión por subrogación en la posición acreedora según la Ley 2/1994, de 10 de marzo de 1994. No se regula en la estipulación cuarta, ni en ninguna otra, de manera específica ninguna compensación para el supuesto de que la amortización anticipada total lo fuera por aplicación de la subrogación de acreedores prevista en

la Ley 2/1994. En la estipulación novena (constitución de hipoteca), por el contrario, se garantizan «cuatrocientos cincuenta euros (450,00 euros), para prestaciones accesorias, a fin de garantizar el pago de la compensación por desistimiento y comisiones establecidas en la presente escritura que seguidamente se detallan: comisión por subrogación del deudor, comisión de recibos impagados y para los supuestos en los que no resulte de aplicación la compensación por desistimiento, la comisión por reembolso anticipado parcial y total, y la comisión por subrogación en la posición acreedora según Ley 2/1994, de 30 de marzo de 1994. Por ello, hay que concluir que la redacción es cuanto menos confusa, por cuanto la estipulación novena parece estar contemplando una hipótesis no prevista en la estipulación cuarta, al menos no de fácil justificación, de modo que frente a la aplicación general de las normas interpretativas contenidas en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, deben prevalecer las exigencias de determinación del contenido y alcance de los derechos reales, derivadas del principio de especialidad registral, máxime cuando se compromete directamente el propio principio de accesoriedad hipotecaria. Además, cabe citar en este punto, el artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007, 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 el que se establece que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, aquellas deberán cumplir los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, requisitos que no concurren en el presente caso.

Resolución de 4-9-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro de la Propiedad de Lepe

PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: REQUERIMIENTO DE PAGO AL DEUDOR.

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 Reglamento Notarial) 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». Y en el presente caso concurre una de tales circunstancias que permiten tener por practicado válidamente el requerimiento debatido, pues, como puso de relieve este Centro Directivo en la resolución de 20 de mayo de 2015, «no sería congruente provocar la terminación del procedimiento por la imposibilidad de realizar la notificación el domicilio señalado, cuando no se plantea ningún problema en torno a la protección de los derechos del deudor, quien en el presente caso fue debidamente identificado, notificado y requerido de pago en forma personal a través de la correspondiente actuación notarial, y que no solo admitió la notificación sino que consintió con las consecuencias de la ejecución como resulta del otorgamiento de la escritura calificada».

Resolución de 4-9-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro de la Propiedad de El Campello

DACIÓN EN PAGO: CAUSA. LA CAUSA DE LOS CONTRATOS ES UN ELEMENTO ESENCIAL DE LOS MISMOS.

Según la doctrina reiterada de este Centro Directivo («Vistos»), es necesaria la expresión de la causa en los títulos inscribibles, dado que en nuestro Derecho, la causa es determinante no solo de la validez del negocio jurídico sino también de sus efectos, y debe inexcusablemente constar en el título para posteriormente reflejarse en la inscripción; por lo que no juega la presunción que establece el artículo 1277 del Código Civil, porque aunque se presumiese su existencia, así como su licitud, del Registro no resultarían los efectos del negocio para determinar de qué forma estaría protegido el titular registral. En el presente caso aparece una causa explicitada en el título, como es la cesión o dación en pago de deuda, pero el defecto apreciado por el registrador es que dicha causa no es correcta, pues la transmisión no se materializa en favor del acreedor hipotecario, sino en favor de un tercero. Consecuentemente con todo lo expuesto, la nota de calificación debe ser confirmada, pues existe contradicción entre las estipulaciones primera y segunda de la escritura y no queda suficientemente causalizada la transmisión realizada, defecto que, no obstante, será fácilmente subsanable, en cuanto se explicite de manera clara la causa jurídica de la transmisión.

Resolución de 5-9-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 8

RECTIFICACIÓN DE LA ESCRITURA NOTARIAL: ARTÍCULO 153 DEL REGLAMENTO NOTARIAL.

Es doctrina reiterada de la DGRN (cfr. resoluciones de 21 de marzo de 2005, 27 de septiembre de 2005 y 20 de diciembre de 2005), que la posibilidad de rectificación por el notario por sí solo, dado que no concurren las partes interesadas a la rectificación, debe ser interpretada con carácter restrictivo, ya que si bien el notario puede proceder a la subsanación de meros errores materiales que se hayan producido con ocasión de la redacción de la escritura, o que resulten claramente de los antecedentes obrantes en su haber o de lo acontecido en su presencia con ocasión de la firma del instrumento público, lo que no puede hacer en ningún caso es sustituir la voluntad de los otorgantes. Así pues, esta facultad de rectificación por el notario, sin la concurrencia de los otorgantes o sus causahabientes, ha de ser en todo caso, objeto de interpretación restrictiva. En definitiva, el artículo 153 del Reglamento Notarial permite al notario la exclusiva subsanación de aquellos errores materiales, omisiones y defectos de forma que se hayan padecido en los instrumentos públicos como consecuencia de apreciación de hechos o actuación del propio notario. En el supuesto concreto de este expediente, la subsanación no lo es de una manifestación de voluntad hecha por los otorgantes sino de la constatación de un hecho: la expresión de los números del NIE y acreditación de su existencia, que como se manifestó en el otorgamiento de la compraventa estaba solicitado pero aún no concedido. En la subsanación conforme el artículo 153 del Reglamento

Notarial no se hace más que constatar la concesión y el hecho de la existencia y acreditación del NIE, sin que afecte a la declaración de voluntad en absoluto.

Resolución de 7-9-2015
(*BOE* 1-10-2015)
Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 4

CALIFICACIÓN REGISTRAL: NORMAS DE PROCEDIMIENTO. REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO: SENTENCIA DICTADA EN JUICIO DECLARATIVO. DOCUMENTOS JUDICIALES: SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA.

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. También con carácter previo ha de manifestarse que de conformidad con el artículo 326 de la LH el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación de la registradora rechazándose cualquier otra pretensión basada en documentos no presentados en tiempo y forma. Sobre la posibilidad de obtener la reanudación del tracto mediante una sentencia declarativa esta Dirección General, ya desde resoluciones como la de 7 de abril de 2003, viene declarando que «la cuestión no es fácil —decía esta resolución— pues, a favor de una conclusión afirmativa podría alegarse que el artículo 40 de la LH, en sus párrafos 1.º a), 3.º y 6.º permite la rectificación del Registro por resolución judicial. Ahora bien, los argumentos a favor de la tesis negativa han de prevalecer, puesto que: a) la reanudación del tracto sucesivo interrumpido tiene en dicho artículo 40 un tratamiento específico; b) por la relatividad de la cosa juzgada, la declaración de propiedad se hace exclusivamente contra el demandado, pero no contra terceras personas (cfr. art. 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); c) conforme a la legislación hipotecaria, para la reanudación del tracto, tanto por expediente de dominio como por acta de notoriedad, han de tenerse en cuenta otros intereses, además de los del titular registral, de ahí que en las actuaciones intervenga el Ministerio Fiscal y que no baste que el titular del asiento contradictorio consienta en estas actuaciones la reanudación para que no fueran necesarios otros tramites (cfr. arts. 201 y 202 de la LH y 286 y 295 de su Reglamento). Aunque la demanda se haya dirigido contra el titular registral, lo que además en este caso no ha sucedido, la sentencia dictada en procedimiento declarativo solo valdría para reanudar el tracto en el supuesto en que aparecieran como demandados los titulares registrales, quienes de ellos adquirieron y todos los titulares intermedios hasta enlazar con la titularidad del demandante, y en que se pidiese la declaración de la realidad, validez y eficacia de todos esos títulos traslativos intermedios, en este caso, lo que se estaría haciendo al inscribir la sentencia seria inscribir todos los títulos intermedios, con lo que el supuesto no sería propiamente reanudación de un tracto interrumpido» (cfr.

resolución de 16 de junio de 2015). Aun cuando conste acreditado en tiempo y forma la firmeza de la resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo según la cual, cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde. En este sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil señala tres plazos de caducidad para el ejercicio de la acción de rescisión de las sentencias dictadas en rebeldía, a contar desde la notificación de la sentencia: un primero de veinte días, para el caso de que dicha sentencia se hubiera notificado personalmente; un segundo plazo de cuatro meses, para el caso de que la notificación no hubiera sido personal, y un tercer plazo extraordinario máximo de dieciséis meses para el supuesto de que el demandado no hubiera podido ejercitar la acción de rescisión de la sentencia por continuar subsistiendo la causa de fuerza mayor que hubiera impedido al rebelde la comparecencia. Por otra parte, el transcurso de tales plazos debe resultar del propio documento presentado a la calificación o bien de otro documento que lo complemente.

Resolución de 8-9-2015
(*BOE* 1-10-2015)
Registro de la Propiedad de Balaguer

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General que la caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera «*ipso iure*», una vez agotado su plazo de vigencia (art. 86 de la LH), careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la restricción o limitación que para ellos implicaba aquella anotación, y no pueden ya ser cancelados en virtud del mandamiento al que se refiere el artículo 175 del RH, que solo puede provocar la cancelación respecto de los asientos no preferentes al que se practicó en el propio procedimiento del que dimana.

Resolución de 8-9-2015
(*BOE* 1-10-2015)
Registro de la Propiedad de Alzira, número 1

HERENCIA: IDENTIDAD DE LOS HEREDEROS.

En el caso planteado existen elementos suficientes para considerar que el compareciente es la misma persona que la consignada en el testamento. Si se tienen en cuenta: la circunstancia de que son herederos tres hermanos comparecientes todos ellos en la escritura; la razonable ignorancia del testador acerca de una eventual discrepancia de apellidos en el DNI entre tres hermanos de doble vínculo, conocidos todos, por tanto, por el mismo apellido materno, y la autorización de acta de notoriedad por el notario recurrente, es indudable que se presenta un conjunto de prueba suficiente para disipar cualquier duda que el registrador pudiera albergar acerca de la identidad única del compareciente, duda, por otra parte, no alegada en su nota de calificación, careciendo la extendida de justificación al no responder a las pretensiones de los interesados, expresadas en el título.

Resolución de 9-9-2015
(*BOE* 1-10-2015)
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 6

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: EFECTOS. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: DESCRIPCIÓN DE LA FINCA.

Consecuencia del principio de legitimación registral, el principio de tracto sucesivo (art. 20 de la LH) exige para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos; y, para la inscripción o anotación de las resoluciones judiciales que el titular registral haya sido demandado o haya tenido la intervención adecuada en el proceso. Ciertamente, a este respecto cabe recordar la reiterada doctrina de este Centro Directivo en lo referente al principio de tracto sucesivo al indicar que (cfr. resoluciones de 21 de enero de 1993 y 10 de diciembre de 1998, y arts. 20 de la LH y 209.1 del RH), los actos dispositivos sobre bienes que aparecen registrados en favor del causante pueden acceder directamente al Registro sin necesidad de previa inscripción de la adquisición y partición hereditaria siempre que aparezcan otorgados por quienes acrediten ser los únicos llamados a la herencia y conste su aceptación expresa o derive esta, por ley, del propio acto dispositivo cuya inscripción se solicita, si bien habrá de hacerse constar en la inscripción las transmisiones realizadas (cfr. art. 999 del Código Civil, y párrafos quinto, número 2, y último, del art. 20 de la LH). Y desde la perspectiva procesal, podrán practicarse asientos registrales acreditando el fallecimiento del titular registral y entablarse el proceso contra sus herederos, (cfr. art. 166 del RH). Respecto del segundo defecto, la registradora rectifica su nota de calificación, reduciendo el defecto inicialmente expuesto, en cuanto a que los elementos que se pretenden segregar deben estar descritos conforme a lo dispuesto en los artículos 9 de la LH y 51 de su Reglamento. Rectificada la nota de calificación y limitado exclusivamente el defecto a la falta de descripción de los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, el defecto debe ser confirmado.

Resolución de 9-9-2015
(*BOE* 1-10-2015)
Registro de la Propiedad de Albacete, número 4

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

En vía de principios, las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (y tales son las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización. En definitiva, la diferente causa negocial, ajena a la liquidación del patrimonio común adquirido en atención al matrimonio, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada (*vid.,* «Vistos»), deben resolverse a

favor de la exigencia de escritura para la formalización de un negocio de esta naturaleza. Tratándose de la vivienda familiar adquirida por los cónyuges en estado de solteros, esta Dirección General ha considerado (cfr. resoluciones de 8 de mayo de 2014, 26 de junio de 2014, 26 de julio de 2014 y 29 de septiembre de 2014 y, 19 y 30 de junio de 2015) la existencia de una causa familiar propia de la solución de la crisis matrimonial objeto del convenio. Dentro de las distintas acepciones del concepto de causa, como ha afirmado este Centro Directivo en sus resoluciones de 7 de julio de 2012 y 5 de septiembre de 2012, existe aquí también una causa tipificadora o caracterizadora propia del convenio regulador, determinante del carácter familiar del negocio realizado, con lo que existe título inscribible suficiente por referirse a un negocio que tiene su causa típica en el carácter familiar propio de los convenios de separación, nulidad o divorcio, por referirse a la vivienda familiar y a la adjudicación de la misma, que entra dentro del interés familiar de los cónyuges y de sus hijos.

Resolución de 10-9-2015
(*BOE* 1-10-2015)
Registro de la Propiedad de Torrent, número 1

URBANISMO: AFECCIONES Y CONDICIONES DE LICENCIAS EN LEGISLACIÓN VALENCIANA.

La condición que se incorpore a una licencia debe estar fundada en las condiciones legales urbanísticas aplicables en ese momento, derivadas de la Ley y el Planeamiento, y pasan a formar parte del contenido del acto administrativo de autorización, en el sentido de modalizar el ejercicio del derecho que se legitima, en el marco de una relación jurídico administrativa entre la Administración y su titular, cuyo incumplimiento puede motivar la adopción de medidas de protección de la legalidad urbanística, otorgándose salvo el derecho de propiedad y perjuicio de tercero, respetando las situaciones jurídico privadas —arts. 10 y 12 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales—. Así, entre los actos administrativos inscribibles, se hace mención expresa de «las condiciones especiales a que se sujeten los actos de conformidad, aprobación o autorización administrativa, en los términos previstos por las Leyes» —art. 51.1.d de la Ley de suelo y resoluciones de 14 de mayo de 2005, 14 de julio de 2009, 26 de abril de 2011 y 22 de junio de 2013—. Tales determinaciones, salvo en los casos que la legislación establezca otra cosa, podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad mediante certificación administrativa expedida por órgano urbanístico actuante, en la que se harán constar en la forma exigida por la legislación hipotecaria las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a que afecte el acuerdo —art. 52—. Reiteradamente esta Dirección General ha afirmado (por todas, resoluciones de 27 de febrero de 2012 y 22 de junio de 2013) que no obstante la presunción de legalidad, ejecutividad y eficacia de que legalmente están investidos los actos administrativos (cfr. arts. 56 y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), el artículo 99 del RH faculta al registrador para calificar, respecto de los documentos administrativos, entre otros extremos, la competencia del órgano, la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido, los trámites e incidencias esenciales de este, así como la relación del mismo con el título registral y a los obstáculos que surjan con el

Registro. En consecuencia tratándose de documentos administrativos, uno de los extremos que está sujeto a la calificación registral es precisamente si los trámites del procedimiento están debidamente relacionados con el titular registral o lo que es lo mismo si el titular registral ha tenido en el procedimiento la posición jurídica contemplada por el ordenamiento (cfr. art. 99 del RH). En el caso del presente expediente, que plantea inscripción registral de determinadas condiciones de afección y derechos urbanísticos, en el ámbito de la legislación urbanística valenciana, mediante la presentación de mandamiento administrativo de inscripción, junto con una copia confrontada con el original de declaración de interés comunitario, una copia confrontada con el original del decreto del Ayuntamiento de concesión de licencia de obras y copia confrontada con el original de un acta de manifestaciones, no puede mantenerse, según las consideraciones expuestas, el defecto consistente en la exigencia de escritura pública en que los propietarios y la entidad que ha obtenido la declaración de interés comunitario consignen la vinculación del terreno y demás circunstancias exigidas en la ley y en la declaración de interés comunitario. No se estima necesaria la escritura pública, pues si bien, esta tiene como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases —arts. 17 de la Ley del Notariado y 144 del Reglamento Notarial—, en el presente supuesto se trata de la inscripción del contenido de un acto administrativo, que utiliza como título formal la certificación administrativa —art. 52 de la Ley de suelo—, del que es preciso que resulte la intervención del titular registral, bien por medio de instancia, acta notarial o en el curso de un procedimiento al efecto, en el marco de una relación jurídico administrativa y no de Derecho privado, como es el caso —art. 47 de la Ley de suelo—.

Resolución de 10-9-2015
(*BOE* 1-10-2015)
Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera, número 2

URBANISMO: VENTA DE CUOTA INDIVISA DE FINCA NO URBANIZABLE EN ANDALUCÍA.

Es cierta la argumentación de los recurrentes de considerar que una parcelación urbanística es un proceso dinámico que se manifiesta mediante hechos externos y objetivos fácilmente constatables. Siendo eso así la simple transmisión de una cuota indivisa de propiedad, sin que en el título traslativo se consigne derecho alguno de uso exclusivo actual o futuro sobre parte determinada de la finca, constituiría un acto neutro dese el punto de vista urbanístico y amparado por un principio general de libertad de contratación; solo si hechos posteriores pudieran poner de relieve la existencia de una parcelación física cabría enjuiciar negativamente la utilización abusiva o torticera de aquella libertad contractual. En el supuesto al que se refiere este recurso, adquiere relevancia a estos efectos lo dispuesto en los artículos 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre de 2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, y 8 del Decreto 60/2010, de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En ese contexto, el artículo 79 del Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio de 1997, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la LH sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística dispone que los registradores de la propiedad, cuando, a pesar de haberse autorizado la

escritura pública, tuviesen la duda fundada a que se refiere el número anterior y no se aportase la licencia correspondiente, remitirán copia del título o títulos presentados al Ayuntamiento que corresponda, acompañando escrito con solicitud de que se adopte el acuerdo que, en cada caso, sea pertinente. Así ha ocurrido en este caso, dando lugar a la resolución de 7 de abril de 2015, de la Alcaldía de Chiclana de la Frontera, declarando la existencia de posible parcelación ilegal al carecer de la preceptiva licencia urbanística o declaración de innecesariedad.

Resolución de 11-9-2015
(*BOE* 1-10-2015)
Registro de la Propiedad de Móstoles, número 2

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO AL TERCER POSEEDOR.

En este caso, y conforme al tenor literal de los artículos 685.1 y 686.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el tercer poseedor deberá ser demandado y requerido de pago. Se plantea la cuestión de si la notificación posterior puede suplir la falta de demanda y requerimiento de pago. La notificación permite al titular de derechos inscritos con posterioridad a la ejecución de la hipoteca y que no ha tenido conocimiento de la ejecución, pagar y subrogarse en la posición del acreedor, pero como ha señalado esta Dirección General aunque, con posterioridad a la demanda se le notificara dicho procedimiento, no consta su consentimiento ni la pertinente sentencia firme en procedimiento declarativo entablado directamente contra los mismos, como exigen los artículos 1, 40 y 82 de la LH para rectificar o cancelar los asientos registrales, que se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales. La consecuencia derivada de la falta de requerimiento de pago es la nulidad del procedimiento sin que pueda suplirse con una providencia de subsanación realizada posteriormente al correspondiente trámite procesal, dado el rigor formal del procedimiento de ejecución hipotecaria tal y como se regula después de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. En línea con lo anterior, la situación es distinta en el caso de que el tercer poseedor inscriba su derecho con posterioridad a la interposición de la demanda ejecutiva pero antes de la expedición de certificación registral de dominio y cargas, puesto que faltando la acreditación de su derecho frente al acreedor en los términos antes examinados, no habrá podido ser demandado ni requerido de pago al iniciarse el procedimiento, de tal modo que, para evitar su indefensión, deberá ser notificado de la existencia del proceso de ejecución conforme a lo previsto en el artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 14-9-2015
(*BOE* 8-10-2015)
Registro de la Propiedad de Negreira

CONCENTRACIÓN PARCELARIA: OBSTÁCULOS QUE SURJAN DEL REGISTRO.

Se trata pues de dilucidar en este recurso si, presentadas diversas copias parciales de una concentración parcelaria, pueden inscribirse las parcelas resultantes de esta cuando sobre las fincas situadas en su perímetro se han llevado a cabo distintos proyectos de actuación urbanística que han causado los pertinentes asien-

tos en el Registro de la Propiedad. Es indudable que en el momento de iniciarse el procedimiento las fincas tenían la condición de rústicas y así aparecían también en el Registro de la Propiedad por lo que no procede cuestionar la competencia de la Administración Agraria para desarrollar el procedimiento de concentración. Por lo tanto el defecto en cuanto a este punto debe decaer. Parece evidente que se han superpuesto en el tiempo distintos desarrollos, en principio contradictorios entre sí, que afectan a la calificación urbanística de los terrenos, situación que evidencia un problema de coordinación que en ningún caso puede ser objeto de resolución mediante recurso. La constancia de la concentración en ningún caso implica un cierre registral pudiendo producirse transmisiones o modificaciones en las fincas afectadas. Finalizado el procedimiento los artículos 222 y 235.1 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario imponen una inscripción obligatoria de las fincas y derechos reales resultantes de la nueva ordenación sin hacerse referencia, salvo en los casos del artículo 193 de la citada norma, a las parcelas de procedencia aun cuando consten inscritas a favor de personas distintas de aquellas con quienes a título de dueño se entendió el procedimiento de concentración. Hay por tanto una excepción al principio de tracto sucesivo de forma que el registrador no podrá impedir la inscripción por este motivo. En esta misma línea el citado artículo 235 en su punto 3.º permite denegar o suspender la inscripción por obstáculos que surjan del Registro, distintos de los de los asientos de las antiguas parcelas. Las inscripciones derivadas de las actuaciones urbanísticas se practicaron en virtud de actos administrativos firmes que gozan de presunción de validez, resultantes de procedimientos en cuya tramitación adquiere especial relevancia el sometimiento a información pública de los acuerdos adoptados. Como consecuencia de la práctica de dichos asientos las parcelas resultantes dejaron de tener la calificación de suelo rústico. Dada la situación registral existente en el momento en que se presentan las actas de reorganización en el Registro y puesto que las fincas de origen sobre las que se desarrollaron los procedimientos urbanísticos se identifican perfectamente con las aportadas a la concentración, es evidente que los pronunciamientos derivados de esta, tanto en la configuración del suelo como en cuanto a su condición de rústico son incompatibles con los derivados del desarrollo urbanístico. Por lo que el defecto en este punto debe confirmarse. Por último, en cuanto a las referencias que efectúa la recurrente en torno a improcedencia de las inscripciones practicadas, tal valoración no es objeto del recurso. Constituye una regla básica en nuestro Derecho hipotecario la de que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párr. tercero de la LH).

Resolución de 14-9-2015
(*BOE* 8-10-2015)
Registro de la Propiedad de Bande

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA.

El artículo 53, apartado 7 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social dispone: «En lo sucesivo, no se inmatriculará ninguna finca en el Registro si no se aporta junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de esta en dicho título». Esa total

coincidencia que exige el precepto ha de referirse, de manera ineludible, pero también suficiente, a la ubicación y delimitación geográfica de la finca, esto es, a su situación, superficie y linderos. Incluso, en puridad conceptual, bastaría con la concreción de la ubicación geográfica precisa de los linderos, que es tanto como decir la finca misma, sin que sea preciso exigir esa coincidencia en relación con las posibles edificaciones existentes en la finca.

Resolución de 15-9-2015
(*BOE* 8-10-2015)
Registro de la Propiedad de Albacete, número 4

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

A diferencia de lo que ocurre con la inexactitud provocada por la falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento, cuya rectificación, como señala el artículo 40.d) de la LH no exige el consentimiento del registrador, en el caso de la rectificación de errores de concepto, esta intervención es necesaria. El artículo 217, párrafo primero, de la LH dispone que: «Los errores de concepto cometidos en inscripciones, anotaciones o cancelaciones, o en otros asientos referentes a ellas, cuando no resulten claramente de las mismas, no se rectificarán sin el acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador, o una providencia judicial que lo ordene». No puede decirse que en el presente caso estemos ante un error de concepto imputable al registrador, cuya rectificación precisaría su consentimiento o resolución judicial, error que además el registrador no reconoce. Pero aun cuando en el título se invoque el error, lo que es indudable es que en el mismo se reconoce una inexactitud registral cuya rectificación se solicita y para la que consta el consentimiento unánime de todos los interesados, tratándose de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad, por lo que se hace innecesario el otorgamiento de otra escritura y puede procederse a la rectificación si bien esta se llevará a cabo por aplicación del artículo 40.d) de la LH y no por aplicación del artículo 216 como error de concepto, como pretende la notaria recurrente y como se manifiesta en la escritura.

Resolución de 15-9-2015
(*BOE* 8-10-2015)
Registro de la Propiedad de Requena

CONDICIÓN RESOLUTORIA: EFECTOS RESPECTO A LOS TITULARES DE INSCRIPCIONES POSTERIORES.

En el caso que nos atañe, los titulares de diversos asientos posteriores al de la permuta no han intervenido en la sentencia que ordena la resolución del negocio de permuta, ni en la ejecución de la misma que posteriormente genera el correspondiente auto de restitución del dominio y mandamiento de cancelación de cargas posteriores, ni tampoco constaba anotada la demanda de su ejercicio al tiempo de la aparición de dichos titulares registrales, por lo que el mandato imperativo del artículo 24 de nuestra Carta Magna, concretado entre otros en los preceptos números 20, 37, 40 y 82 de la LH impide la cancelación o modificación de los asientos de dichos titulares posteriores sin su consentimiento expreso o

tácito, voluntario o forzoso. Consecuencia del principio de legitimación registral, el principio de tracto sucesivo (art. 20 de la LH) exige para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos, y, para la inscripción o anotación de las resoluciones judiciales que el titular registral haya sido demandado o haya tenido la intervención adecuada en el proceso. Para que la sentencia despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores —cuando no se haya anotado preventivamente la demanda de resolución— es necesario que estos al menos hayan sido citados en el procedimiento, lo que en este caso no se ha efectuado. En definitiva, dada la singular relevancia del cumplimiento de la condición este ha de ser probado adecuadamente, de suerte que en el caso de que el procedimiento se haya entendido exclusivamente contra el adquirente cuya titularidad se resuelve, incluso en el caso de que se haya allanado a la demanda, la sentencia solo producirá efectos contra este (de ahí la posibilidad de la reinscripción a favor del transmitente, que el registrador no cuestiona). Ciertamente la existencia de terceros adquirentes del dominio o de otros derechos reales limitados sobre la finca no constituye, en sentido técnico procesal, una situación de litisconsorcio pasivo necesario (*vid.,* STS de 18 de septiembre de 1996). Pero, como ha señalado la doctrina más autorizada, estos terceros, por ser afectados de forma refleja o mediata, deben tener la posibilidad de intervenir en el proceso (intervención adhesiva y voluntaria), para lo que es necesario que, al menos, se les haya notificado la existencia del procedimiento cuando, con carácter previo a la inscripción o anotación de su derecho, no se hubiere dado publicidad a la pendencia del procedimiento mediante la oportuna anotación preventiva de la demanda (cfr. art. 42, núm. 1, de la LH). Todo ello confirma la necesidad de que los titulares de asientos que hayan de ser cancelados a resultas del ejercicio de una condición resolutoria inscrita tengan la posibilidad de intervenir en el procedimiento para poder alegar lo que convenga a su derecho en relación a la concurrencia o no de los presupuestos de la resolución, y ello no solo por la exigencia constitucional de tutela judicial efectiva contenida en el artículo 24.1 de nuestra Carta Magna y refrendada por el artículo 20 de la LH (*vid.,* resolución de 19 de noviembre de 1996), sino además por la necesidad de evitar acuerdos entre transmitente y adquirente en perjuicio de los titulares de asientos posteriores (*vid.,* resolución de 19 de junio de 2007).

resoluciones de 16-9-2015
(*BOE* 8-10-2015)
Registro de la Propiedad de Escalona

CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO EN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: AMPLIACIÓN.

En la medida en que la argumentación del registrador, aunque escueta, es suficiente para la comprensión del obstáculo que impide la inscripción, y teniendo en cuenta, especialmente, que dicha calificación no parece haber ocasionado indefensión en la parte recurrente, razones de economía procesal aconsejan entrar en el fondo del asunto. Se debate en este recurso la posibilidad de anotar, con el mismo rango que la anotación original, lo que el recurrente describe como

«aumentos de deuda producidos en el mismo expediente ejecutivo de apremio administrativo y por los mismos conceptos tributarios que tienen carácter periódico»; a lo que el registrador no accede alegando que la doctrina de la ampliación de embargo conservando el rango procede en los casos de nuevos vencimientos de la misma obligación, pero no por nuevas deudas posteriores. Descartada la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta plenamente aplicable la doctrina contenida en la resolución de 28 de julio de 2012. Es decir, el asiento de anotación de embargo refleja la deuda contenida en la diligencia de embargo, sin que pueda pretenderse que garantice deudas posteriores de vencimientos periódicos, aunque sea por el mismo concepto que las ya anotadas. En esta línea, admitir la pretensión de recurrente implicaría que anotado un embargo por impago de una anualidad de un impuesto periódico, quedarían tácitamente garantizados todos los hipotéticos impagos sucesivos con carácter indefinido, lo cual, como ya hemos avanzado, no puede cohonestarse con los principios generales en sede de tercerías, preferencias crediturales, concurrencia de ejecución, y tutela judicial efectiva; así como con los principios registrales de prioridad y legitimación registral.

Resolución de 17-9-2015
(*BOE* 8-10-2015)
Registro de la Propiedad de Terrassa, número 2

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

En cuanto a la pretensión del recurrente de que se acuerde la revocación de la inscripción ya practicada a favor de don G. D. M. y doña M. C. A. G., resulta imprescindible recordar el principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales de tal manera que, como resulta de la doctrina reiterada (por todas citaremos la resolución de 17 de enero de 2001) el recurso no es el medio adecuado para plantear cuestiones relativas a asientos registrales vigentes, debiendo dirimirse tales cuestiones en sede judicial respetando el principio de tutela judicial efectiva de todos aquellos que pudieran ostentar interés legítimo en el mismo. Dicha sentencia, en su caso, deberá presentarse en el Registro de la Propiedad al objeto de que se proceda a su calificación. Pero no procede que sea esta Dirección General la que determine la inscripción de dicha sentencia que ha sido aportada en fase de recurso, pero no al registrador al tiempo de la calificación. Caducada la anotación, debe actuar el registrador a estos efectos como si nunca se hubiera practicado la citada anotación, en cuyo caso la inscripción de la adjudicación de la finca como consecuencia de la ejecución, como se ha señalado reiteradamente por este Centro Directivo, dependerá de que el deudor siga conservando la titularidad de la misma y en caso de existir cargas posteriores no podrán ser objeto de cancelación registral. Por todo lo expuesto, no procede sino confirmar el defecto.

Resolución de 17-9-2015
(*BOE* 8-10-2015)
Registro de la Propiedad de Valverde

CONDICIÓN RESOLUTORIA: EFECTOS RESPECTO A LOS TITULARES DE INSCRIPCIONES POSTERIORES.

Es objeto de este recurso resolver sobre la posibilidad de cancelar, por medio de mandamiento judicial firme, los asientos posteriores a una condición resolutoria inscrita en el Registro, cuyos titulares no han sido parte o intervenido en el procedimiento de resolución, ni consta previamente anotada la demanda de ejercicio de la citada condición resolutoria. Consecuencia de este principio de legitimación registral, el principio de tracto sucesivo (art. 20 de la LH) exige para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos, y, para la inscripción o anotación de las resoluciones judiciales que el titular registral haya sido demandado o haya tenido la intervención adecuada en el proceso. En base a todo ello, no puede prosperar la alegación impugnativa de la recurrente basada en el argumento de que el Registro ya publicaba la existencia de la condición resolutoria y sus efectos, porque una cosa es dar publicidad a la condición, y otra al desenvolvimiento de la misma mediante la oportuna demanda judicial, momento en el que se pone en juego un nuevo derecho, el de tutela judicial efectiva, que no resulta suficientemente protegido mediante la simple constancia registral de la condición, sino que requiere, además, que se acredite que los terceros adquirentes y titulares de cargas posteriores han tenido la posibilidad de intervenir en el proceso, algo que solo puede obtenerse si son demandados o se les notifica la existencia del mismo al tiempo de admitirse la demanda, y en todo caso antes de que se dicte la sentencia y con posibilidad efectiva de intervenir en el procedimiento en defensa de sus derechos.

Resolución de 18-9-2015
(*BOE* 8-10-2015)
Registro de la Propiedad de Jijona

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DE LA DESCRIPCIÓN DE ELEMENTOS PRIVATIVOS.

Como ha entendido reiteradamente este Centro Directivo (*vid.*, las resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente), una modificación en la descripción de los elementos privativos como la presente (y aun cuando sea obligatoria por la necesaria adecuación de la edificación a la licencia municipal correspondiente), al afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requiere el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual debe constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los artículos 3, 10 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), de modo que no podrá inscribirse la modificación si no se ha otorgado «*uti singuli*» por todos los que, en el momento de la inscripción, aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos (cfr. art. 20 de la LH), sin que baste, por tanto, la unanimidad presunta (cfr. art. 17, regla 8, de la Ley

sobre Propiedad Horizontal), siendo necesario el consentimiento expreso y real de todos los titulares registrales. En definitiva, en estos casos no se trata de una decisión o acto de la junta, sino que se trata de una decisión personal e individual de cada propietario, sujeta a las reglas y requisitos de capacidad, legitimación y forma propias de las declaraciones de voluntad personales. Cuestión distinta es que en caso de que la modificación de la superficie no afectare a todos los elementos privativos fuera necesario además, junto con ese acto esencial individual, un acto colectivo como es la conformidad de la junta con las correspondientes descripciones, toda vez que dicha modificación afectaría a elementos comunes (cfr. resolución de 12 de diciembre de 2002). En el documento presentado a inscripción no se declara ninguna obra, sino que simplemente se especifican pequeñas diferencias respecto de unas superficies que habían sido incorrectamente expresadas y que ahora se ajustan a la realidad física no alterada, incorporándose a la escritura licencia de legalización de obras, manifestando el técnico, en la escritura, su adecuación al proyecto para el que se obtuvo la licencia de legalización, sin que se haga declaración de fin de obra, de suerte que, como alega la recurrente, los requisitos exigidos por la registradora solo deberán acreditarse cuando se declare la terminación de la obra respecto de los concretos elementos privativos que figuran en construcción y se solicite la constancia de dicha terminación —lo que no se ha solicitado en el documento calificado.

Resolución de 18-9-2015
(*BOE* 8-10-2015)
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 2

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE.

Es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la LH, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la LH). En consecuencia, estando las fincas transmitidas, inscritas en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona jurídica distinta del anterior titular registral, no podrá accederse a la inscripción del ahora calificado sin consentimiento del actual titular registral, por más que haya sido otorgado por titular anterior de quien trae causa el actual (cfr. art. 17 de la LH).

Resolución de 19-9-2015
(*BOE* 8-10-2015)
Registro de la Propiedad de Santa Fe, número 1

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: D.T. 4.ª LEY 1/2013.

Como cuestión previa es necesario recordar que constituye reiterada doctrina de este Centro Directivo que en los recursos solo cabe tener en cuenta

los documentos presentados en tiempo y forma en el Registro para su calificación, toda vez que el artículo 326 de la LH limita el recurso exclusivamente a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, debiendo rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. La exigencia de nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que la suspensión de la inscripción por falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento, y por ende no se haya dirigido contra él la demanda, debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico, y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. En el caso de este expediente, el procedimiento se ha seguido con los ignorados herederos de la titular registral, sin que conste haber intervenido nadie en calidad de representante de los derechos e intereses de dicha herencia yacente. En el presente expediente el secretario judicial manifiesta en el testimonio que el decreto es firme, pero a pesar de haberse realizado por el secretario judicial —que ostenta la fe pública judicial conforme al artículo 145 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— declaración expresa de firmeza de las resoluciones presentadas a inscripción, habiendo sido dicha declaración verificada el 30 de enero de 2013 y siendo el ejecutado susceptible de ser considerado consumidor y por tanto de padecer cláusula abusiva (arts. 3 y 82 de la Ley General de Consumidores y Usuarios), en tanto no quede justificada judicialmente la puesta en posesión de la finca antes del 15 de mayo de 2013 o, en su caso, la no formulación en plazo o formulación insatisfactoria del incidente relacionado por parte del ejecutado, no puede procederse a la inscripción del decreto presentado, sin perjuicio de la posibilidad de que se tome anotación preventiva.

Resolución de 21-9-2015
(*BOE* 14-10-2015)
Registro de la Propiedad de Osuna

LEGADO: REQUISITOS DE LA ENTREGA DE LEGADOS.

El artículo 885 del Código Civil establece que el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para la misma o a los herederos. Cabe afirmar que fuera de los casos en que el legatario fuera ya poseedor —se entiende posesión al tiempo de la apertura de la posesión y no ahora como sostiene el recurrente— tan solo sería admisible la toma de posesión por el mismo si, no existiendo legitimarios, el testador le hubiera facultado expresamente para ello (primero de los supuestos contemplados en el art. 81 del RH), posibilidad que no se da en el supuesto de hecho de este expediente, al no haber previsión testamentaria de la causante sobre tal extremo. Por ello, habida cuenta de la inexistencia de contador-partidor o albacea facultado para la entrega, es de aplicación lo previsto en el apartado c) del citado precepto reglamentario, de modo que no habiendo institución de heredero testamentario, procede la declaración abintestato del mismo, por lo que no es posible la inscripción de la escritura calificada, pues no cabe la

eventual toma de posesión por sí de algunos de los legatarios favorecidos en el testamento, dado que tal posibilidad tiene como presupuesto ineludible la de la entrega por el heredero abintestato, que en este caso parece ser el Estado —a la vista de las manifestaciones de la registradora y el recurrente—. Este Centro Directivo se ha manifestado sobre esta cuestión de la identificación de la finca legada, en resolución de 5 de diciembre de 2003, donde recoge el supuesto de las dudas planteadas acerca de la identidad entre el bien que un causante en su testamento atribuye a uno de sus herederos a título de prelegado y el bien que se entrega en escritura de «aceptación unilateral de legado» otorgada solo por el heredero beneficiario. La Dirección General considera que la duda es razonable, si está fundada en la omisión de datos esenciales en la descripción de los inmuebles y en que hay varios en la misma localidad. Pero lo más destacable es que, para el Centro Directivo no resulta suficiente para despejar las dudas un acta de manifestaciones otorgada por distintas personas que afirman tal correspondencia, sino que tendrían que ser los propios interesados en la herencia o quienes por ley tengan facultades de interpretación del testamento, quienes resuelvan tal discrepancia, sin perjuicio de acudir a la vía judicial en caso de falta de acuerdo.

Resolución de 21-9-2015
(*BOE* 14-10-2015)
Registro de la Propiedad de Picassent, número 1

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: MODIFICACIÓN DE CONTENIDOS PURAMENTE PATRIMONIALES. NEGOCIO JURÍDICO: EXPRESIÓN DE LA CAUSA.

En el supuesto de este expediente, existe sentencia firme de divorcio por la que se aprueba el convenio regulador, quedando disuelta la sociedad conyugal y se liquida y adjudica el pleno dominio de la finca al exesposo. Ahora, nueve años después, se otorga una escritura pública titulada de liquidación de sociedad de gananciales por la que se modifica el convenio regulador y se realiza otra liquidación distinta de una de las fincas, adjudicándose esta finca a la exesposa, en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Esta Dirección General en sus resoluciones de 3 de octubre de 1998 y 5 de febrero de 2003 manifestó que la aprobación judicial que el artículo 90 del Código Civil exige para los acuerdos adoptados por los cónyuges al regular las consecuencias del divorcio —o para su posterior modificación—, se predica no respecto de todos los recogidos en el convenio sino, exclusivamente, de aquellos que afectan a los hijos o que incidan sobre aspectos que de modo expreso quedan sustraídos a la autonomía de la voluntad, lo que no ocurre con las previsiones de exclusiva índole patrimonial que afecten únicamente a los cónyuges, cual es el caso del presente expediente. En este expediente no estamos ante una rectificación del convenio regulador en el sentido de rectificar un error padecido en su confección pretendiendo las partes que su contenido se ajuste a lo realmente querido. De su propio tenor, se deduce que lo que realmente se pretende es una modificación del convenio regulador, que se corresponde con una nueva declaración de voluntad, a un nuevo negocio jurídico, produciendo efecto de transmisión del dominio de la finca del patrimonio del marido al patrimonio de la mujer. Ciertamente, es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que

son válidos y eficaces los desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges (en este caso excónyuges) y, por tanto, entre su patrimonio privativo y el consorcial, siempre que queden especificados en el título los elementos esenciales del negocio jurídico y, entre ellos, la causa del negocio, como exige el principio registral de especialidad o determinación. Así lo ponen de manifiesto las resoluciones de 8 de mayo de 2014, 2, 4 y 26 de junio de 2014, 1 de julio de 2014 y 6 de septiembre de 2014, señalándose en esta última que «la especificación de la causa es imprescindible para acceder a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como por ser presupuesto lógico necesario para que el registrador pueda cumplir con la función calificadora y después practicar debidamente los asientos que procedan». En el contexto de la escritura que motiva la presente resolución ha de entenderse que esta causa, «modificación», no es suficiente para provocar la transmisión dominical realizada. La «modificación» por sí no constituye un título traslativo de dominio.

Resolución de 22-9-2015
(*BOE* 14-10-2015)
Registro de la Propiedad de Villena

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA INSCRIPCIÓN DE EXCESOS DE CABIDA: REQUISITOS.

Las dudas sobre la identidad de la finca o sobre la realidad del exceso cuando se ventilan en un expediente judicial, por definición se despejan en el ámbito de la valoración de las pruebas practicadas. La decisión corresponde a la autoridad judicial, conforme a lo que señalan los artículos 281 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la doctrina generalmente aceptada sobre el libre arbitrio judicial en la valoración de la prueba. Así pues, tratándose de documentos judiciales, es el juez quien ha de resolver dentro del procedimiento, concretamente en su fase de prueba, sobre esta cuestión de hecho, sin que el registrador pueda realizar una nueva valoración que se superponga a la del juez. Dicho de otra forma, el artículo 100 del RH no ampara que el registrador pueda proceder a una nueva valoración de la prueba, que en dicho procedimiento se ha practicado, y que tenga virtualidad de revisar la efectuada por el juez. En el caso ahora debatido, consta que a la demanda con que se inició el expediente de dominio para acreditar la mayor cabida de la finca se acompañó una certificación catastral descriptiva y gráfica de bienes inmuebles de naturaleza rústica, emitida por la Dirección General del Catastro de Alicante, relativa al inmueble con referencia catastral 03123A013000300000RJ. Pero no consta que el auto judicial expresamente declarara acreditado que la finca registral, con su mayor cabida, se correspondiera con dicho inmueble catastral o que ni siquiera mencionara incidentalmente tal correspondencia. Si así hubiera sido, probablemente bastaría la remisión a la delimitación geográfica contenida en dicha certificación catastral para entender cumplida la exigencia legal y reglamentaria de expresión de los linderos de la finca. El que los nombres de los colindantes catastrales, que no son linderos fijos, sino linderos personales, no coincidan con los nombres de los colindantes personales meramente mencionados en la descripción registral de la finca, no constituye defecto, por lo que el señalado por el registrador en ese sentido ha de ser revocado. En los expedientes de dominio para la inscripción de excesos

de cabida que superen la quinta parte es preciso aportar la certificación catastral coincidente. Hay que señalar que en relación con el trámite previsto por el artículo 201 de la LH, resulta del auto la citación a los que han sido tenidos por el juez como titulares de los predios colindantes, aunque no fueran coincidentes con los meramente mencionados como colindantes en la descripción registral, pues tal mención registral no hace fe de su contenido.

Resolución de 22-9-2015
(*BOE* 14-10-2015)
Registro de la Propiedad de Jumilla

CONCURSO DE ACREEDORES: PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO Y CANCELACIÓN DE ANOTACIONES PREVIAS AL CONCURSO.

En el ámbito concursal, si bien el principio de tracto sucesivo puede ser objeto de cierta modulación, no pude ser excepcionado. De esta manera, la regla general de intervención del titular de un asiento para su eventual modificación o cancelación sufre alguna variación en ciertas fases del procedimiento concursal, cuya jurisdicción universal se reconoce en el artículo 8 de su ley reguladora, por lo que la participación directa de todos los titulares afectados en las actuaciones concretas pudiera suponer una desvirtuación del proceso concursal, suponiendo restricciones, detenciones o retrasos innecesarias o injustificadas en el mismo. Pero esta consideración no pude impedir respetar el principio básico de tracto sucesivo y legitimación registral, debiendo exigirse una participación mínima de los titulares de derechos de reflejo registral previo a la declaración de concurso. El apartado tercero del artículo 55 dispone que «cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado». Esta competencia del juez del concurso para cancelar embargos, queda sometida a una triple condición: a) que la decrete el juez del concurso a petición de la administración concursal; b) que concurra como causa habilitante el hecho de que el mantenimiento de los embargos trabados dificulte gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, y c) la audiencia previa de los acreedores afectados, lo que, como se verá, resulta relevante a los efectos de la resolución del presente recurso.

Resolución de 24-9-2015
(*BOE* 14-10-2015)
Registro de la Propiedad de Vigo, número 5

PROPIEDAD HORIZONTAL: REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN.

Los pisos o locales de un edificio —finca registral 1280— pueden ser susceptibles de inscripción cada uno de ellos como una sola finca, conforme el artículo 8.5 de la LH, pero deberá constar previamente en la inscripción del inmueble la constitución en régimen de propiedad horizontal con los requisitos exigidos

por la ley. El artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal recoge el principio general de la necesidad de autorización de los propietarios para la constitución de ese régimen así como para la fijación de las nuevas cuotas de participación en el título constitutivo. De este resulta que para la constitución del título de una propiedad en régimen de división horizontal, se exige el acuerdo de todos los propietarios existentes (párrafo segundo), por laudo o por resolución judicial siendo también necesario este acuerdo para cualquier modificación del título (último párrafo). Centrados en el objeto de este expediente, se plantea la necesidad de ese acuerdo. Ciertamente la cuestión aparece resuelta por la RDGRN de 7 de mayo de 2014, en cuyos fundamentos se señala —referido a la agrupación de los pisos o locales y sus anejos—, que en cuanto a la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, requiere consentimiento de los propietarios de los distintos elementos privativos que la integran de forma que la exigencia de ese consentimiento de los propietarios se fundamenta en dos consideraciones: una de tipo material, apreciable en toda situación fáctica de edificio por pisos, esto es, el hecho de que tales operaciones puedan suponer alteraciones materiales en las cosas comunes y afectar al uso de servicios generales, y otra, la consideración de tipo jurídico, vinculada al funcionamiento orgánico de la comunidad, esto es, el hecho de que, además, puedan suponer una alteración de las estructuras que sirven de base para fijar las cuotas de participación en la comunidad de propietarios.

Resolución de 24-9-2015
(*BOE* 14-10-2015)
Registro de la Propiedad de Conil de la Frontera

PROYECTO DE EQUIDISTRIBUCIÓN URBANÍSTICA: ANULACIÓN JUDICIAL Y PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

La cuestión que se plantea en el presente recurso no es tanto determinar el alcance de la sucesión «*ex lege*» de los deberes y situación jurídica del propietario conforme a la legislación urbanística, sino el grado de intervención que debe tener el titular registral al objeto de que se haga constar en el Registro de la Propiedad las consecuencias de la declaración de nulidad de un proyecto de reparcelación por resolución judicial. Las exigencias del principio de tracto sucesivo deben llevar a la denegación de la inscripción solicitada cuando en el procedimiento del que dimana el documento calificado no han intervenido todos los titulares registrales de derechos y cargas de las fincas. El principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (cfr. art. 24 de la Constitución Española) impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han sido partes en él, ni han intervenido de manera alguna, exigencia esta que, en el ámbito registral, y dada la salvaguardia judicial de los asientos registrales, determina la imposibilidad de practicar, en virtud de una resolución judicial, asientos que comprometen una titularidad, si no consta que ese titular haya sido parte en el procedimiento del que emana aquella resolución. En este sentido, tratándose de resoluciones que pueda afectar a fincas inscritas en el Registro de la Propiedad y conociéndose ya en el momento de iniciación del procedimiento cuáles son estas, como sucede en el supuesto de hecho que nos ocupa (en el que se solicitaba la declaración de nulidad de la totalidad del proyecto de reparcelación, por lo que la eventual nulidad alcanzaba a todas las

fincas de resultado), no existía ninguna dificultad para que quienes figuraban como titulares registrales en el momento de interposición de la demanda fueran emplazados en el procedimiento en una fase inicial para que pudieran personarse como parte demandada. Sin embargo, respecto de los titulares futuros la anotación de demanda es el mecanismo adecuado de publicidad con arreglo al artículo 51.1.f) del texto refundido de la Ley de suelo, sin que esta anotación preventiva se tomase en su momento en el supuesto de hecho planteado en el presente expediente, omisión que da lugar, por aparición sobrevenida de nuevos titulares, al obstáculo registral ahora examinado, siendo insuficiente desde el punto de vista del requisito del tracto sucesivo los emplazamientos que se hicieron a los titulares registrales que a la sazón lo eran en el momento de iniciarse la tramitación del procedimiento judicial. La Sala de lo Contencioso de nuestro TS ha tenido ocasión de manifestar recientemente en su sentencia de 16 de abril de 2013 que la decisión acerca del cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal, así como de los relativos a la citación o llamada de terceros registrales al procedimiento jurisdiccional en el que se ha dictado la resolución que se ejecuta, ha de corresponder, necesariamente, al ámbito de decisión jurisdiccional. E, igualmente, será suya la decisión sobre el posible conocimiento, por parte de los actuales terceros, de la existencia del procedimiento jurisdiccional en el que se produjo la resolución determinante de la nueva inscripción. Será pues, el órgano jurisdiccional que ejecuta la resolución de tal naturaleza el competente para —en cada caso concreto— determinar si ha existido —o no— la necesaria contradicción procesal excluyente de indefensión, que sería la circunstancia determinante de la condición de tercero registral, con las consecuencias de ello derivadas, de conformidad con la legislación hipotecaria.

Resolución de 25-9-2015
(*BOE* 14-10-2015)
Registro de la Propiedad de Gandía, número 4

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DOCUMENTOS PRIVADOS.

La LH, en su artículo 40.d) determina que «cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiera motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa de las no especificadas anteriormente, la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial». Como se deduce con toda claridad de los preceptos transcritos, la rectificación solicitada de la inscripción exige el consentimiento de su titular o, en su defecto, una resolución judicial en procedimiento seguido contra este titular registral. Por ello, la negativa de la registradora de la propiedad a practicar el asiento de presentación del documento presentado está plenamente justificada. El artículo 420 del RH expresamente dispone que los registradores no extenderán asiento de presentación de los siguientes documentos, diciendo en su apartado primero literalmente: «los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuya eficacia registral». Ninguna disposición legal atribuye eficacia registral al documento privado que pretende dejar sin efecto un asiento que se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales.

Resolución de 25-9-2015
(*BOE* 14-10-2015)
Registro de la Propiedad de Torredembarra

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. HIPOTECA: CALIFICACIÓN REGISTRAL DE SUS CLÁUSULAS. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS: SU CONTROL EXCEDE DEL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL. COMPETENCIA PARA RESOLVER ESTE RECURSO.

No cabe duda que la cuestión de la «protección de consumidores y usuarios» se trata de una materia transversal cuya regulación aparece en combinación con otros sectores de actividad que se relacionan con ella, como puede ser la legislación civil, registral, mercantil, financiera, etc.; por lo que la resolución esta cuestión previa que nos ocupa exige el análisis de las concretas competencias que ostentan el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia de la «defensa de consumidores y usuarios» y la subsunción del hecho concreto objeto del expediente en el contexto normativo adecuado. En aplicación de estas competencias exclusivas, especialmente de las referidas a la materia de fijación de las bases de las obligaciones contractuales, de ordenación de los registros e instrumentos públicos y de ordenación del crédito y de la banca, las normas citadas han tenido como objeto establecer un régimen jurídico uniforme de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de todo el Estado, entre cuyas normas básicas se encuentran la proclamación de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo y crédito hipotecarios con subsistencia del contrato (arts. 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 8 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación) y la determinación de los límites de las cláusulas hipotecarias y los requisitos de transparencia contractual de las mismas para que puedan acceder al Registro de la Propiedad (ej. arts. 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 114 de la LH o 6 de la Ley 1/2013). Congruentemente con este ámbito competencial, la legislación catalana no contiene normas acerca de las consecuencias civiles de las cláusulas abusivas sobre la eficacia de los contratos de préstamo hipotecario ni sobre la inscripción registral de los mismos. Con base en todo lo expuesto este Centro Directivo se considera competente para resolver el presento recurso ya que la materia discutida no es de Derecho especial catalán, sino que versa sobre la determinación de las consecuencias civiles o contractuales de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo o crédito hipotecario, la calificación registral de tales cláusulas y la regulación de los efectos que la apreciación registral de las mismas tiene sobre su inscripción, lo que es ajeno al Derecho catalán ya que está regulada por disposiciones de ámbito estatal. Calificación registral de las cláusulas de los préstamos y créditos hipotecarios. La resolución de 28 de abril de 2015 después de fijar los supuestos de aplicación de la legislación sobre transparencia de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario y de protección de los consumidores, y de aclarar, con base en el referido criterio de interpretación sistemática, el contenido necesario de la inscripción de hipoteca y los efectos jurídicos de la misma, procede a señalar cuál es el alcance de la calificación registral de las estipulaciones contenidas en las escrituras de préstamos y créditos hipotecarios atendiendo a la aplicabilidad o no de la citada normativa de defensa de los consumidores. Así el registrador podrá, con carácter general en

todo tipo de hipotecas, negar la inscripción de aquellas cláusulas que, con independencia de su validez civil o posible eficacia real, no tengan carácter inscribible por estar expresamente excluido su acceso al Registro de la Propiedad por una norma de naturaleza hipotecaria de carácter imperativo, bien de forma automática o bien por no reunir los requisitos necesarios para su inscripción. Igualmente el registrador podrá rechazar aquellas otras cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas expresas y objetivas y, por tanto, nulas de pleno derecho. A este respecto debe recordarse que la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (las predispuestas por una de las partes con el objeto de incorporarlas a una pluralidad de contratos) es aplicable aunque el adherente —persona física o jurídica— sea un profesional y actúe en el marco de su actividad (art. 3) y que son nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en dicha Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (art. 8.1), sin necesidad de que tengan la condición de abusivas. Y, por último, también podrán denegarse las cláusulas que no tengan carácter inscribible por ser puramente obligacionales y no ostentar la condición de cláusula financiera, sin que se pacte tampoco que su incumplimiento genere el vencimiento anticipado de la obligación principal, ni se garantice su importe económico con alguno de los conceptos de la responsabilidad hipotecaria; cláusulas que deben ser depuradas simplemente por esa carencia de eficacia real (art. 98 de la LH). Tratándose de préstamos hipotecarios a los que les es aplicable la normativa de protección de los consumidores, adicionalmente se podrán rechazar la inscripción de las cláusulas por razón de abusividad en dos supuestos concretos: a) 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; y b) cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3 de la LH, con base en la doctrina de la nulidad «*apud acta*» recogida en la STS de 13 de septiembre de 2013. Deberá también rechazar la inscripción de las escrituras de hipotecas respecto de las que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la forma —normal o reforzada— que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse del conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las singulares cláusulas financieras o de vencimiento anticipado que lo componen. Por último, respecto del controvertido tema de la calificación de las cláusulas de vencimiento anticipado, son también utilizables en el control de legalidad de las mismas, las normas y principios generales del sistema registral español, que se concretan en la exigencia de los siguientes requisitos: a) que el vencimiento anticipado no se vincule al incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes; b) que cumplan con el requisito de determinación hipotecaria que es de exigencia ineludible para la eficacia del derecho real de que se trate; c) que procede la exclusión de aquellas causas de vencimiento anticipado que sean totalmente ajenas al crédito garantizado y cuya efectividad no menoscabe la garantía real ni la preferencia de la hipoteca. El registrador de la propiedad

carece de facultades para analizar la legalidad o constitucionalidad de las disposiciones que ha de aplicar en el ejercicio de su función, sino que debe limitarse a apreciar la validez de los actos dispositivos atendiendo al ordenamiento jurídico vigente y aplicable en cada momento, ya sea este comunitario, estatal o autonómico. Tampoco es el recurso el medio apropiado para apreciar esa posible inconstitucionalidad. El artículo 251.6, número 4, letra a) del Código de consumo de Cataluña en su redacción de la Ley 20/2014 dispone que «en los contratos de créditos y préstamos hipotecarios se consideran abusivas las siguientes cláusulas: a) Las que incluyan un tipo de interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato». Esta norma sería aplicable, en tanto no se presente recurso ante el TC, la citada norma autonómica y, en consecuencia, el registrador deberá rechazar la inscripción de la cláusula discutida en cuanto contraria a una norma prohibitiva. Eso es lo que precisamente ha hecho el registrador, aunque quizá no con toda la claridad argumentativa que sería deseable, por lo que el defecto debe ser confirmado al encontrase suficientemente fundamentada la nota de calificación y haber actuado el registrador dentro del marco de extensión de sus facultades calificador

Resolución de 29-9-2015
(*BOE* 22-10-2015)
Registro de la Propiedad de Las Rozas, número 2

PROCEDIMIENTO REGISTRAL: PRESENTACIÓN SUCESIVA DEL MISMO TÍTULO. CONCURSO DE ACREEDORES: ENAJENACIÓN EN FASE DE LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN DE CARGAS.

Cuando haya caducado el asiento de presentación anterior 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; 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 en el Registro los actos de enajenación o gravamen de bienes o derechos que integren la masa activa del concurso será necesario que se acredite ante el registrador la obtención del oportuno auto autorizatorio, por medio del correspondiente testimonio extendido por el secretario judicial que acredite la autenticidad y el contenido del citado auto, dando fe del mismo. Pero para inscribir la transmisión es imprescindible que el título material —en este caso la enajenación autorizada por el juez— conste en el título formal adecuado, es decir, «el documento o documentos públicos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquella y que hagan fe, en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción, por sí solos o con otros complementarios, o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite» (art. 33 del RH). El título a efectos de la inscripción será por tanto —como título principal— la escritura pública, en la que conste el negocio traslativo, complementada por el título formal que acredite la autorización judicial. Respecto de la cancelación del asiento que refleja la posición registral del ano-

tante previo al concurso como consecuencia de la ejecución de una operación de liquidación aprobada por el juez de lo Mercantil competente para el desarrollo del proceso concursal, esta Dirección General ha reiterado recientemente (*vid.,* la resolución de 2 de julio de 2015) que el principio de tracto sucesivo instaurado en el artículo 20 de la LH, corolario y garante de la prohibición de indefensión ante los tribunales reconocida en el artículo 24 de nuestra Carta Magna, impone que ningún asiento del Registro puede ser objeto de alteración, modificación o cancelación sin la intervención de su titular registral, ya sea por vía voluntaria o forzosa. En el supuesto estudiado, del mandamiento no resulta intervención alguna del titular del derecho objeto de la anotación que se pretende cancelar, por lo que la rectificación o eliminación de su posición o titularidad registral no puede llevarse a cabo sin su consentimiento o sin que haya sido notificado conforme a lo establecido legalmente. La competencia del juez del concurso para cancelar embargos, queda sometida a una triple condición: a) que la decrete el juez del concurso a petición de la administración concursal; b) que concurra como causa habilitante el hecho de que el mantenimiento de los embargos trabados dificulte gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, y c) la audiencia previa de los acreedores afectados, lo que, como se verá, resulta relevante a los efectos de la resolución del presente recurso. No cabe duda alguna de que esta actuación de notificación al titular de los embargos que se pretende cancelar es uno de los trámites de obligada calificación por parte del registrador. Pero una vez que en los documentos presentados se afirma por el juez que se ha notificado y se ha dado audiencia a tales acreedores, el registrador ha de pasar por ello, no habiéndose cuestionado la competencia de este funcionario ni el carácter público del documento calificado (cfr. art. 100 del RH). Por ello, no puede confirmarse en este extremo la calificación impugnada. Habida cuenta de las especiales consecuencias que tiene la aprobación del plan de liquidación en relación con el pago de los créditos que gozan de privilegio especial, conforme a los artículos 148 y 155 de la Ley Concursal, y teniendo en cuenta el ámbito de calificación del registrador conforme al artículo 132 de la LH a la hora de cancelar la hipoteca —aplicable también en el ámbito de la liquidación concursal— debe constar expresamente en el mandamiento que se ha dado conocimiento a los acreedores hipotecarios no solo del plan de liquidación sino también de las medidas tomadas con relación a la satisfacción del crédito con privilegio especial. Obviamente, si los titulares de las hipotecas estuvieran personados en el procedimiento concursal, la mera personación supone la posibilidad de conocimiento del plan presentado, ya que el plan debe quedar de manifiesto en la Secretaría del Juzgado durante el plazo de quince días a fin de que los interesados puedan formular observaciones y proponer modificaciones (art. 148.2 de la Ley Concursal). Pero conocimiento potencial no equivale a conocimiento real. Puede suceder que, por una u otra razón, el acreedor hipotecario, por considerar erróneamente que el plan no le afecta, no aproveche las oportunidades legalmente ofrecidas. Por esta razón, sin esa notificación al titular registral de la hipoteca, con expresión de las medidas que se hubieran adoptado o se proyecten adoptar para la satisfacción de los créditos respectivos la cancelación no puede ser decretada por el juez.

Resoluciones de 1-10-2015
(*BOE* 22-10-2015)
Registro de la Propiedad de Getafe, número 1

CALIFICACIÓN REGISTRAL: DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS. PATRIMONIO MUNICIPAL DEL SUELO: ENAJENACIÓN.

El registrador tiene que calificar que se hayan cumplido los trámites esenciales del procedimiento administrativo. Esta calificación debe ponerse en inmediata relación con el artículo 62.1.e) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que solo admite la nulidad de aquel acto producido en el seno de un procedimiento en el que la Administración Pública «ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido». Se requiere, pues, un doble requisito: Ostensibilidad de la omisión del trámite o del procedimiento y que ese trámite no sea cualquiera, sino esencial. A tal fin, la ostensibilidad requiere que la ausencia de procedimiento o trámite sea manifiesta y palpable sin necesidad de una particular interpretación jurídica. La doctrina y la jurisprudencia han venido acuñando el patrimonio municipal del suelo como un recurso o instrumento esencial de la gestión municipal, para conseguir los fines de la ordenación urbanística, el equipamiento dotacional y garantizar el acceso a la vivienda en especial para los sectores de la población más desfavorecidos. Dada su finalidad, las normativas reguladoras del suelo han incorporado a su legislación tanto la relación de destinos a que pueden destinarse dichos bienes, como la forma de su enajenación. El artículo 176 de la Ley del Suelo de Madrid dice que: «Los bienes integrantes de los patrimonios públicos de suelo, una vez incorporados al proceso urbanizador o edificatorio, se destinarán, de conformidad con las técnicas y los procedimientos establecidos en la presente Ley, a cualquiera de los siguientes fines: (…) c) Actuaciones públicas para la obtención de terrenos y ejecución, en su caso, de las redes de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos (…) f) A la propia gestión urbanística, con cualquiera de las siguientes finalidades: (…) 2.º Pagar en especie, mediante permuta, suelo destinado a redes públicas». Finalmente su artículo 178.1 dispone: «Los bienes de los patrimonios públicos de suelo, así como los restantes bienes de la Comunidad de Madrid y de los municipios clasificados como suelo urbano y urbanizable pueden ser: (…) e) Permutados por terrenos destinados a infraestructuras, equipamientos y servicios públicos». Resulta que si como consecuencia de la modificación del planeamiento que legitimó la actividad de ejecución, variaron las obligaciones del urbanizador y eso provocó la modificación del primitivo convenio urbanístico en que se formalizó la concesión, la transmisión de los bienes municipales tendría como causa el reequilibrio de dicha concesión. El desequilibrio se produjo por la realización de unas obras imprevistas en un principio, pero de necesario cumplimiento por el concesionario por imposición de la Administración, que justificarían la transmisión de las parcelas previamente obtenidas por el Ayuntamiento en pago de la expropiación desarrollada en el mismo ámbito de actuación, en cuanto la permuta no sería consecuencia de una enajenación de bienes integrantes del Patrimonio municipal del suelo ajena al proceso de ejecución sino que sería resultado de una rectificación del sistema de ejecución pública, en cuyo caso no podría apreciarse de forma ostensible e indubitada una omisión del trámite o del procedimiento que justifiquen la denegación de la inscripción, sin perjuicio de la comprobación por el registrador del cumplimiento de los requisitos y formalidades que sean de aplicación al instrumento modificado.

Resolución de 1-10-2015
(*BOE* 22-10-2015)
Registro de la Propiedad de Massamagrell

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: FORMA DE REALIZAR EL REQUERIMIENTO AL DEUDOR.

El artículo 132 de la LH determina los extremos a que se extiende la calificación registral en relación con las inscripciones y cancelaciones derivadas de los procesos de ejecución hipotecaria. Entre ellos, está que haya sido demandado y requerido de pago el deudor, el hipotecante no deudor y el tercer poseedor que tenga inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse la certificación de cargas en el procedimiento, todos ellos, en el domicilio que resulte vigente en el Registro. Uno de los requisitos que establece el artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que pueda utilizarse el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, es el de que en la escritura de constitución de hipoteca se haga constar un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y las notificaciones. Conforme al artículo 686 de la LEC lo primero que ha de intentarse es la notificación en el domicilio registralmente vigente. Solo cuando ese intento resulte infructuoso podrá acudirse a otras alternativas. De hecho, la notificación mediante edictos es considerada por nuestro TC como un mecanismo excepcional al que no cabe recurrir hasta que se hayan agotado todas las posibilidades de notificación personal. En el supuesto de este expediente, lo único que consta en el testimonio del decreto de adjudicación objeto de calificación es que a la sociedad deudora no hipotecante se le notificó y requirió de pago por edictos. En tanto no se especifica que con anterioridad se hubiera intentado sin efecto la notificación en el domicilio que aparecía como vigente en el Registro, y que además se habían agotado todos los medios de averiguación del domicilio del deudor a los efectos de realizar la notificación y requerimiento de forma personal, procede confirmar el defecto consignado en la nota, sin perjuicio de que pueda presentarse nuevamente toda la documentación, al objeto de obtener una nueva calificación registral.

Resolución de 2-10-2015
(*BOE* 22-10-2015)
Registro de la Propiedad de Paterna, número 1

TRANSACCIÓN HOMOLOGADA JUDICIALMENTE: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

Partiendo de la reiterada consideración del acuerdo transaccional aprobado judicialmente como un documento privado, y teniendo en cuenta, además, que en el presente caso el juez no ordena que se proceda a la inscripción directa del documento judicial, debe confirmarse la calificación de la registradora en el sentido de considerar el título presentado como documento no inscribible en el Registro de la Propiedad. Esta tesis se ve reforzada, además, por la consideración que hace la registradora de «no resulta claramente cuál es el negocio formalizado». Así, por lo que respecta a esta última consideración, el acuerdo transaccional se denomina como extinción de comunidad, pero del contenido del acuerdo resulta que el demandante adquiere el pleno dominio de la finca tras la renuncia por la

demandada a su participación en la misma, sin contraprestación aparente. En cuanto al segundo defecto, debe confirmarse la calificación de la registradora, toda vez que se ha reiterado en numerosas ocasiones la insuficiencia de la expresión «firme a efectos registrales» en los testimonios de documentos judiciales. En cuanto al tercero y último de los defectos, debe igualmente confirmarse la calificación de la registradora. Como ya señaló la resolución de 5 de agosto de 2013 en su fundamento de Derecho segundo: «El defecto debe ser confirmado, pues para su acceso al Registro, los títulos inscribibles han de contener las circunstancias exigidas por la legislación aplicable (arts. 9.1.ª y 2.ª, 21.1 y 254.2 de la LH y 51.9.ª y 10.ª del RH)».

Resolución de 2-10-2015
(*BOE* 22-10-2015)
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 1

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO AL TERCER POSEEDOR.

Conforme a los artículos 132 de la LH y 685 de la LEC, es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la LH que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.

Resolución de 5-10-2015
(*BOE* 29-10-2015)
Registro de la Propiedad de Córdoba, número 4

DERECHO DE HABITACIÓN: NO PUEDE CONSTITUIRSE SOBRE UNA PARTICIPACIÓN INDIVISA DE LA FINCA.

La cuestión central del recurso es si cabe la inscripción de un derecho de habitación sobre una cuota indivisa de un inmueble. La sentencia del TS de 4 de febrero de 1983 enumera los caracteres del derecho de uso, que pueden aplicarse también al de habitación. Se trata —dice la sentencia— de: 1. un derecho real; 2. de uso y disfrute; 3. recayente sobre un inmueble; 4. limitado a las necesidades del mismo; 5. de carácter personal (en el sentido de personalísimo e intransmisible); con dos particularidades esenciales que le dan individualidad jurídica, cuales son: 6. la temporalidad del uso (y de la habitación) y 7. Su especial régimen jurídico. No cabe que el derecho de habitación recaiga sobre la mitad indivisa de la vivienda, por cuanto el derecho real de habitación al serle consustancial la facultad de ocupar (físicamente) a su titular en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, no es posible que recaiga sobre una mitad indivisa de la casa, lo cual no debe confundirse con la posibilidad de que se le adjudique a doña F. S. C. una mitad indivisa del derecho de habitación de la casa, defecto, no obstante, fácilmente subsanable por el notario autorizante. Esta es una diferencia sustancial con el derecho real de usufructo, por cuanto el usufructo atribuye el derecho a disfrutar los bienes ajenos (cfr. art. 467 del Código Civil), que atribuye a su titular el derecho a percibir todos los frutos naturales,

industriales y civiles de los bienes usufructuados (art. 471 del Código Civil), sin exigirse necesariamente la detentación posesoria.

Resolución de 5-10-2015
(*BOE* 29-10-2015)
Registro de la Propiedad de Escalona

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: DEUDAS DEL TITULAR REGISTRAL FALLECIDO.

Tratándose de anotaciones preventivas de embargo por deudas del propio titular registral fallecido, en este caso, de conformidad con el apartado primero del artículo 166.1 del RH si el procedimiento se siguiera contra herederos indeterminados del deudor, basta con expresar la fecha de fallecimiento de este; si el procedimiento se hubiera dirigido contra herederos ciertos y determinados del deudor, se consignará además, las circunstancias personales de aquellos. Pero en estos supuestos de formularse reclamación por deudas del titular registral no es preciso determinar la parte que corresponda al derecho hereditario del heredero, por cuanto tratándose de deudas del causante, la totalidad de los bienes hereditarios responden de su cumplimiento (cfr. art. 659 del Código Civil).

Resolución de 6-10-2015
(*BOE* 29-10-2015)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 27

CONCURSO DE ACREEDORES: ENAJENACIÓN EN FASE DE LIQUIDACIÓN.

En el caso de este expediente, es cierto que la nota de calificación es escueta y que la registradora no se extiende en la motivación, pero no obstante lo anterior, conviene tener en cuenta que es igualmente doctrina de esta Dirección General que aunque la argumentación en que se fundamenta la calificación haya sido expresada de modo ciertamente escueto, es suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado haya podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo acredita en este caso el mismo contenido del escrito de interposición, y por ello procede entrar en el fondo del asunto. Conforme al artículo 155 de la Ley Concursal para inscribir en el Registro los actos de enajenación o gravamen de bienes o derechos que integren la masa activa del concurso será necesario que se acredite ante el registrador la obtención del oportuno auto autorizando la transmisión, por medio del correspondiente testimonio extendido por el secretario judicial que acredite la autenticidad y el contenido del citado auto, dando fe del mismo. Para inscribir la enajenación es imprescindible además que el título material —en este caso la adjudicación autorizada por el juez— conste en el título formal adecuado, es decir, «el documento o documentos públicos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquella y que hagan fe, en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción, por sí solos o con otros complementarios, o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite» (art. 33 del RH). En consecuencia y como regla general cuando el auto se limite a autorizar la enajenación, el título a efectos de la inscripción será

por tanto —como título principal— la escritura pública, en la que conste el negocio traslativo, complementada por el título formal que acredite la autorización judicial. Sentado lo anterior, en el caso de este expediente se da la peculiaridad de que, de la lectura detenida del contenido del auto de adjudicación, resulta que la juez en su resolución no se limita, como entiende la registradora, a autorizar la enajenación sino que el auto es el vehículo directo de la transmisión de forma que pueda ser objeto de inscripción. Hay que tener en cuenta además la limitación de la calificación registral de documentos judiciales que no puede incidir sobre el fondo de la resolución *ex* artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 6-10-2015
(*BOE* 29-10-2015)
Registro de la Propiedad de Inca, número 1

MENCIONES: NO ES APLICABLE SU RÉGIMEN A LOS DERECHOS REALES INSCRITOS.

No es posible en consecuencia estimar los motivos de recurso. En primer lugar porque resulta de forma patente del contenido del Registro que el derecho inscrito es un derecho real de servidumbre que, en consecuencia, se encuentra sujeto a las reglas generales para su cancelación (art. 82 de la LH); de la información suministrada para la autorización de la escritura resulta el carácter de carga del derecho inscrito, su carácter de servidumbre de paso y su carácter perpetuo sin que el error sobre la titularidad del derecho tenga el alcance que pretende el escrito de recurso. Tampoco lo tiene el hecho de que la nota simple no determine el predio beneficiario de la servidumbre (*vid.,* art. 13, segundo párrafo, de la LH). Tampoco es posible apreciar la existencia de una mención. Resulta indudable que estamos ante un derecho real inscrito por lo que, por definición, no se dan las circunstancias que para la existencia de una mención ha considerado la doctrina de esta Dirección General. No son predicables en consecuencia las conclusiones de la resolución de 9 de julio de 2015 pues existe una inscripción de servidumbre (contenida en la inscripción de herencia, número 1 de orden de las de la finca), y existe un acto constitutivo que el propio notario autorizante cita en su escritura.

Resolución de 7-10-2015
(*BOE* 29-10-2015)
Registro de la Propiedad de Manresa, número 4

NOTA MARGINAL SOBRE LA SITUACIÓN URBANÍSTICA DE UNA FINCA: REQUISITOS.

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. arts. 24 y 105 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia

judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 de la LH). Por este motivo para tomar razón en el RP de condiciones de licencias o de licencias en precario el ordenamiento exige que conste instancia del titular registral o que resulte que el procedimiento ha contado con su audiencia (arts. 74 y 76 del Real Decreto 1.093/1997). La constancia registral de tal determinación sobre la situación urbanística de la edificación existente en la finca, con efectos limitativos del contenido urbanístico del derecho del propietario y de evidente interés para tercero, solo podrá lograrse mediante la pertinente resolución administrativa, de carácter declarativo, adoptada por el órgano municipal competente y como terminación del correspondiente procedimiento administrativo que garantice los derechos del interesado —art. 53 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común—. Tal resolución no debe ser confundida con los informes o dictámenes que puedan formar parte de la motivación exigida a tal resolución —art. 89.5 en relación al artículo 54.1.ª de la Ley 30/1992, y sentencias de 12 de julio de 2004 y 7 de julio de 2003—. Atendidos los precedentes argumentos, en el caso del presente expediente, que plantea la procedencia de practicar una nota marginal en virtud de certificación expedida por secretaria municipal, con el visto bueno del alcalde, en la que se testimonia un informe de la arquitecta municipal, cuyo contenido hace referencia al volumen disconforme que un edificio industrial tiene en relación con el planeamiento vigente, debe estimarse correcta la calificación mantenida por la registradora, salvo en la exigencia ineludible de instancia dirigida a la registradora por el titular registral, consintiendo la extensión del asiento, pues la misma podrá ser requerida por la Administración actuante en el marco de un procedimiento administrativo que garantice los derechos del interesado titular registral.

Resolución de 7-10-2015
(*BOE* 29-10-2015)
Registro de la Propiedad de Avilés, número 2

HIPOTECA: CERTIFICADO DE TASACIÓN EN HIPOTECA A FAVOR DE LA HACIENDA PÚBLICA.

Este Centro Directivo (*vid.*, resoluciones de 22 de enero de 2014 y 24 de marzo de 2014) ha destacado como criterio general el carácter imperativo de los requisitos establecidos por el artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre ellos la tasación ECO realizada por entidad homologada de la finca hipotecada, cualquiera que sea la entidad o persona acreedora y la exigencia de que el procedimiento de ejecución hipotecaria se desarrolle de acuerdo con los pronunciamientos regístrales dado el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca. En relación con la redacción del artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil resultante de la Ley 19/2015, de 13 de julio de 2015, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, este Centro Directivo es de la opinión que, en realidad, dicha remisión tiene un carácter objetivo referenciado a las operaciones activas a que se refiere el artículo 4 de la Ley 2/1981 en las que es necesario llevar a cabo la tasación que dicha Ley regula, operaciones que son todas aquellas «de préstamo o crédito cuya finalidad sea financiar, con garantía de hipoteca in-

mobiliaria ordinaria o de máximo, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad, así como cualesquiera otros préstamos o créditos garantizados por hipoteca inmobiliaria en las condiciones que se establezcan en dicha Ley, sea cual sea su finalidad», es decir, independientemente de la personalidad del prestamista y de su aptitud legal o voluntad de emitir títulos hipotecarios, lo que implica su exigencia en todas las escrituras de constitución de hipoteca; exceptuando únicamente aquellas hipotecas a las que por su especialidad les fuera permitido disponer de otro tipo de tasación. Expuesto lo anterior, en el presente expediente la cuestión que se plantea es distinta pues se trata de la constitución de una la hipoteca a favor de la Hacienda Pública, de lo que se deriva la aplicación de su normativa específica que regula un procedimiento ejecutivo propio aplicable también a las hipotecas constituidas a su favor (arts. 66.4 y 74.3 del Reglamento General de Recaudación) como es el apremio administrativo. Así, el Reglamento General de Recaudación, por un lado, prevé en su artículo 66.3 que, con carácter previo, pueda solicitarse informe al órgano con funciones de asesoramiento jurídico sobre la suficiencia de la garantía, sin sometimiento a la necesidad de una tasación determinada; por otro, que la ejecución de las hipotecas y otros derechos reales constituidos en garantía de los créditos de la Hacienda Pública se realizará por los órganos de recaudación competentes a través del procedimiento de apremio —art. 74.3 del Reglamento General de Recaudación—, excluyendo por tanto el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, como el pacto de venta extrajudicial, con independencia de que en la escritura hayan sido previstos, y, por último, la realización de una tasación, también sin sometimiento a ningún tipo especial, al inicio de la ejecución —art. 97 del Reglamento General de Recaudación—.

Resolución de 8-10-2015
(*BOE* 29-10-2015)
Registro de la Propiedad de Negreira

CONTADOR PARTIDOR DATIVO EN GALICIA: CÓMPUTO DEL PLAZO DEL SORTEO PARA SU DESIGNACIÓN.

El artículo 298 de la Ley de Derecho Civil de Galicia establece lo siguiente: «En ningún caso podrá realizarse el sorteo hasta que hayan transcurrido treinta días hábiles desde la fecha en que se practicó la última de las publicaciones o notificaciones y sesenta días hábiles desde el requerimiento inicial al notario». La expresa regulación del artículo 298 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, no llama a la aplicación supletoria del artículo 5 del Código Civil, y por lo tanto, la interpretación jurídica no precisa determinar si los días son naturales o hábiles. La expresión en el precepto de días hábiles implica que quedan excluidos del cómputo los días inhábiles. El carácter formal y procedimental es evidente, ya que no se trata del plazo para el ejercicio de una acción sino de un plazo de jurisdicción voluntaria.

Resolución de 8-10-2015
(*BOE* 29-10-2015)
Registro de la Propiedad de Vitoria, número 5

HIPOTECA: CLAUSULA SUELO A TIPO CERO.

La cuestión que se plantea en el recurso consiste en determinar si en los préstamos hipotecarios a interés variable en que se pacte como cláusula suelo «el cero por ciento» o «que la parte deudora nunca podrá beneficiarse de descensos a intereses negativos, de tal manera que en ningún caso podrán devengarse intereses a favor del deudor», es precisa la confección de la expresión manuscrita por parte del deudor de comprender los riesgos que asume en presencia de dicha cláusula, a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, siempre que se den, como ocurre en el presente caso, los presupuestos de aplicación de la misma. Cuestión distinta, por tanto, a la del control de contenido o abusividad es la relativa a la transparencia de las cláusulas contractuales. Sobre tal extremo el registrador, como señala la resolución de 13 de septiembre de 2013, no solo puede sino que debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, pues se trata de un criterio objetivo de valoración de dicha transparencia. Así, frente a la opinión del notario recurrente, que defiende una interpretación restrictiva del indicado artículo, debe prevalecer una interpretación extensiva pro-consumidor en coherencia con la finalidad legal de favorecer respectivamente la información, comprensibilidad y la protección de los usuarios de servicios financieros (*vid.*, resolución de 29 de septiembre de 2014). La alegación por el notario recurrente de que la cláusula discutida que señala que «a pesar de que el tipo de interés de esta operación crediticia es variable, la parte deudora nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés aplicable por debajo del cero (0,00), por lo que en ningún caso podrán devengarse intereses a favor del deudor», no constituye una cláusula suelo del cero por ciento sino una cláusula aclaratoria de la naturaleza del contrato de préstamo que se firma, ya que aunque no existiera, este no podría generar intereses negativos porque en tal caso vería alterada su naturaleza jurídica y, por tanto, esta aclaración no puede provocar la exigencia de la constancia de la expresión manuscrita, tampoco puede admitirse. Por todo lo cual, concurriendo todos los presupuestos de aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 como son haberse hipotecado una vivienda, ser un profesional el prestamista y una persona física el prestatario, y constatarse una limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés pactada, aunque sea por la vía del no devengo, sin concurrir un límite equivalente de variabilidad al alza; esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.

Resolución de 8-10-2015
(*BOE* 29-10-2015)
Registro de la Propiedad de Torredembarra

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. HIPOTECA: CALIFICACIÓN REGISTRAL DE SUS CLÁUSULAS. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS: SU CONTROL EXCEDE DEL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL. COMPETENCIA PARA RESOLVER ESTE RECURSO.

No cabe duda que la cuestión de la «protección de consumidores y usuarios» se trata de una materia transversal cuya regulación aparece en combinación con otros sectores de actividad que se relacionan con ella, como puede ser la legislación civil, registral, mercantil, financiera, etc.; por lo que la resolución de esta cuestión previa que nos ocupa exige el análisis de las concretas competencias que ostentan el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia de la «defensa de consumidores y usuarios» y la subsunción del hecho concreto objeto del expediente en el contexto normativo adecuado. En aplicación de estas competencias exclusivas, especialmente de las referidas a la materia de fijación de las bases de las obligaciones contractuales, de ordenación de los registros e instrumentos públicos y de ordenación del crédito y de la banca, las normas citadas han tenido como objeto establecer un régimen jurídico uniforme de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de todo el Estado, entre cuyas normas básicas se encuentran la proclamación de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo y crédito hipotecarios con subsistencia del contrato (arts. 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 8 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación) y la determinación de los límites de las cláusulas hipotecarias y los requisitos de transparencia contractual de las mismas para que puedan acceder al Registro de la Propiedad (p. ej., arts. 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 114 de la LH o 6 de la Ley 1/2013). Congruentemente con este ámbito competencial, la legislación catalana no contiene normas acerca de las consecuencias civiles de las cláusulas abusivas sobre la eficacia de los contratos de préstamo hipotecario ni sobre la inscripción registral de los mismos. Con base en todo lo expuesto este Centro Directivo se considera competente para resolver el presento recurso ya que la materia discutida no es de Derecho especial catalán, sino que versa sobre la determinación de las consecuencias civiles o contractuales de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo o crédito hipotecario, la calificación registral de tales cláusulas y la regulación de los efectos que la apreciación registral de las mismas tiene sobre su inscripción, lo que es ajeno al Derecho catalán ya que está regulada por disposiciones de ámbito estatal. La aplicabilidad de las normas de consumo de la Comunidad Autónoma de Cataluña respecto al límite que a los intereses moratorios de los préstamos hipotecarios y a las restricciones que al pacto de variabilidad de los intereses ordinarios impone el artículo 251.6, número 4, del Código de consumo de Cataluña. Ahora bien, el registrador de la propiedad, como ya se ha señalado en la resolución de 25 de septiembre de 2015 respecto a la limitación de los interese moratorios, carece de facultades para analizar la legalidad o constitucionalidad de las disposiciones que ha de aplicar en el ejercicio de su función, sino que debe limitarse a apreciar la validez de los actos dispositivos atendiendo al ordenamiento jurídico vigente y aplicable en cada momento, ya

sea este comunitario, estatal o autonómico. Tampoco es el recurso el medio apropiado para apreciar esa posible inconstitucionalidad de una norma. Más compleja resulta la aplicación registral de la norma catalana de referencia respecto de la declaración como abusivas de las cláusulas que fijen un límite a la variación a la baja del tipo de interés contratado cuando no haya un paralelo límite a la subida, el límite establecido a la bajada de los tipos de interés sea superior al 50% del valor del índice de referencia aplicable en el momento de la contratación, o la diferencia entre el límite fijado en el contrato para la subida y la bajada de los tipos de interés sea superior a 5 puntos; porque aquí se inmiscuye la problemática de la libertad contractual en la fijación de los precios de los contratos, en este caso el interés al que se presta el dinero y sus condiciones, cuestión que como reconoce el TS (*vid.,* sentencias de la Sala Primera número 241/2013, de 9 de mayo de 2013, número 464/2014, de 8 de septiembre 2014, y número 139/2015, de 25 de marzo de 2015) corresponde a la iniciativa empresarial. No obstante esta diferencia conceptual debe reiterarse también en este caso que ni el registrador de la propiedad ni esta Dirección General, gozan de competencia para determinar la legalidad o constitucionalidad de las disposiciones que el primero ha de aplicar en el ejercicio de su función, sino que, como ya se ha expuesto en el fundamento de Derecho anterior, el registrador debe limitarse a aplicar el ordenamiento jurídico vigente en cada momento, si bien los efectos civiles y registrales de dicha aplicación serán los determinado por la legislación estatal. Respecto de los intereses moratorios debe señalarse que la legislación estatal, tras la Ley 1/2013, los regula, en lo que ahora nos interesa, en el párrafo tercero del artículo 114 de la LH de donde se infiere que la limitación a los intereses moratorios solo opera en los contratos del préstamo o crédito hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual del deudor, en este caso, ontológicamente persona física, y en los que se hipoteca dicha vivienda habitual, es decir, no son aplicables a préstamos o créditos hipotecarios con otra finalidad, aunque lo sean con fines de consumo, el deudor tenga la condición de consumidor y la finca hipotecada constituyera su domicilio habitual. El artículo 251.6, número 4, letra a) del Código de consumo de Cataluña en su redacción de la Ley 20/2014 dispone que «en los contratos de créditos y préstamos hipotecarios se consideran abusivas las siguientes cláusulas: a) Las que incluyan un tipo de interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato». Esta norma sería aplicable, en tanto no se presente recurso ante el TC, la citada norma autonómica y, en consecuencia, el registrador deberá rechazar la inscripción de la cláusula discutida en cuanto contraria a una norma prohibitiva. Eso es lo que precisamente ha hecho el registrador, aunque quizá no con toda la claridad argumentativa que sería deseable, por lo que el defecto debe ser confirmado al encontrase suficientemente fundamentada la nota de calificación y haber actuado el registrador dentro del marco de extensión de sus facultades calificadoras. Respecto de los pactos que fijan un límite a la variación a la baja de los intereses remuneratorios debe señalarse que la legislación estatal los regula en el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. En el supuesto objeto de este recurso, como ya se ha señalado anteriormente, los prestatarios son personas jurídicas, lo que ya de por sí excluye la aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013; concurriendo, sin embargo, los presupuestos de aplicabilidad de la normativa autonómica ya que existiendo un límite de variación de los intereses a la baja, no se ha fijado un límite al posible aumento de los mismos. Por tanto, mientras no se

presente recurso ante el TC, la citada norma autonómica se encuentra en vigor y, en consecuencia, el registrador deberá rechazar la inscripción de la cláusula discutida en los términos que resulten de los efectos civiles y registrales regulados por la legislación estatal para este tipo de cláusulas, es decir, la necesidad de elaborar la expresión manuscrita por parte del prestatario. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que en las escrituras de modificación de préstamos o créditos hipotecarios realizadas en el marco de la Ley 2/1994 de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, no es necesario realizar una adaptación de todas sus cláusulas a las distintas reformas legislativas que se hubieran aprobado desde el otorgamiento de la correspondiente escritura de constitución. Solo será precisa respecto de aquellos tipos de cláusulas que sean objeto expreso de la modificación. No es el escrito de interposición del recurso el lugar adecuado para la manifestación del interesado persona jurídica, de que en realidad no actuó en una relación de consumo sino en el ámbito de su actividad profesional, sino que esa manifestación debió realizarse en una escritura de subsanación o aclaración de la escritura de novación hipotecaria.

Resolución de 9-10-2015
(*BOE* 29-10-2015)
Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4

EXCESO DE CABIDA: ACREDITACIÓN POR ACTA DE NOTORIEDAD.

La introducción del acta notarial de presencia y notoriedad por el citado artículo 53.10 no excluye la posibilidad de aplicar la tradicional acta de notoriedad de los artículos 200 y 203 de la LH, ya que dicho artículo 53.10 se limita a establecer una alternativa («podrá efectuarse») y no sustituye al procedimiento tradicional. Por tanto, tampoco debe excluirse la posibilidad de que tramitada un acta por el procedimiento del artículo 53.10 de la Ley 13/1996, posteriormente los interesados decidan someterla a aprobación judicial: el registrador, en tal caso, deberá comprobar el cumplimiento de los requisitos que correspondan a ambos procedimientos de manera que, cumplidos en su totalidad, constituirá un documento perfectamente inscribible y, de hecho, con mayores garantías que el acta de presencia y notoriedad ya que, al ser aprobado judicialmente, implica una valoración por la autoridad judicial de la prueba y las diligencias practicadas. En resumen, tiene razón el notario recurrente cuando afirma que, al someterse a la valoración y aprobación judicial, el supuesto hace tránsito a la esfera de los documentos judiciales, lo que tiene importantes consecuencias. Si se tiene en cuenta: que la actualización de los linderos de la finca se ha llevado a cabo por un procedimiento específicamente previsto por la Ley para tal fin; que dicho procedimiento ha sido, además, valorado y aprobado judicialmente (lo que dificulta la alegación de dudas sobre la identidad de la finca, como después se verá); la doctrina de este Centro Directivo sobre determinación y actualización de linderos, y la falta de fundamentación por parte del registrador, ya que este alega que no se aporta un documento para acreditar la alteración de linderos y, en realidad, es precisamente lo que se está aportando; debe concluirse estimando el recurso en cuanto a este defecto y revocar el defecto señalado por el registrador. Siendo la publicación de edictos un trámite esencial del procedimiento de acuerdo con el artículo 203 de la LH, el registrador debe calificar su cumplimiento, lo que no es posible si el edicto es ilegible y, en consecuencia, no puede calificarse su contenido. Las dudas sobre

la identidad de la finca o sobre la realidad del exceso cuando se ventilan en un expediente judicial, por definición se despejan en el ámbito de la valoración de las pruebas practicadas. A pesar de la posibilidad que efectivamente ha tenido el registrador de acreditar fundadamente sus dudas sobre la identidad de la finca, la insuficiencia de sus argumentos llevan a revocar el defecto alegado, pues deben concurrir circunstancias adicionales que funden tales dudas en un caso como el presente en el que el acta de notoriedad ha sido aprobada judicialmente, no siendo suficiente recurrir a fórmulas genéricas como la utilizada (cfr. resoluciones de 3 de julio de 2014 y 19 de febrero de 2014 y 30 de marzo de 2015), sino que es preciso motivar adecuadamente.

Resolución de 9-10-2015
(*BOE* 29-10-2015)
Registro de la Propiedad de Torredembarra

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. HIPOTECA: CALIFICACIÓN REGISTRAL DE SUS CLÁUSULAS. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS: SU CONTROL EXCEDE DEL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL. COMPETENCIA PARA RESOLVER ESTE RECURSO.

No cabe duda que la cuestión de la «protección de consumidores y usuarios» se trata de una materia transversal cuya regulación aparece en combinación con otros sectores de actividad que se relacionan con ella, como puede ser la legislación civil, registral, mercantil, financiera, etc.; por lo que la resolución de esta cuestión previa que nos ocupa exige el análisis de las concretas competencias que ostentan el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia de la «defensa de consumidores y usuarios» y la subsunción del hecho concreto objeto del expediente en el contexto normativo adecuado. En aplicación de estas competencias exclusivas, especialmente de las referidas a la materia de fijación de las bases de las obligaciones contractuales, de ordenación de los registros e instrumentos públicos y de ordenación del crédito y de la banca, las normas citadas han tenido como objeto establecer un régimen jurídico uniforme de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de todo el Estado, entre cuyas normas básicas se encuentran la proclamación de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo y crédito hipotecarios con subsistencia del contrato (arts. 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 8 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación) y la determinación de los límites de las cláusulas hipotecarias y los requisitos de transparencia contractual de las mismas para que puedan acceder al RP (p. ej., arts. 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 114 de la LH o 6 de la Ley 1/2013). Congruentemente con este ámbito competencial, la legislación catalana no contiene normas acerca de las consecuencias civiles de las cláusulas abusivas sobre la eficacia de los contratos de préstamo hipotecario ni sobre la inscripción registral de los mismos. Con base en todo lo expuesto este Centro Directivo se considera competente para resolver el presento recurso ya que la materia discutida no es de Derecho especial catalán, sino que versa sobre la determinación de las consecuencias civiles o contractuales de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo o crédito hipotecario, la calificación registral de tales cláusulas y la regulación de los efectos que la apreciación registral de las mismas tiene sobre su

inscripción, lo que es ajeno al Derecho catalán ya que está regulada por disposiciones de ámbito estatal. La aplicabilidad de las normas de consumo de la Comunidad Autónoma de Cataluña respecto al límite que a los intereses moratorios de los préstamos hipotecarios y a las restricciones que al pacto de variabilidad de los intereses ordinarios impone el artículo 251.6, número 4, del Código de consumo de Cataluña. Ahora bien, el registrador de la propiedad, como ya se ha señalado en la resolución de 25 de septiembre de 2015 respecto a la limitación de los interese moratorios, carece de facultades para analizar la legalidad o constitucionalidad de las disposiciones que ha de aplicar en el ejercicio de su función, sino que debe limitarse a apreciar la validez de los actos dispositivos atendiendo al ordenamiento jurídico vigente y aplicable en cada momento, ya sea este comunitario, estatal o autonómico. Tampoco es el recurso el medio apropiado para apreciar esa posible inconstitucionalidad de una norma. Más compleja resulta la aplicación registral de la norma catalana de referencia respecto de la declaración como abusivas de las cláusulas que fijen un límite a la variación a la baja del tipo de interés contratado cuando no haya un paralelo límite a la subida, el límite establecido a la bajada de los tipos de interés sea superior al 50% del valor del índice de referencia aplicable en el momento de la contratación, o la diferencia entre el límite fijado en el contrato para la subida y la bajada de los tipos de interés sea superior a 5 puntos; porque aquí se inmiscuye la problemática de la libertad contractual en la fijación de los precios de los contratos, en este caso el interés al que se presta el dinero y sus condiciones, cuestión que como reconoce el TS (*vid*., sentencias de la Sala Primera número 241/2013, de 9 de mayo de 2013, número 464/2014, de 8 de septiembre de 2014, y número 139/2015, de 25 de marzo de 2015) corresponde a la iniciativa empresarial. No obstante esta diferencia conceptual debe reiterarse también en este caso que ni el registrador de la propiedad ni esta Dirección General, gozan de competencia para determinar la legalidad o constitucionalidad de las disposiciones que el primero ha de aplicar en el ejercicio de su función, sino que, como ya se ha expuesto en el fundamento de Derecho anterior, el registrador debe limitarse a aplicar el ordenamiento jurídico vigente en cada momento, si bien los efectos civiles y registrales de dicha aplicación serán los determinados por la legislación estatal. Respecto de los intereses moratorios debe señalarse que la legislación estatal, tras la Ley 1/2013, los regula, en lo que ahora nos interesa, en el párrafo tercero del artículo 114 de la LH de donde se infiere que la limitación a los intereses moratorios solo opera en los contratos del préstamo o crédito hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual del deudor, en este caso, ontológicamente persona física, y en los que se hipoteca dicha vivienda habitual, es decir, no son aplicables a préstamos o créditos hipotecarios con otra finalidad, aunque lo sean con fines de consumo, el deudor tenga la condición de consumidor y la finca hipoteca constituyera su domicilio habitual. El artículo 251.6, número 4, letra a) del Código de consumo de Cataluña en su redacción de la Ley 20/2014 dispone que «en los contratos de créditos y préstamos hipotecarios se consideran abusivas las siguientes cláusulas: a) Las que incluyan un tipo de interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato». Esta norma sería aplicable, en tanto no se presente recurso ante el TC, la citada norma autonómica y, en consecuencia, el registrador deberá rechazar la inscripción de la cláusula discutida en cuanto contraria a una norma prohibitiva. Eso es lo que precisamente ha hecho el registrador, aunque quizá no con toda la claridad argumentativa que sería deseable, por lo que el defecto debe ser confirmado al encontrarse suficientemente fundamentada la nota de calificación y haber actuado el

registrador dentro del marco de extensión de sus facultades calificadoras. Respecto de los pactos que fijan un límite a la variación a la baja de los intereses remuneratorios debe señalarse que la legislación estatal los regula en el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. En el supuesto objeto de este recurso, como ya se ha señalado anteriormente, los prestatarios son personas jurídicas, lo que ya de por sí excluye la aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013; concurriendo, sin embargo, los presupuestos de aplicabilidad de la normativa autonómica ya que existiendo un límite de variación de los intereses a la baja, no se ha fijado un límite al posible aumento de los mismos. Por tanto, mientras no se presente recurso ante el TC, la citada norma autonómica se encuentra en vigor y, en consecuencia, el registrador deberá rechazar la inscripción de la cláusula discutida en los términos que resulten de los efectos civiles y registrales regulados por la legislación estatal para este tipo de cláusulas, es decir, la necesidad de elaborar la expresión manuscrita por parte del prestatario. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que en las escrituras de modificación de préstamos o créditos hipotecarios realizadas en el marco de la Ley 2/1994 de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, no es necesario realizar una adaptación de todas sus cláusulas a las distintas reformas legislativas que se hubieran aprobado desde el otorgamiento de la correspondiente escritura de constitución. Solo será precisa respecto de aquellos tipos de cláusulas que sean objeto expreso de la modificación. No es el escrito de interposición del recurso el lugar adecuado para la manifestación del interesado persona jurídica, de que en realidad no actuó en una relación de consumo sino en el ámbito de su actividad profesional, sino que esa manifestación debió realizarse en una escritura de subsanación o aclaración de la escritura de novación hipotecaria.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.ª DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 13 y 14-7-2015
(*BOE* 22 y 23-9-2015)
Registro de Bienes Muebles de León

PÓLIZA. INTERVENCIÓN NOTARIAL.

Aunque la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos prevea un modelo normalizado para el contrato de arrendamiento financiero, ello no excluye la intervención notarial cuando así se elija por las partes. En ese caso, se aplica la normativa notarial específica (arts. 144 inciso 3.º, 156, 157, 164 y 197 del RN). La póliza debe ser firmada en presencia, aunque no se requiera unidad de acto. El libro registro de operaciones mercantiles, forma parte del archivo notarial, y se traslada a la intervención de la póliza los juicios notariales de identificación, capacidad y suficiencia de representación cuando no se actuara en propio nombre. La diligencia por la que el notario interviene la póliza la dota del valor de

un documento notarial y de sus efectos, especialmente de carácter ejecutivo. La expresión «con mi intervención» implica el examen por el notario de los extremos que enumera el artículo 197 *quater,* entre los cuales no está incluido el concepto en que interviene cada firmante, por lo que dicho extremo debe constar de forma expresa en el texto de la propia intervención.

Resolución de 15-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro Mercantil de Madrid XVI

CALIFICACIÓN. ADMINISTRADOR. RETRIBUCIÓN.

El registrador al realizar la calificación 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 o de la anterior presentación de otros títulos, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica. No es admisible la mera previsión estatutaria de una remuneración para los administradores consistente en un porcentaje de los beneficios antes de impuestos al no señalar expresamente que su satisfacción deba respetar las partidas preferentes a que se refiere el artículo 218.3 de la Ley de Sociedades de Capital. El porcentaje debe estar determinado o ser determinable en cuanto al máximo. Además y tratándose, de una sociedad anónima, el porcentaje ha de respetar la debida compensación de pérdidas (art. 273.2 de la Ley de Sociedades de Capital), la atención a las reservas legales y otras partidas legalmente obligatorias (art. 274), reservas estatutarias (art. 273), y el dividendo mínimo establecido en los estatutos o el que la propia norma determina.

Resolución de 16-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro Mercantil de Madrid V

IDENTIFICADOR DE ENTIDAD JURÍDICA (LEI)

La atribución competencial a los registradores Mercantiles llevada a cabo por el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre de 2013, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código Civil, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de generar o renovar el LEI debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código Civil y que vienen desarrolladas en el Título Tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «De otras funciones del Registro Mercantil», como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores. Al igual que en los expedientes de auditores, en esta función existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del registrador

mercantil no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo no previsto por una norma específica. El registrador mercantil debe emitir una resolución estimatoria o desestimatoria de la pretensión del solicitante, no una calificación, actuación esta que deriva de una atribución competencial distinta y que se sujeta a unos requisitos y tiene unas consecuencias jurídicas también distintas; la resolución del registrador mercantil puede ser recurrida por el interesado en los términos previstos en los artículos 107 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, sistema de recursos claramente diferenciado de que corresponde a las calificaciones de los registradores. Como resulta de la carta fundacional del Comité de Vigilancia Regulatoria (ROC) deben compaginarse las exigencias de flexibilidad del sistema (principio cuarto, Anexo A y recomendación quinta, Anexo B), con las derivadas del principio de certidumbre (recomendación decimoctava, Anexo B), que si bien hace recaer en el declarante la responsabilidad sobre la veracidad de los datos declarados, afirma el deber de diligencia debida (Due Diligence), de la Unidad Operativa Local (LOU), responsable de la emisión. La aplicación de los anteriores principios y recomendaciones a nuestro sistema viene enormemente favorecida cuando se trata de la emisión o renovación de códigos LEI's de sociedades españolas por cuanto el acceso por parte de cualquier registrador mercantil al fichero localizador de entidades inscritas permite, en ejercicio del deber de diligencia debida, llevar a cabo una rápida comprobación de datos favoreciendo así la rápida emisión o renovación del código sin merma alguna de certidumbre (*vid.*, resoluciones de 16 de febrero de 2012). Tratándose de entidades extranjeras inscritas en otros Registros, la emisión de código LEI presenta mayores exigencias derivadas del principio de diligencia debida que no pueden ser cubiertas por la mera declaración del solicitante. Por ello y a la espera de que las previsiones de la Directiva 2012/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2012, en lo que respecta a la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades, permita una operativa semejante a la existente en materia de sociedades españolas, al menos en relación a los registros de Estados Miembros, la exigencia de acreditación de la existencia de la entidad jurídica extranjera está plenamente justificada así como la de la representación de la persona que actúe en su nombre. Por el contrario cuando se trate de una mera renovación de código LEI y siempre que al registrador mercantil no le conste lo contrario, carece de justificación la exigencia de acreditar la vigencia de una situación que el registrador mercantil dio por buena al generar el código. En esta situación ha de prevalecer el principio de flexibilidad y el de responsabilidad del solicitante que es quien asume las consecuencias de la veracidad de sus declaraciones en los términos analizados anteriormente. Dado que corresponde al solicitante poner en conocimiento de la Unidad Operativa Local (LOU), las modificaciones que se hayan producido en la entidad jurídica que puedan afectar al código ya emitido (LEI), procede su renovación por solicitud del interesado cuando no haya existido previa comunicación de modificación de circunstancias en términos que lo impidan.

Por otra parte, el permiso o consentimiento concedido en favor de tercero para proceder a la obtención o renovación de un LEI no infringe el principio de «self registration» siempre que la autorización sea expresa. Por esta razón y con el fin de agilizar un procedimiento que es ajeno al de inscripción en el Registro Mercantil y que, en consecuencia, no debe estar sujeto a los rigurosos controles que este exige, cuando una entidad obligada, normalmente entidad de crédito, actúe como solicitante en nombre de sus clientes obligados a solicitar o renovar el código LEI, bastará para ello la presentación del formulario estándar de solicitud acompañado de escrito de mandato suscrito por la entidad por cuya cuenta actúa.

Resolución de 20-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro Mercantil de Córdoba

SOCIEDAD PROFESIONAL. OBJETO. DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO.

La resolución analiza la evolución de su doctrina y declara que tras la sentencia de TS de 18 de julio de 2011, ante las dudas que puedan suscitarse en los supuestos en que en los estatutos sociales se haga referencia a determinadas actividades que puedan constituir el objeto, bien de una sociedad profesional, bien de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, debe exigirse para dar «certidumbre jurídica» la declaración expresa de que estamos en presencia de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, de tal modo que a falta de esa expresión concreta deba entenderse que en aquellos supuestos estemos en presencia de una sociedad profesional sometida a la Ley imperativa 2/2007, de 15 de marzo de 2007. 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 de 2007, no procede la inscripción de unos acuerdos que, prescindiendo de dicha situación, pretenden la modificación del contenido registral en lo que se refiere al nombramiento de administrador único y a la modificación del 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 23-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro Mercantil de Valencia

ESTATUTOS. OBJETO. CLASIFICACIÓN NACIONAL DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS. VALOR REAL/RAZONABLE. ADMINISTRADORES. MANCOMUNADOS.

La inscripción de constitución de la sociedad o de modificación del objeto social debe contener necesariamente el código de actividad correspondiente a la principal que desarrolle la sociedad. Nada obsta desde luego a que el interesado haga constar todos los códigos referidos a las actividades comprendidas en el objeto social sin perjuicio de que uno de ellos ha de tener la designación de principal. El registrador debe verificar que el código de actividad reseñado se corresponde suficientemente con el contenido en el listado vigente según la CNAE, pues de lo contrario la norma carecería por completo de la eficacia prevista al publicar actividades sectorizadas no correspondientes con las previstas en los estatutos. En el caso examinado se admite la expresión «etc.» pues se usa para sustituir el resto de una exposición o enumeración que se sobreentiende. En cuanto al derecho de adquisición preferente, no puede entenderse que el hecho de que la cláusula debatida se refiera al «valor real» y no al «valor razonable» tenga entidad suficiente para impedir la inscripción, pues aquella expresión debe ser interpretada en el sentido más favorable para que produzca efecto. En caso de que la administración conjunta de la sociedad anónima se confíe a dos administradores, estos deben actuar en todo caso de forma mancomunada. Este sistema de administración y representación viene tipificado legalmente quedando excluido del ámbito de la autonomía de la voluntad, habida cuenta de la trascendencia que ello tiene para los terceros y en general para la seguridad y agilidad del tráfico jurídico. Ciertamente los administradores mancomunados pueden concederse poderes solidarios con carácter recíproco hasta el importe de seis mil euros, pero sometido al régimen de la representación voluntaria y no orgánica de la sociedad, siendo ese poder recíproco susceptible de ser revocado unilateralmente por cada uno de los administradores mancomunados.

Resolución de 24-7-2015
(*BOE* 24-9-2015)
Registro Mercantil de Madrid XII

CALIFICACIÓN. UNIPERSONALIDAD. TÍTULOS CONTRADICTORIOS.

El registrador mercantil debe tener en cuenta en su calificación no solo los documentos inicialmente presentados, sino también los auténticos y relacionados con estos, aunque fuesen presentados después, con el objeto de que, al examinarse en calificación conjunta todos los documentos pendientes de despacho relativos a un mismo sujeto inscribible, pueda lograrse un mayor acierto en la calificación, así como evitar inscripciones inútiles e ineficaces. Para evitar la desnaturalización del Registro Mercantil en cuanto institución encaminada a la publicidad legal de situaciones jurídicas ciertas, ante situaciones de incompatibilidad, controversia o falta de certeza, el registrador debe suspender la inscripción y remitir la cuestión a la decisión de juez competente, cuya función el registrador no puede suplir en un procedimiento, como es el registral, sin la necesaria contradicción y la admisión de prueba plena como ha de tener lugar

en el ordinario declarativo en su caso. Con carácter general, la inscripción de las decisiones del socio único, no está condicionada a la previa inscripción de la declaración de unipersonalidad, o, en su caso, cambio de socio único, cuando: o bien sean certificadas por el órgano de administración inscrito y vigente según la propia inscripción, en los términos de los artículos 108 y 109 del Reglamento del Registro Mercantil; o cuando sean elevadas a público directamente por el propio socio, en los términos del 108.1 del mismo cuerpo legal, siempre que quede debidamente acreditada con certeza y sin contradicción alguna su condición de socio único. En el supuesto contemplado, tal acreditación, si se tiene en cuenta solo la escritura debatida, resultaría correcta, puesto que deriva de la exhibición al notario del Libro registro de socios y de la escritura de constitución; pero queda en entredicho por la circunstancia de constar también presentadas otras escrituras, en las que también, al parecer, se acreditó la condición de socio único a favor de persona distinta.

Resolución de 27-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro Mercantil de Ciudad Real

JUNTA. CONVOCATORIA. LEGITIMACIÓN. ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS.

El pacto estatutario de que, en caso de varios administradores mancomunados, el poder de representación se ejercerá por dos de ellos, se limita a las relaciones externas de la sociedad, al establecimiento de vínculos jurídicos con terceros, pero no al funcionamiento interno. Por ello la convocatoria de la junta, en caso de que existan varios administradores mancomunados, debe hacerse por todos ellos conjuntamente. El artículo 171 LSC tiene carácter excepcional solo para el supuesto contemplado. En el caso de que el órgano de administración no pueda adoptar el acuerdo relativo al ejercicio de la facultad de convocar, habrá que acudir a la vía de la convocatoria judicial.

Resolución de 27-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro Mercantil de Madrid, número IX

PODER. ELEVACIÓN A PÚBLICO DE ACUERDOS.

En contra de lo que se señala en la nota de calificación en el sentido de que es posible el apoderamiento para elevar a público acuerdos de los órganos colegiados, pero no para las decisiones adoptadas por órganos que no lo son como administrador único, solidarios, mancomunados o consejero delegado, el artículo 108.3 del RRM no distingue según el sistema o la estructura del órgano de administración. Aceptar el criterio defendido en la nota conduciría a un formalismo que no añadiría garantía sustancial alguna a tales decisiones o acuerdos y a su reflejo tabular.

Resolución de 28 y 29-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro Mercantil de Palma de Mallorca, número 1

APORTACIÓN DE BIENES A SOCIEDADES. ACTIVOS ESENCIALES.

El artículo 160 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital no ha derogado el artículo 234.2 del mismo texto legal, por lo que la sociedad queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave. No existe ninguna obligación de aportar un certificado o de hacer una manifestación expresa por parte del administrador de que el activo objeto del negocio documentado no es esencial. Si bien, con la manifestación contenida en la escritura sobre el carácter no esencial de tal activo se mejora la posición de la contraparte en cuanto a su deber de diligencia y valoración de la culpa grave. No obstante, la omisión de esta manifestación expresa no es por sí defecto que impida la inscripción. En todo caso el registrador podrá calificar el carácter esencial del activo cuando resulte así de forma manifiesta (caso, por ejemplo, de un activo afecto al objeto social que sea notoriamente imprescindible para el desarrollo del mismo) o cuando resulte de los elementos de que dispone al calificar (caso de que del propio título o de los asientos resulte la contravención de la norma por aplicación de la presunción legal).

Resolución de 28-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro Mercantil de Madrid, número XI

ANOTACIÓN. NULIDAD DE ACUERDOS.

En al ámbito del Derecho de Sociedades, la declaración de nulidad de los acuerdos sociales no comporta directa e inmediatamente las mismas consecuencias jurídicas que en el Derecho Civil, pues han de tenerse en cuenta otros principios susceptibles de protección, como la conservación de la empresa y la salvaguardia de la seguridad jurídica. Anulado judicialmente un acuerdo de aumento de capital, la subsanación de los vicios de que adolece exige un acto social de renovación o regularización obligatoria. La declaración de nulidad del contrato de adquisición de participaciones, que legitima a un socio para ejercer su derecho de voto, no tiene por qué afectar necesariamente ni a la validez del acuerdo adoptado ni a la posición jurídica de otros socios dentro de la sociedad. A diferencia de las anotaciones que tienen por objeto asegurar las resultas de un procedimiento sin cerrar el Registro (arts. 155 a 156 del Reglamento del Registro Mercantil), la anotación practicada como consecuencia de la ejecución provisional de una sentencia no firme tiene por objeto garantizar su contenido en tanto no se resuelva en la instancia superior. No existe, como en aquellas, incertidumbre sobre el sentido de la sentencia, sino sobre su carácter definitivo. En el caso concreto que se analiza, la anotación de la ejecución provisional de la sentencia que declara la resolución de la adquisición de las participaciones de un socio, el único que suscribe el aumento, (sin entrar a prejuzgar la procedencia de esa anotación) no implica *per se* la nulidad de los acuerdos adoptados. Pero una vez practicada, dicha anotación impide inscribir un acuerdo del que resulta su condición de socio y el ejercicio del derecho de voto con posterioridad a

la fecha señalada en la sentencia. De haber existido otros terceros interesados en el aumento de capital, la declaración de resolución no podría perjudicar su posición jurídica, pero sería necesario un acto organizativo que hiciera compatible la declaración judicial con la posición jurídica de estos y con el contenido del Registro.

Resolución de 30-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro Mercantil de Málaga, número I

PODER. RENUNCIA.

La resolución revisa la anterior doctrina consistente en que, para poder inscribir en el Registro Mercantil la renuncia del apoderado, este debía notificar a la sociedad dicha renuncia en aplicación del artículo 1736 del Código Civil, al confluir la misma circunstancia justificativa que no era otra que el conocimiento que de la renuncia deba tener la sociedad, para adoptar las medidas adecuadas a la nueva situación producida. Si bien el artículo 147.1 del Reglamento del Registro Mercantil exige para la inscripción de la dimisión de los administradores escrito de renuncia al cargo otorgado por el administrador y notificado fehacientemente a la sociedad, ninguna exigencia análoga se establece en relación con la renuncia del apoderado, pues no se da en tal caso la indeseable situación de acefalia. Y, tampoco se requiere aceptación del apoderado para la inscripción del poder a diferencia del administrador. Todo ello sin perjuicio de la conveniencia de poner en conocimiento del poderdante la renuncia.

Resolución de 30-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro Mercantil de Madrid, número XVI

ADMINISTRADORES. RETRIBUCIÓN.

La DG resuelve que, de la literalidad del artículo 249 LSC, se deduce que es necesario que se celebre un contrato entre el administrador ejecutivo y la sociedad que debe ser aprobado previamente por el Consejo de Administración con los requisitos que establece dicho precepto. Es en este contrato en el que se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas. La política de retribuciones ha de ser aprobada, en su caso, por la Junta General, pero no necesariamente debe constar en los estatutos. Es de destacar que el supuesto contemplado afecta a una sociedad no cotizada y se trata de una clausula estatutaria que regula la retribución de los administradores como tales, para a continuación establecer una retribución para los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas. Y es esta parte de la cláusula la que el registrador rechaza por falta de determinación.

Resolución de 30-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro Mercantil de Madrid, número XVIII

ESTATUTOS. MODIFICACIÓN. DERECHOS DE LOS SOCIOS. CONSENTIMIENTO.

Entre las ideas rectoras de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, destaca la de una inmensa tutela del socio y la existencia de límites al poder mayoritario de la Junta General. Ello provoca en unos casos la exigencia de acuerdo de todos los socios; en otros, necesidad de consentimiento individual del socio afectado; y en otros, derecho de separación. La expresión «derechos individuales» no se refiere a derechos especiales o privilegiados atribuidos por disposición estatutaria, sino a todos los esenciales que configuran la posición jurídica del socio reconocidos *ex lege* y con carácter inderogable. Con base al principio de autonomía de voluntad, es admisible la disposición estatutaria sobre restitución de aportaciones y pago de dividendo en especie. Pero la introducción de esta disposición en los estatutos en un momento posterior al fundacional, requiere el consentimiento de los socios afectados, que serán todos. A esta conclusión además se ajusta el principio que subyace en el artículo 329 de la LSC, cuando el acuerdo de reducción no afecta por igual a todas las participaciones, y el 393.1 sobre el pago *in natura* de la cuota de liquidación.

Resolución de 30-7-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro Mercantil de Madrid, número XVIII

ESTATUTOS. MODIFICACIÓN. DERECHOS DE LOS SOCIOS. CONSENTIMIENTO.

Entre las ideas rectoras de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, destaca la de una inmensa tutela del socio y la existencia de límites al poder mayoritario de la junta general. Ello provoca en unos casos la exigencia de acuerdo de todos los socios; en otros, necesidad de consentimiento individual del socio afectado; y en otros, derecho de separación. La expresión «derechos individuales» no se refiere a derechos especiales o privilegiados atribuidos por disposición estatutaria, sino a todos los esenciales que configuran la posición jurídica del socio reconocidos *ex lege* y con carácter inderogable. En este caso la modificación de una cláusula estatutaria que exige dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones sociales para acordar la separación de los administradores, por la de exigir tan solo más de la mitad, acordada por participaciones que representan el 51%, debe admitirse pues no afecta de modo directo e inmediato a los derechos individuales de los socios. Con la exigencia estatutaria de mayoría reforzada para la separación del administrador puede satisfacerse el interés, no solo del propio administrador, sino la de determinados socios, sea porque hayan sido nombrados para dicho cargo o porque puedan decidir con sus votos el mantenimiento o separación de la persona nombrada para el mismo. Pero son esos mismos socios quienes —en el ámbito de la autonomía de la voluntad— deben prevenir mediante las correspondientes disposiciones estatutarias el mantenimiento de esa con-

creta conformación de mayorías respecto de la separación del administrador, extendiendo el reforzamiento de las mismas también a la modificación de la cláusula estatutaria que la estableció. A falta de esta cautela, y dado el carácter que los estatutos tienen como norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad, debe respetarse forzosamente la norma estatutaria que permite la modificación de estatutos con el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

Resolución de 31-8-2015
(*BOE* 30-9-2015)
Registro Mercantil de Valencia, número II

LIBROS. LEGALIZACIÓN.

Tras la Ley 14/2013 de emprendedores, los libros han de cumplimentarse en soporte electrónico; han de legalizarse tras su cumplimentación dentro de los cuatro meses siguientes al cierre del ejercicio social; y han de ser presentados al registro telemáticamente. La entrada en vigor de la reforma el día 29 de septiembre de 2013 y la ausencia de una previsión transitoria específica llevó a la Dirección General a afirmar, (resolución de 5 de agosto de 2014), que la nueva normativa era de aplicación obligatoria exclusivamente a ejercicios sociales iniciados con posterioridad a la fecha indicada. Este criterio fue confirmado por la Instrucción de 12 de febrero de 2015 cuyo régimen fue confirmado con la Instrucción de 1 de julio de 2015 y explicado sistemáticamente en resolución de consulta de 23 de julio de 2015. No cabe, por tanto legalizar los libros diario y libro de inventario del ejercicio iniciado el 1 de enero de 2014, sin que se haya alegado justa causa por la que no sea posible la presentación en formato electrónico conforme a la regla 24 de la Instrucción de 12 de febrero de 2015. Señala la resolución que el defecto es fácilmente subsanable alegando justa causa.

Resolución de 5-10-2015
(*BOE* 29-10-2015)
Registro de Bienes Muebles de Navarra

EJECUCIÓN. CONCURSO DE ACREEDORES.

Aunque se haya declarado el concurso, existen dos tipos de embargos cuya ejecución sí puede iniciarse o continuarse siempre y cuando los embargos hubieran sido trabados antes de la declaración de concurso: los embargos laborales, si se hubiera decretado el embargo con anterioridad a la fecha de la declaración de concurso, y los embargos administrativos, si se hubiera dictado diligencia de embargo con anterioridad a la fecha de la declaración de concurso. Para ambos casos se imponen dos limitaciones: la primera, que los bienes embargados no han de resultar necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor y, la segunda (expresamente establecida mediante la modificación de la norma por el artículo único. 42 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre de 2011), que la ejecución solo podrá continuarse hasta la aprobación del plan de liquidación.

Resolución de 6-10-2015
(*BOE* 29-10-2015)
Registro de Bienes Muebles de Navarra

CALIFICACIÓN. TÍTULO PREVIO.

Dada la vigencia del asiento de presentación anterior al del documento cuya calificación ha motivado el presente recurso, lo procedente es aplazar o suspender la calificación de dicho documento mientras no se despachen los títulos previamente presentados.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

El consentimiento de ambos progenitores, la publicación de fotos en las redes sociales y el supremo interés del menor*

Consent of both parents and publication of photos on networks and the Principle of the best interests of the child

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular de Universidad Derecho Civil. UCM

RESUMEN: En aplicación del principio del «*favor filii*», el órgano judicial debe acordar las medidas más beneficiosas para los hijos y ante la publicación por el padre de fotografías del menor en Facebook, se resuelve a favor de la necesidad de consentimiento previo de la madre, o, en caso de oponerse, autorización judicial, pues la disposición de la imagen de un menor requiere el consentimiento de los que ostentan su representación legal, que son ambos progenitores, en cuanto titulares de la patria potestad.

ABSTRACT: Applying the principle of «favor filii», the court must agree the most beneficial measures for children and before the publication of children photographs in the Facebook by the father (one of the parents), is resolved in favor of the need for

* Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JURI, subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad, titulado «Negocios jurídicos de familia: la autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema», dirigido por la profesora doctora doña Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, y en el marco del Grupo de Investigación UCM, «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formo parte.

the mother (other parent) previous informed consent or, in case of consent refusing, judicial authorization, because the image of a minor use requires the consent of those who hold legal representation, which are both parents, as holders of parental authority.

PALABRAS CLAVE: Consentimiento. Progenitores. Fotos en redes sociales. Principio del interés superior del menor.

KEY WORDS: Consent. Parents. Photos on networks. Principle of the best interests of the child.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO DE VISITA, LA CAPTACIÓN Y PUBLICACIÓN DEL PERFIL DIGITAL DEL MENOR.—III. EL DERECHO FUNDAMENTAL DEL MENOR A SU IMAGEN Y A SU INTIMIDAD. —IV. LA RED SOCIAL FACEBOOK Y LA PUBLICACIÓN DE IMÁGENES POR EL PROGENITOR DEL MENOR.—V. EL INTERÉS DEL MENOR Y LA PROPIA IMAGEN EN LA JURISPRUDENCIA.—VI. LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR O PERSONA CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE.—VII. CONCLUSIONES. —VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—X. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las prácticas más habituales de la vida actual es la utilización de la comunicación a través de las redes sociales, que en general son muy utilizadas en nuestro país. Plataformas, desde las que los usuarios pueden relacionarse, interactuar y crear sus propios contenidos.

Se basan en la creación de perfiles que contienen toda la información que el usuario voluntariamente quiera introducir (datos personales, fotos [70,9 por ciento], vídeos, enviar mensajes privados [62,1 por ciento] comentar las fotos de los amigos [55 por ciento], comentarios y opiniones, etc…).

En concreto Facebook es una red social de ocio basada en perfiles, que funciona en cadena, y su crecimiento está basado en un proceso exponencial donde un número inicial de participantes ofrece la posibilidad de unirse a la red a otros sujetos. Los participantes están motivados por varias finalidades: diversión, conseguir aprobación social, hacer amigos, hacerse autopublicidad… y básicamente centrados en compartir contenidos de toda clase. Su éxito radica en la confianza que los miembros de la red depositan unos en otros, pues comparten información y la difunden a un gran número de personas[1].

Esto hace que su «gancho» basado en la facilidad de utilización sea muy atractivo y, a su vez, se convierta en lugar de vulneración de derechos fundamentales. Y ello porque realmente no hay una conciencia real de las consecuencias que pueden derivarse de la publicación de sus datos[2], ni de la facilidad con la que terceros pueden apropiarse de ellos. En principio, cada usuario controla los contenidos que quiere publicar, pero una vez hecho expone al público en general su identidad digital[3]. La mayoría de la información personal publicada lo es por iniciativa de los propios usuarios sobre la base de su *consentimiento*. Y con tal

comportamiento están renunciando al concepto clásico de Privacidad al decidir exponer sus imágenes, experiencias, sentimientos voluntariamente al público. Se convierten en auténticos escaparates virtuales donde no se controla la información ya que una vez facilitada se desconoce dónde, cuándo, y por quien puede ser vista y utilizada, con qué fines y durante cuanto tiempo.

Cuestión aparte es que no hay una forma eficaz de verificar la edad de las personas que quieren acceder a las redes sociales y que pueda limitar el acceso de menores de edad, como exige la legislación actual, que establece que a un menor de 14 años no se le puede recabar información personal.

Otro problema es que puede darse el caso de que el usuario quiera cerrar su perfil y darse de baja de la red social y le resulte complicado conseguir la baja efectiva, porque sus datos sigan publicados en los perfiles de otros usuarios. Las redes sociales no se han pronunciado sobre los plazos que conservan la información de sus usuarios una vez que se dan de baja.

La sociedad es consciente de la necesidad de privacidad en la red social. Incluso el RD 1190/2012, que establecía nuevos contenidos en la asignatura de Educación para la Ciudadanía en educación primaria y en educación secundaria obligatoria, expertos en privacidad insistieron en la necesidad de incluir contenidos específicos sobre privacidad en la formación de los menores, para que estos sean capaces de controlar su información personal, especialmente en el ámbito de las redes sociales, y evaluar los riesgos que entraña Internet. Para esta generación de menores —conocida como la de los nativos digitales— Internet es un hecho, una parte importante en sus vidas, una realidad con la que han crecido y en la que se relacionan y desenvuelven con gran soltura. Son usuarios intensivos tanto de servicios de Internet como de las redes sociales, pero pese a ello no siempre son conscientes de los riesgos que entraña la Red ni de la importancia de proteger su información personal.

Pero, y ¿los mayores? ¿Qué clase de ejemplo se da a los menores si tampoco los mayores saben usar y conocer la privacidad?

La AEPD (Asociación española de Protección de Datos) sigue concediendo importancia a la protección de los datos personales de los menores, incluyendo en la página web de la Agencia guías y contenidos específicos para menores, así como una sección con recomendaciones tanto para padres y tutores, como para los propios menores, a quienes explica lo valiosa que resulta su información personal, y lo que es que sepan protegerla y cuidarla.

Cualquier persona responsable de ofrecer información y contenidos en la red debe tener en cuenta que el contenido es accesible a todos, y en base a esta circunstancia estimar que el contenido puede ser perjudicial o atentatorio a los derechos del menor.

Resulta práctico y necesario el comentario del tema objeto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 4 de junio de 2015[4], ya que a todo lo dicho se une el problema de la utilización de las redes sociales y la publicación de la imagen del menor tras la ruptura familiar, como vamos a ver a continuación, pero sobre todo, por la captación y uso de estas imágines de un menor (es decir, un tercero) por su padre, quien en su perfil está creando una identidad digital del menor.

II. EL DERECHO DE VISITA, LA CAPTACIÓN Y PUBLICACIÓN DEL PERFIL DIGITAL DEL MENOR

Como ya hemos dicho en comentarios anteriores[5], el régimen de comunicación y de visitas del artículo 94 del Código Civil, consagra un derecho-deber que

tiene por finalidad el fomentar las relaciones humanas paterno-filiales y mantener latente la corriente afectiva que debe presidir dicha relación.

Los hijos deben mantenerse alejados y nunca deben verse afectados por las diferencias existentes entre los progenitores ni las desavenencias familiares a pesar de la separación convivencial.

El fundamento del derecho-deber es bilateral, pues tanto los padres están interesados en mantener y continuar acrecentando el trato y afecto con sus hijos, como medio para poder ejercer los deberes derivados de la patria potestad, como los hijos cuyo interés se basa en fomentar las relaciones con ambos para alcanzar una plena formación integral. La presencia del padre y de la madre es fundamental para el crecimiento del niño ya que son soportes de las respectivas identificaciones. Precisamente por ello el progenitor que no tiene la custodia es un pilar fundamental por el hecho de convivir diariamente con él. Resulta, además, significativo que el niño que mantiene contactos y relaciones con ambos padres tiene mucho mejor desarrollo que los que no los mantienen.

Además es doctrina jurisprudencial el que el derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar, debiendo ceder tan solo en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor.

De hecho la propia Exposición de Motivos de 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, recogió este criterio doctrinal y alienta la posibilitación de una relación fluida de los hijos con ambos progenitores, al objeto de que sufran lo menos posible los efectos perjudiciales que se derivan de la ruptura matrimonial (o convivencial). Recoge en su texto expresamente que «cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés»[6].

Pues bien, sabido esto, es muy corriente que el progenitor no custodio, durante su derecho de visita, los fines de semana y sobre todo en vacaciones, lleve a su hijo a lugares de ocio, deportivos o turísticos y tome fotos o/y videos de tales actividades. Y que dichas captaciones sean subidas por él a la red social con carácter rutinario y diario. Hay casos en los que se puede conocer con quién está el menor en cada momento conectándose simplemente a la red social (Facebook, Instagram…).

El perfil obtenido del niño se centra en conocer dónde está y en compañía de quien, las actividades deportivas y de ocio a las que va, su imagen en cada una de las situaciones, sus preferencias y las del progenitor, sus emociones derivadas de las imágenes y de los posibles comentarios que pueden acompañar a las mismas.

III. EL DERECHO FUNDAMENTAL DEL MENOR A SU IMAGEN Y A SU INTIMIDAD

Dicho lo anterior, debemos tener en cuenta que el derecho a la propia imagen se encuentra configurado en su dimensión constitucional, en el artículo 18.1.º CE. Se le considera además un derecho de la personalidad, lo que significa que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto

físico que permita su identificación. Así lo establece la Ley, la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Constitucional (SSTC 26/3/2001, 16/4/2007 y 29/6/2009); y la doctrina científica.

Además la representación fotográfica del menor constituye un dato de carácter personal como se establece en el artículo 5, 1.º f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal[7].

De modo que la disposición de la imagen (a través de fotos) de una persona requiere de su autorización tal como indica la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (arts. 2 y 3)[8], y, además, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal (art. 6)[9].

Al ser captada su imagen (fotos, videos, …) por el progenitor, el menor no dispone de la representación de su aspecto físico. El captador de las imágenes, su progenitor, permite y publica que el menor sea identificado, reconocido y localizado con facilidad. Y que sean de conocimiento público los lugares a lo que asiduamente asiste puesto que el progenitor generalmente acompaña las fotos y videos con comentarios concretando lugares, fechas, fiestas, celebraciones… Además se crea a través de los comentarios el perfil emocional del menor indicando sus gustos, fobias, emociones…

IV. LA RED SOCIAL FACEBOOK Y LA PUBLICACIÓN DE IMÁGENES POR EL PROGENITOR DEL MENOR

En el caso de menores e incapaces cuyas condiciones de madurez no lo permitan de acuerdo con la legislación civil, el consentimiento para la publicación de imágenes habrá de otorgarse por su representante legal según establece la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, (art. 3)[10] y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (art. 13)[11].

Nos encontramos con que el progenitor usuario de las redes sociales publica información personal suya y del menor, que es un tercero del que es responsable, sobre la base de su consentimiento único (sin el del otro progenitor custodio).

La representación legal de los hijos menores de edad la ostentan ambos progenitores, en cuanto que ambos son titulares de la patria potestad (art. 154 del Código Civil). El artículo 156 del Código Civil indica que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, siendo válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o las situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quién, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre.

Tal régimen es el aplicable al supuesto objeto de la sentencia comentada, por cuanto, aún encontrándonos ante un caso de padres separados en que la guarda y custodia del hijo menor ha sido atribuida a la madre, en la sentencia de divorcio se ha acordado que ambos progenitores conservan la patria potestad.

Con lo cual, para que el progenitor no custodio publique fotos de su hijo menor en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la progenitora recurrente y, de oponerse esta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización del modo que dispone el artículo 156 del Código Civil.

Decisión tomada teniendo en cuenta el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que, entre otros extremos, considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor «cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales».

Sin olvidar que en el ámbito internacional cabe destacar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reconoce que «todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado». Y la Convención sobre los Derechos del Niño que nos recuerda que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

V. EL INTERÉS DEL MENOR Y LA PROPIA IMAGEN EN LA JURISPRUDENCIA

En cuanto a la Jurisprudencia, cabe exponer las pautas del TC, el cual ha hecho referencia varias veces a los problemas que suscita la ponderación entre el derecho a la propia imagen y la libertad de expresión, de manera que ha configurado con claridad el contenido y la protección del derecho a la propia imagen en general. Así, en sentencia de 22 de abril de 2002[12] reiteró que el derecho a la propia imagen, protegido constitucionalmente por el artículo 18 CE *es un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas,* que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública.

En 2003, la Sala Segunda del TC, sentencia de 30 de junio de 2003[13], concretó la protección del *legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar, en base a su derecho a la intimidad* que en este caso colisiona con el derecho a la libertad de información.

Posteriormente, la STC de 29 de junio de 2009[14], que estudiaba la publicación en un periódico de la fotografía de un menor de edad sin consentimiento paterno ni justificación legal concreta, acompañando a un reportaje sobre discapacitados, establece los límites del derecho a la información y su colisión con los derechos a la intimidad y a la propia imagen. Afirmó la existencia de una protección especial, en aras al interés superior del niño, en supuestos de captación y difusión de fotografías en medios de comunicación social y la necesidad de la exigencia de consentimiento previo y expreso del menor, si tuviera suficiente madurez, o de los padres o representantes legales. Carece de trascendencia el interés social o la finalidad loable que pudiera tener el reportaje para considerar la publicación no consentida de la fotografía del menor.

Por último, el TC, en 2013, Sala Segunda, sentencia de 7 de octubre de 2013[15] hizo referencia a la vulneración del derecho a la propia imagen porque se incluye dentro de él al derecho al nombre[16].

De estas cuatro sentencias del TC, obtenemos las líneas generales para delimitar el asunto que estamos analizando:

Primero: que el derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a limitar cualquier información.

Segundo: que en base a su derecho a la intimidad, los menores están protegidos para que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar.

Tercero: la existencia de una protección especial, en aras al interés superior del niño, en supuestos de captación y difusión de fotografías en medios de comunicación social y la necesidad de la exigencia de consentimiento previo y expreso del menor, si tuviera suficiente madurez, o de los padres o representantes legales

Cuarto: la vulneración del derecho a la propia imagen donde se incluye el derecho al nombre.

En cuanto al Tribunal Supremo, la sentencia de 13 de julio de 2006[17] indica que la imagen del menor tiene una consideración legal especialmente protectora declarándose la posibilidad de una existencia de intromisión ilegítima del derecho a la propia imagen. Hay falta de consentimiento de los padres e intrascendencia de la intención o finalidad del autor del reportaje, así como de la veracidad de la información. Carácter no accesorio de la fotografía publicada.

Reitera la preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección que le permite reconocer la existencia de una clara intromisión ilegítima en el derecho a la protección de la imagen del menor, una vez publicada su fotografía sin mediar consentimiento alguno ni causa que excluya la protección que le brinda la Constitución, olvidando, tal y como recoge la Ley de Protección Jurídica del Menor, que «los menores de edad son sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad suficiente para modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en las de los demás, titulares de derechos y con plena capacidad para ejercerlos». Pues tal vez no olvidarlo, sea el verdadero reto.

En cuanto a la llamada Jurisprudencia menor, ya la SAP de Barcelona de 22 de abril de 2015[18], ha tratado el tema de la publicación por un progenitor de fotos o videos del menor en redes sociales durante su derecho de visita, pero no fue más que tratado de pasada. Simplemente la sentencia dice que no se ha acreditado que las fotos que publica la actora en redes sociales atenten al derecho a la imagen del hijo común, pues ninguna prueba documental se aporta al respecto, habiendo alegado la progenitora que las destina únicamente a sus parientes y amigos.

La juzgadora de Primera Instancia ha referido, con buen criterio en esta sentencia, que ambas partes son cotitulares de la potestad parental y ambos deben velar por la protección integral de su hijo restringiendo la privacidad de las imágenes del menor remitiendo sus fotos únicamente a sus familiares y amistades más cercanos, sin que se haya acreditado que ello no haya sido así.

VI. LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN DEL MENOR O PERSONA CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE

Por último, aunque excede del ámbito de esta sección jurisprudencial, no podemos por menos, debido a su importancia y a la vinculación con el tema objeto de comentario hacer una referencia al capítulo VII, del Título II de la reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que se refiere

al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.

La ley regula el supuesto en el que el Ministerio Fiscal se hubiera opuesto al consentimiento otorgado por el representante legal de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente en la necesaria obtención de autorización judicial del artículo 3 de la LO 1982. Pues ante la negativa a otorgar dicho consentimiento, deberá conocer el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente. Estará legitimado para provomer el expediente de jurisdicción voluntaria, el representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, sin que sea preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador (art. 59 LJV).

A la solicitud de consentimiento del representante deberá acompañarse el proyecto de consentimiento, el documento en que conste la notificación de la oposición del Ministerio Fiscal y los documentos que acrediten su representación legal.

Tras su admisión a trámite por el secretario judicial, este señalará día y hora para la comparecencia, a la que se citará al Ministerio Fiscal, al representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y a este si el juez lo creyera necesario. El juez podrá acordar también, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, la citación de otros interesados.

La resolución se dictará siempre atendiendo al interés del menor en un plazo máximo de cinco días, contra la cual cabrá recurso de apelación, con efectos suspensivos, que se resolverá con carácter preferente.

Por último si los representantes legales del menor o de la persona con la capacidad modificada judicialmente quisieran que se revocara el consentimiento otorgado judicialmente, lo pondrán en conocimiento del juez, quien dictará resolución dejándolo sin efecto.

VII. CONCLUSIONES

I. El derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a limitar cualquier información.

II. Resulta necesario el consentimiento de ambos progenitores si los mismos tienen la patria potestad sobre el menor, independientemente de quien tenga la custodia, como representantes legales que son del mismo para la disposición de su imagen.

De manera que para que un progenitor disponga de la imagen de su hijo menor de edad durante el derecho de visita, deberá contar con el consentimiento previo del otro progenitor.

En el supuesto de que uno de los progenitores no otorgue dicho consentimiento, teniendo ambos la patria potestad sobre el menor será necesario la autorización judicial, y, el juez resolverá teniendo en cuenta el superior interés del menor.

III. Se considera intromisión ilegítima a la propia imagen del menor cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

Las redes sociales son escaparates públicos que muestran las fotografías tomadas por el progenitor, con sus comentarios, y que crean el perfil del menor indicando gustos, lugares visitados, emociones. que son contrarios a los intereses del menor.

Aunque la sentencia no dice nada al respecto, podría haberse conculcado también el derecho a la intimidad del menor, por la creación del perfil digital creado por el progenitor a través de sus imágenes y comentarios. No olvidemos que en base a su derecho a la intimidad, los menores están protegidos para que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar.

IV. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que se refiere al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente regula el supuesto en el que el Ministerio Fiscal se hubiera opuesto al consentimiento otorgado por el representante legal de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente en la difusión de su imagen. En tal caso también será necesaria la obtención de autorización judicial del artículo 3 de la LO 1982.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

CAMPUZANO TOMÉ, H.: Las redes sociales digitales: concepto, clases y problemática jurídica que plantean en los albores del siglo XXI, *Actualidad Civil* (La Ley). Revista núm. 1. Quincena del 1 al 15 de enero de 2011. Sección: A Fondo, 18-32, Tomo 1.

— Marco regulador de la protección de datos de carácter personal en las redes sociales digitales, *Actualidad Civil,* núm. 6, Quincena del 16 al 31 de marzo de 2011, p. 623, tomo 1, Editorial La Ley.

DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. Los menores y el derecho a la imagen, en *RCDI,* núm. 723, año 2011, 469-479. ISSN 0210-0444.

— Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 738, julio-agosto. 2013, 2650-2666 - Vlex: 458215318.

— Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 739, septiembre-octubre de 2013, 3423-3439.

REDACCIÓN DIARIO LA LEY: ¿Cuándo habrá clase de privacidad en las aulas?, en *Diario La Ley* (La Ley), Revista núm. 7928. Fecha de publicación: 21 de septiembre de 2012. Sección: Tribuna. Referencia: D-326. *La Ley* 2012, 16683.

REDACCIÓN DIARIO LA LEY: Privacidad *vs* redes sociales: cuidado con los datos personales que subimos a los perfiles. *Diario La Ley* (La Ley). Revista núm. 7077. Fecha de publicación: 16 de diciembre de 2008. Sección: Tribuna. Aniversario de la publicación: XXIX. *La Ley* 2008, 41314.

REDACCIÓN DIARIO LA LEY: Diez cosas que conviene saber sobre las redes sociales, *Diario La Ley* (La Ley). Revista núm. 7140. Fecha de publicación: 23 de marzo de 2009. Sección: Tribuna. Aniversario de la publicación: XXX. Referencia: D-98. *La Ley* 2009, 10936.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STC, Sala Primera, en sentencia 83/2002 de 22 de abril de 2002, Rec. 182/1998. Ponente: Pablo GARCÍA MANZANO. *La Ley* 2002, 4151.
- STC, Sala Segunda, sentencia 127/2003 de 30 de junio de 2003, Rec. 1074/2000. Ponente: Pablo Manuel CACHÓN VILLAR. *La Ley* 2003, 2544.
- STC, Sala Primera, sentencia 158/2009 de 29 de junio de 2009, Rec. 8709/2006. Ponente: Manuel ARAGÓN REYES. *La Ley* 2009, 119833.
- STC Sala Segunda, sentencia 167/2013 de 7 de octubre de. 2013, Rec. 614/2010. Ponente: Juan José GONZÁLEZ RIVAS. *La Ley* 2013, 159499.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 774/2006 de 13 de julio de 2006, Rec. 2947/2000. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. *La Ley* 2006, 70229.
- SAP de Barcelona, Sección 18.ª, 265/2015 de 22 de abril de 2015, Rec. 183/2014. Ponente: María José PÉREZ TORMO. *La Ley* 2015, 80120.
- SAP Pontevedra, Sección 1.ª, de 4 de junio de 2015. Rec. 223/2015. Diario La Ley, núm. 8591, Sección Jurisprudencia, 27 de julio de 2015, Editorial La Ley. *La Ley* 2015, 4802.

IX. LEGISLACIÓN CITADA

- CE, artículo 18,1.º.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (arts. 2 y 3).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, (art. 4).
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal (art. 6).
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal. (art. 5, 1.º f).
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- 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.
- RD 1190/2012, que establecía nuevos contenidos en la asignatura de Educación para la Ciudadanía.

NOTAS

[1] CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: Las redes sociales digitales: concepto, clases y problemática jurídica que plantean en los albores del siglo XXI, *Actualidad Civil* (La Ley). Revista Núm.: 1. Quincena del 1 al 15 de enero de 2011. Sección: A Fondo, 18-32. Tomo: 1.

[2] La LOPD y en su posterior Reglamento de desarrollo consideran como dato personal a «cualquier información concerniente a persona física identificada o identificable», el segundo, confirma y concreta este concepto al incluir en él a «cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables. (*Vid.* CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: Marco regulador de la Protección de datos de carácter personal en las redes sociales digitales», *Actualidad Civil,* núm. 6, Quincena del 16 al 31 de marzo de 2011, p. 623, tomo 1, Editorial La Ley).

[3] «Compartir datos, fotos, imágenes y música con los amigos que integran la red social constituye inicialmente una actividad enmarcada en el ámbito de la vida privada. No obstante, el problema surge en la medida en que las redes sociales, asentadas sobre la base de un funcionamiento en cadena, pueden llegar a desvirtuar el concepto de amistad al integrar en este grupo a un elevado número de contactos que, probablemente, no se conozcan y cuya única relación consista en haber recibido una invitación para formar parte de la red de contactos. El tratamiento de datos así realizado ve ampliado notablemente su radio de acción, extendiéndose a un gran número de sujetos que exceden de lo que podría considerarse vida privada o familiar de los particulares». CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: Marco regulador de la Protección de datos de carácter personal en las redes sociales digitales… *cit*., p. 632.

[4] SAP Pontevedra, Sección 1.ª, de 4 de junio de 2015. Rec. 223/2015. Diario La Ley, núm. 8591, Sección Jurisprudencia, 27 de julio de 2015, Editorial La Ley. La Ley 2015, 4802.

[5] Los menores y el derecho a la imagen, en *RCDI,* núm. 723, año 2011, 469-479. ISSN 0210-0444.

[6] *Vid.* mi trabajo Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial, (en *RCDI,* Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 738, julio-agosto de 2013, 2650-2666 - Vlex: 458215318) y Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial, (en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 739, septiembre-octubre. 2013. Pp. 3423-3439).

[7] Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal (art. 5, 1.º f).

Artículo 5. Definiciones. 1. A los efectos previstos en este reglamento, se entenderá por:

f) Datos de carácter personal: Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

[8] Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Artículo 2. 1. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

2. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado.

La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto para los suplicatorios.

3. El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

[9] Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal: Artículo 6. Consentimiento del afectado.

1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.

2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del ter-

cero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.

3. El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos.

4. En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una ley no disponga lo contrario, este podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado.

[10] Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Artículo 3:

1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez.

[11] Artículo 13. Consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad.

1. Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores.

2. En ningún caso podrán recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos. No obstante, podrán recabarse los datos de identidad y dirección del padre, madre o tutor con la única finalidad de recabar la autorización prevista en el apartado anterior.

3. Cuando el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información dirigida a los mismos deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquellos, con expresa indicación de lo dispuesto en este artículo.

4. Corresponderá al responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por los padres, tutores o representantes legales.

[12] TC, Sala Primera, en sentencia 83/2002 de 22 de abril de 2002, Rec. 182/1998. Ponente: Pablo GARCÍA MANZANO. *La Ley* 2002, 4151.

[13] STC, Sala Segunda, sentencia 127/2003 de 30 de junio de 2003, Rec. 1074/2000. Ponente: Pablo Manuel CACHÓN VILLAR. *La Ley* 2003, 2544. Revelación, en dos artículos periodísticos que dan cuenta del enjuiciamiento de un individuo como autor de varios delitos contra la libertad sexual de su propia hija, de aspectos relevantes de la vida personal y privada de la joven agredida sexualmente. Divulgación de datos que permiten a conocidos y allegados la plena identificación de la víctima, y con ello, el conocimiento de un hecho gravemente atentatorio para su dignidad personal, como es el haber sufrido un delito contra la libertad sexual.

[14] STC, Sala Primera, sentencia 158/2009 de 29 de junio de 2009, Rec. 8709/2006. Ponente: Manuel ARAGÓN REYES. *La Ley* 2009, 119833. En relación a la supuesta accesoriedad de la imagen insertada en la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público, la apreciación de la accesoriedad de la imagen gráfica de un menor es más restrictiva, por la especial protección dispensada a dicho colectivo.

[15] STC Sala Segunda, sentencia 167/2013 de 7 de octubre de 2013, Rec. 614/2010. Ponente: Juan José GONZÁLEZ RIVAS. *La Ley* 2013, 159499.

[16] Vulneración que se produjo en las sentencias que estimaron, en ambas instancias, la demanda de reclamación de filiación no matrimonial y declararon la paternidad del actor, ordenando que, en la inscripción en el Registro Civil de los apellidos del hijo (menor de edad), constase como primer apellido el del padre y como segundo el de la madre, ya que debía otorgarse preferencia a la línea de filiación paterna sobre la materna. El TC otorgó

el amparo solicitado por la madre, y se anularon las sentencias recurridas. Prevalencia del interés del menor en seguir manteniendo el primer apellido materno.

[17] STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 774/2006 de 13 de julio de 2006, Rec. 2947/2000. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. *La Ley* 2006, 70229.

[18] SAP de Barcelona, Sección 18.ª, 265/2015 de 22 de abril de 2015, Rec. 183/2014. Ponente: María José PÉREZ TORMO. *La Ley* 2015, 80120.

1.2. Derecho de Familia

La pensión de alimentos. Nuevos criterios en su determinación

The alimony. New criteria in his determination

por

MÓNICA MUÑOZ-ALONSO LÓPEZ

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil Universidad Francisco de Vitoria. Mediadora en asuntos civiles y mercantiles

RESUMEN: La pensión de alimentos puede originarse por distintos motivos y ello dará lugar a aplicar diferentes normas y acciones. El criterio a seguir en la determinación de la cuantía ha ido cambiando; las situaciones de desempleo, reducción de salarios, la crisis económica plantea problemas para el obligado a prestar alimentos y, correlativamente, también para el que los recibe. El Consejo del Poder Judicial ha ideado un sistema para establecer unas pensiones más homogéneas y facilitar el cálculo de su cuantía, tratando de armonizar los criterios tan dispares existentes. Por otra parte, también se estudia el caso de pago de pensión sin tener que haber pagado y que por error se paga.

ABSTRACT: The alimony can be caused by various reasons and this will lead to apply different rules and actions. The way of knowing and determinated the amount has changed; situations of unemployment, wage cuts, the economic crisis poses problems for the obligation to pay maintenance and correspondingly also for receiving them. The Judicial Council has devised a system to establish more uniform pension and facilitate the calculation of the amount, trying to harmonize disparate existing criteria. Moreover, the case of pension payment is also studied without paying and mistakenly paid.

PALABRAS CLAVE: Pensión alimenticia. Mínimo vital. Modificación. Pago de lo indebido.

KEY WORDS: Alimony. Vital mínimum. Modification. Undue payment

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA. MÍNIMO VITAL. MODIFICACIÓN. BAREMACIÓN.—III. ALIMENTOS PRESTADOS INDEBIDAMENTE.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La relación obligacional de alimentos puede tener su origen, en un negocio jurídico, sea contrato (arts. 1791 a 1797 del Código Civil), sea testamento; tambien puede surgir en los casos en que se declare en sentencia de separación o divorcio. Y a partir del 23 de julio de 2015, si se trata de separación o divorcio de mutuo acuerdo cabe acordarlo formulando el convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia (a partir del 1 de octubre ha entrado en vigor la Ley 7/2015, de 21 de julio de modificación de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Con la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los secretarios judiciales reciben el nombre de Letrados de la Administración de Justicia) o, en escritura pública ante Notario.

Los hijos mayores o menores emancipados otorgaran su consentimiento ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario respecto de las medidas que les afecten, (pensión de alimentos-vivienda), si carecen de ingresos y conviven en el domicilio familiar[1]; también surge la obligación alimentaria de las obligaciones derivadas de la patria potestad[2], esta obligación no cesa aunque los padres no ostenten la patria potestad[3]; en la tutela, procurando alimentos al tutelado[4]; en el supuesto de acogimiento de menores[5]; el caso de parentesco[6]. Cabría apuntar también que el deber de alimentos durante el matrimonio queda inmerso en el deber de socorrerse mutuamente[7].

El artículo 153 del Código Civil permite, en todos estos casos, la aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 142 a 152 del Código Civil, englobados bajo el Título «De los alimentos entre parientes».

Cabe afirmar «que a la obligación de alimentos respecto de los hijos, como derivación de la patria potestad, tampoco le son aplicables las limitaciones que se observan en el régimen legal de la obligación de alimentos entre parientes.

Sin embargo, desde la señalada naturaleza propia y diferenciada, tampoco se puede inferir un argumento totalmente excluyente que rechace una lógica razón de especialidad entre ambas figuras en la medida en que la obligación de alimentos a los hijos participa, conceptualmente, de la caracterización general de la acción implícita en el régimen de la obligación de alimentos entre parientes.

Esta razón de especialidad, si que quiere de cierta compatibilidad de las figuras, en el sentido de que no es sostenible la absoluta incompatibilidad de la totalidad de lo dispuesto en el Título VI, del Libro I del Código Civil, relativo a los alimentos entre parientes, respecto de los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en el contenido de la patria potestad»[8].

En el mismo sentido la sentencia del TS de 19 de enero de 2015. «El artículo 93 del Código Civil establece que en el caso de los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios, el Juez fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes del mismo Código. Estos artículos regulan los alimentos entre parientes. En el matrimonio, en la patria potestad y en la tutela el Código Civil hace referencia a los alimentos, como deber dentro de cada una de estas instituciones. Pero los alimentos —y de ellos trata el Título Sexto del Código Civil— tienen entidad independiente y surgen como obligación entre determinados parientes y en determinadas circunstancias. Pues bien, tras establecer el artículo 146 que la cuantía de esos alimentos se fijará en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, el artículo 152 dispone que la obligación de dar alimentos cesará «cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades»

Pero respecto al contrato de alimentos debe tenerse en cuenta que de la interpretación del artículo 1793[9] debe entenderse que queda excluido el juego de los artículos 145 y 147, referidos a la forma de determinar la cuantía de los alimentos y su aumento o disminución.

En caso de donación, se establece como causa de revocación la ingratitud del donatario por negar indebidamente al donante alimentos[10].

Por otra parte, cabe señalar el artículo 47 de la Ley concursal y el artículo 84[11]. Se refieren al concursado que está obligado a prestar alimentos por los artículos 142 y siguientes del Código Civil, si no los pudiera prestar otra persona se hará con cargo a la masa del activo. Si los alimentos son por Resolución judicial recaída antes del concurso se cargarán a la masa activa. Si los alimentos son para el concursado, su cónyuge o descendientes se cargarán en la masa activa si hay bienes, y, en todo caso con los límites que establezca la administración concursal.

En caso de acogimiento se impone como obligación legal al acogedor la prestación de alimentos. La privación de la patria potestad no supone el cese de la obligación de contribuir a las necesidades de los hijos. Los acogedores, al tener la obligación de prestar alimentos a la menor, no pueden, señala la sentencia de la AP de Asturias[12], «dejar de hacerlo transfiriendo tal obligación a los padres biológicos».

La no prestación de alimentos si se trata de persona con discapacidad se considera causa de indignad para sucederle[13].

II. DETERMINACIÓN DE LA CUANTIA. MÍNIMO VITAL. MODIFICACIÓN DE MEDIDAS. SU BAREMACIÓN

No hay duda que la situación de crisis económica da lugar a que la cuantía de las pensiones alimenticias sean bastantes reducidas, ello plantea problemas tanto para el que los presta, ya que sus ingresos son mínimos y suponen una carga excesiva que le impide, en ocasiones, vivir dignamente, y, para el alimentado, porque con la escasa pensión no puede cubrir, a veces, sus necesidades.

Es cierto que cada vez hay más casos de reducción de sueldos, desempleo y, a veces, un correlativo incremento de las pensiones por la aplicación del índice corrector para su actualización.

La supresión temporal de una de las pagas extraordinarias a los funcionarios públicos no puede ser motivo para la reducción de la pensión alimenticia, tal y como señala la sentencia de la AP de Albacete de 12 de febrero de 2013, «La reducción de sueldo que han sufrido los funcionarios no es causa para reducir la pensión alimenticia de los hijos».

Mismo criterio y con mayor razón, la AP de Albacete en sentencia de 12 de julio de 2013, en un caso en que los dos progenitores eran funcionarios, niega la reducción de la pensión solicitada por uno de ellos, al entender que también en el otro se habría producido la merma de ingresos en la misma proporción.

Por el contrario, la sentencia de la AP de la Coruña, de 27 de junio de 2013 (sigue un criterio opuesto) al establecer: «Es de todos conocidos que en el año 2012 se suprimió para los funcionarios la paga extra de Navidad y que se les rebajó el sueldo para paliar el déficit público de la Administración, sin que se hubiese recuperado en la actualidad. Por el contrario la pensión de alimentos se ha elevado por razón de su actualización anual, lo que ha causado una evidente descompensación, concurriendo por tanto causa para reducir la cuantía de la pensión alimenticia».

El inconveniente de esta sentencia y, de aquellas otras que no han seguido el criterio seguido por la mayoría de las AP, es que la recuperación de esa paga y el pago de las cantidades atrasadas va a provocar una nueva demanda de modificación de las medidas pidiendo volver a la situación anterior.

El cambio en la situación económica que pueda conllevar a una reducción de la pensión debería mantenerse durante un periodo de tiempo antes de llevar a cabo la modificación, al final es al hijo al que se le traslada la situación o problema económico del progenitor. En este sentido, la sentencia de la AP de Lugo, de 24 de septiembre de 2013 «no se puede perjudicar a las alimentistas». El cese en el cargo de diputado supuso una merma de ingresos por lo que se solicitó la reducción de la pensión. Se admite la reducción. A pesar de tratarse de una dimisión voluntaria y tratarse de una actividad o profesión temporal, con un periodo mínimo de cuatro años, cuya prorroga es incierta. Por el contrario, no se admitió la reducción a pesar de la perdida de trabajo, al entender la AP de Barcelona, en sentencia de 5 de febrero de 2013, que la venta de la vivienda que tenía en copropiedad le permite tener dinero para pagar la pensión, porque «los alimentos no dependen de los rendimientos netos del trabajo únicamente, sino del conjunto de sus posibilidades económicas».

La sentencia sienta la doctrina jurisprudencial de que «el hecho de recibir una herencia es una circunstancia no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario, y como tal determinante de su modificación o extinción[14]».

Cuando se trata de trabajadores por cuenta propia el problema que se plantea es probar la disminución de ingresos que puedan justificar la modificación de las medidas, y, a la inversa, también es difícil probar los ingresos para fijar la pensión alimenticia en un primer momento. En este sentido, la AP de Córdoba, sentencia de 14 de marzo de 2013, «Está acreditada su participación en empresas que han de producir beneficios, sin que sea de recibo la afirmación de que se destinaban a reservas de las sociedades, hoy conduce un automóvil cuyo titular es una sociedad mercantil, por lo que sigue disfrutando de semejante nivel de vida».

En el caso de la sentencia de AP de Cuenca, sentencia de 24 de enero de 2013, se trata de un publicista que solicita la reducción de la pensión de sus tres hijos argumentando la crisis económica que azota el país, se señala que «esto no significa que sea notorio que el sector de la publicidad sea el más afectado…, y le sea imposible hacer frente a los alimentos».

Sin una prueba clara de disminución de los ingresos el trabajador por cuenta propia no podrá obtener una reducción de la pensión alimenticia prevista inicialmente; en el caso de la AP de Ciudad Real, de 30 de septiembre de 2013 se consideró que alegar un deterioro económico y presentar una contabilidad no sirve para concluir que hay un cambio sustancial en las condiciones económicas que obliguen a una reducción de la pensión alimenticia.

Se ha generalizado el criterio de establecer un mínimo vital en los casos en que el progenitor no tenga ingresos o perciba un subsidio o prestación social. El problema es determinar ese mínimo vital, porque en lo que si existe acuerdo es en la necesidad de establecer una pensión de alimentos.

El mínimo vital no es una cantidad fija, en las Audiencias Provinciales se puede apreciar una oscilación mínima de 50 euros, como es el caso de la AP de Albacete, sentencia de 12 de febrero de 2013.; o la cuantía de 90 euros, como es el caso de la sentencia de 31 de mayo de 2013, de la AP de Vizcaya; hasta la sentencia que fija 200 euros (AP Barcelona, sentencia de 27 febrero de 2013, o la AP de Murcia, sentencia de 22 de marzo de 2013. A mayor abundamiento,

tampoco hay un criterio uniforme en cuanto que, unas Audiencias optan por la suspensión o bien por fijar un índice porcentual y, otras, una cuantía en concepto de mínimo vital

La sentencia del TS, Sala 1.ª, de 22 de julio 2015, que cita la sentencia de 2 de marzo de 2015, declara con respecto al mínimo vital que: «Lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles mas imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir solo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, habrá que acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante». El supuesto de hecho es una madre que solicita la pensión de alimentos para su hija menor, el padre está en paradero desconocido y, por tanto declarado en rebeldía. La sentencia entiende que la no localización del progenitor no puede exonerarle de su obligación de prestar alimentos a su hija y, por otra parte, el Tribunal no puede no tener la posibilidad de establecer un mínimo por el hecho de su rebeldía. Si bien es cierto que la fijación de una cantidad podría generar responsabilidades penales por incumplimiento, no lo es menos que la obligación de prestar alimentos viene impuesta no solo por el Código Civil sino también por mandato constitucional, en su artículo 39.3. Se puede fijar una pensión sin concretar el importe, así el 10% de los ingresos que se acrediten percibidos.

Esta generalización en la aplicación de un mínimo vital ha dado lugar a que se presenten demandas de modificación de las medidas solicitando la reducción en la cuantía de las pensiones alimenticias.

La situación de paro laboral o pérdida de ingresos no es motivo para que automáticamente se produzca la reducción en las cuantías fijadas en la pensión de alimentos o en la pensión compensatoria, se precisa, además, que se trate de una situación prolongada en el tiempo; así la AP de Málaga, en sentencia de 6 de febrero de 2013, en la que se solicita la supresión de la pensión compensatoria y la reducción a la mitad de la pensión alimenticia, fundamentado todo en la situación de desempleo, dice que: «se había producido tres meses antes, y este corto transcurso de tiempo, no puede considerarse como una modificación estable en la situación laboral del demandante sino meramente coyuntural».

O bien que no se haya percibido cantidad alguna como indemnización como consecuencia del despido; así, la AP de Alicante, en sentencia de 14 de enero de 2013, «El padre ha percibido por el despido una indemnización de 82.058,39 euros, por lo que la circunstancia de que se encuentre en situación de desempleo no es causa, por el momento, para reducir la cuantía de la pensión alimenticia, máxime cuando durante un tiempo será perceptor de la prestación por desempleo».

El mismo criterio sigue la AP de Valladolid, en sentencia de 11 de febrero de 2013, en la que se solicitaba una reducción de la pensión alimenticia al señalar que: «tan solo un mes antes de promover la demanda percibió, en concepto de liquidación y cese en su anterior empresa, la suma de 118.048 y desde entonces no ha dejado de percibir ingresos en su condición de desempleado. Todos los compromisos económicos (voluntarios) que manifiesta haber hecho frente con buena parte de la suma recibida, no pueden afectar en lo más mínimo al pago de la pensión alimenticia de sus hijas».

Es de destacar el sistema de baremación de las pensiones alimenticias para los hijos en los procesos de familia elaboradas por el Consejo del Poder Judicial. Este sistema tiene carácter orientador y no vinculante. El sistema de tablas

seguido se asemeja al que se aplica, que al final ha terminado imponiéndose y también nació como orientador, en las indemnizaciones por daños sufridos en accidentes con vehículos a motor. Determinados los ingresos de los progenitores y en función del número de hijos se obtiene una cantidad. Esta cantidad es facilitada directamente por el manual orientador; a dicha cantidad se aplican unos índices correctores unos en función de la Comunidad Autónoma en que se tenga el domicilio familiar, y otros índices en función del tamaño del Municipio. Con ello se obtiene el importe de la pensión alimenticia. En estas tablas no se incluyen los gastos extraordinarios. Tampoco los gastos derivados del alquiler de la vivienda o del préstamo hipotecario. Se excluyen, igualmente, los gastos referidos a la enseñanza, como colegio, transporte escolar, comedor, alojamiento por razón de la enseñanza.

El juez tiene un cálculo del gasto medio del hogar en función del número de hijos y de los ingresos de los progenitores. A partir de ahí deberá ir incrementando la pensión en función de las circunstancias de cada caso a resolver.

Este sistema facilitará la labor a los Letrados de la Administración de Justicia y a los Notarios cuando se formule Convenio Regulador ante ellos, solicitando la separación o divorcio de común acuerdo. Las tablas no distinguen entre hijos menores o mayores de edad.

Un punto no establecido en las tablas de baremación es el relativo a los hijos con discapacidad. Se establece coeficientes correctores por Comunidad Autónoma y por número de habitantes en el municipio pero no se hace mención a ningún cálculo sobre las rentas medias a tener en cuenta en caso de hijos discapacitados. En el supuesto de hijo discapacitado psíquico menor, la pensión de alimentos se establecerá en la sentencia de separación o divorcio. Pero si es mayor y no constando la incapacitación y, por tanto, no existiendo patria potestad prorrogada, su derecho a alimentos será el de los artículos 142 del Código Civil y siguientes. Pero ello no impide que siendo mayor de edad tenga derecho a pensión alimenticia. Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad sino que la obligación se extiende hasta que tengan suficiencia económica y la necesidad no haya sido creada por la conducta del hijo; pero en estos casos, la posibilidad de no encontrar trabajo es casi nula, especialmente en los casos de grados de discapacitación superior al 33%. La sentencia de incapacitación determinará la patria potestad prorrogada y se derivarán los alimentos del deber de la patria potestad.

La sentencia del TS de 7 de julio de 2014, sienta la siguiente doctrina jurisprudencial, respecto a la pensión de alimentos, «La situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos»[15].

Por último reseñar que si el obligado al pago obtuviera ingresos inferiores a 700 euros se aplicaría la pensión mínima vital o de subsistencia, que hemos visto que varía jurisprudencialmente, y no se aplicaría el baremo.

III. ALIMENTOS PRESTADOS INDEBIDAMENTE. IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN

Alimentos abonados en virtud de la relación paterno filial que luego resulta no existir. Se cuestiona si esas cantidades deben o no ser reintegradas, ya que se estaría produciendo un enriquecimiento injusto o sin causa; se podría considerar

un pago o cantidad indebida y, en consecuencia, se podría ejercitar la acción de cobro de lo indebido con fundamento en el artículo 1895 y concordantes del Código Civil.

Igualmente esa retroacción se debería desde el nacimiento o desde la sentencia de impugnación de la filiación con fallo estimatorio.

Cabría también, en su caso, exigir responsabilidad extracontractual vía 1902 (Existe contradicciones en la interpretación del artículo 1895 del Código Civil en las AP).

La sentencia del 22 de julio de 1999 exige para estimar la demanda que se acredite una conducta dolosa en la parte que ocultó el fruto de unas relaciones extramatrimoniales.

El problema que se plantea es determinar si es aplicable el 1895 o el 1902. Y entiende la sentencia de 22 de julio de 1999 que la acción no puede fundamentarse en el 1895 al no concurrir los presupuestos del cobro de lo indebido ya que el pago de la pensión alimenticia que se reclama obedece al cumplimiento de una resolución judicial por tanto existe justa causa para su pago o abono; esa justa causa desaparece cuando se declara judicialmente la no filiación matrimonial. «No existe base jurídica para estimar la acción de reembolso por cobro de lo indebido de pensiones alimenticias establecidas judicialmente».

Otro problema es el carácter retroactivo si se admitiera la acción de enriquecimiento injusto derivada del artículo 1895.

La sentencia de 29 de septiembre de 2015 señala que «En el caso que se plantea no existe pronunciamiento expreso sobre la acción que debe ejercitarse para reclamar los alimentos pagados por quien se creía progenitor y tampoco sobe la retroactividad de los efectos de la sentencia que declara la inexistencia de relación paterno filial en relación a la devolución de alimentos que fueron fijados en la sentencia de divorcio».

Las únicas sentencias las de 22 de julio de 1999 y 14 de julio de 2010 del TS que presenta casos a considerar no responden a situaciones iguales: Ya que ejercitan acciones dirigidas a obtener indemnización por una contribución indebida a las cargas del matrimonio. La acción que se ejercita no se discute por las partes y pide 1902. En ninguna sentencia se admite la de 1999 porque no se prueba la conducta dolosa que exige el artículo 1902 para obtener la indemnización. Y, en el caso de la sentencia de 14 de julio de 2010 porque había prescrito la acción de reclamación.

El problema de este caso es que ejercita acción del 1895 como cobro de lo indebido y, además, tampoco se plantea la posible justa causa de la sentencia que fija los alimentos.

En las AP existe gran discrepancia en cuanto al tipo de acción a ejercitar: por el cauce del 1895, cabe citar las siguientes sentencias: AP de Cádiz, de 3 de abril de 2008; AP de León, de 2 de enero de 2007; AP de Asturias, de 28 de septiembre de 2009 y 15 de octubre de 2010.

Las que creen que es por el 1902: AP de Valencia, de 5 de septiembre de 2007 y 2 de noviembre de 2011; AP de Barcelona, de 16 de enero de 2007; AP de Baleares, de 20 de septiembre de 2006.

Sentencias que entienden que solo a partir de la sentencia que declare que no es el padre se podría reclamar por aplicación del cobro de lo indebido, pero hasta ese momento los alimentos eran debidos: AP de Ciudad Real, de 29 de febrero de 2012; AP de Toledo de 7 de noviembre de 2002; AP de Granada, de 13 de junio de 2014.

La sentencia del TS de 29 de septiembre de 2015, acepta esta última solución, ya que no cabe aplicar el 1895 sino el 1902 y la acción de este último ya ha prescrito.

Para el ejercicio de la acción del 1902 debe fundamentarse en «un daño causalmente vinculado a la infidelidad de la madre que da lugar al nacimiento de un hijo y, que hasta la impugnación de la filiación se consideraba matrimonial, y, la indemnización que se exige es lo pagado por alimentos».

En el caso de la acción vía 1895, cobro de lo indebido, lo que se reclama es la devolución de lo pagado indebidamente; conforme a la sentencia del TS, de 14 de junio de 2007, que recoge la doctrina del TS (SSTS de 21 de noviembre de 1957, 6 de julio de 1968, 12 de noviembre de 1975; 30 de enero de 1986 y 8 de julio de 1999) la obligación de restituir surge si se dan los siguientes presupuestos:

A) *Ánimus solvendi,* intención de cumplir un deber jurídico, se hace el pago con intención de extinguir una deuda.
B) Inexistencia de esa obligación, bien porque no es la persona a la que paga el acreedor, porque ya esté pagada…
C) Error que debe probarse, salvo en caso de la presunciones legales.
D) Prueba del pago.

Por tanto, lo que falta es la causa, no hay causa que justifique el pago.

Las sentencias del TS de 24 de abril de 1976 y 26 de marzo de 1986 exigen dos elementos para la existencia del cobro de lo indebido: entrega y error. Entrega de las cantidades y un error por el cual se hace el pago; sin la existencia de ese error no habría habido pago.

La sentencia de 25 de noviembre de 1989 se centra en «la necesidad de una atribución sin causa producida por error.

Pero esta acción de cobro de lo indebido no siempre es aplicable a la materia de alimentos. El hecho de pagar alimentos al hijo deriva de su deber como padre y no puede considerarse que hubo error al pagarlos, por lo menos, hasta que hay sentencia declarando que no es el padre biológico y tampoco puede decirse que la madre haya enriquecido su patrimonio y, por tanto, quepa reclamación puesto que se destinó a la alimentación de la hija que hasta ese momento se creía común.

En cuanto al momento de la devolución de lo indebido por alimentos debería ser desde la vida del menor no desde la sentencia de separación o divorcio ya que se produciría una incongruencia «…pues tan indebido sería lo invertido antes como después, puesto que ambos cónyuges, aun divorciados, seguían comprometidos al pago de los alimentos por el deber de patria potestad».

La sentencia del TS de 18 de abril de 1913, cuyo criterio fue el seguido por las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, establecieron que los alimentos no tienen efectos retroactivos.

La hija tenia derecho no solo a los alimentos, sino también a los demás derivados de la patria potestad, hasta el momento que se destruye la paternidad por la sentencia que se dicte en el proceso de impugnación de la filiación matrimonial.

La aplicación de la retroactividad perjudicaría al menor e iría en contra del espíritu de las normas de familia que van encaminadas al interés del menor, a su protección. Así, la determinación de la filiación tiene carácter retroactivo siempre que no perjudique al menor[16], por esa razón, en caso de extinción de la adopción no tiene efectos retroactivos los efectos patrimoniales que se hubieran producido[17], igualmente cabe decir en el caso que el matrimonio se declare nulo: que no afectará a los hijos, conforme a lo dispuesto en el artículo 79; o, en el caso

del artículo 148,3 que al morir el alimentista no hay que devolver lo percibido anticipadamente, sino que a partir de su muerte ya no hay obligación de pagar; los herederos no pueden reclamar lo pagado pero no quedan obligados a pagar a partir de la muerte del alimentista, ¿y lo debido y no pagado con anterioridad?

Cabe también fundamentar el carácter irretroactivo de los alimentos en la sentencia del TS, de 18 de noviembre de 2014 que señala «la extinción de la pensión alimenticia de un hijo mayor de edad no puede tener efectos retroactivos desde la fecha de la demanda de modificación de medidas, sino desde el día siguiente a la notificación de la sentencia».

Hay un voto particular en la sentencia de 29 de septiembre de 2015, que dice: «el alcance de la retroacción de los efectos lo es en consideración a la posición jurídica del menor afectado, no respecto de la posición de la madre y su posible responsabilidad en la falsa determinación inicial de la paternidad, o en las consecuencias derivadas de su propia patria potestad respecto con su hijo».

Contra todo ello cabe cuestionarse, como hace el voto particular de esta sentencia, que si alguien paga por error algo que no debía pero que creía que debía, de ahí el error, y cuando conoce el error, reclama; si no se admite la reclamación, alguien se está beneficiando de ello. Si entendemos que no cabe reclamar los alimentos a la menor ni a los progenitores biológicos que debieron y no pagaron. Si no se permite reclamar al verdaderamente obligado al pago las cantidades que estaba obligado a pagar, que eran de su cuenta, pero que por error son pagadas por otro, se estaría aprobando el ílicito beneficio que ha obtenido el que debería haber pagado y no pagó, su obligación legal ha sido satisfecha por otro.

Por tanto, sí encajan estos casos de reclamación de alimentos en el artículo 1895, ya que el artículo 1891 presume que hubo error cuando se entregó algo que nunca se debió, no permitir el ejercicio de la acción dirigida a obtener el resarcimiento del daño implica que si el padre lograra ser conocido tampoco podría reclamar aquello que este debía pero que por error fue pagado por el padre no biológico. Dando lugar a un enriquecimiento injusto que no tiene reparación. Se premia, dice la sentencia «la impunidad de actuación y la ausencia de la responsabilidad tanto respecto de ella, cono del verdadero progenitor».

No hay duda que ha habido mala fe y que la madre cobró unos alimentos cuya responsabilidad de darlos era solo suya, incumpliendo su deber de pagarlos íntegramente, de conformidad a los deberes derivados de la patria potestad.

IV. CONCLUSIONES

I. El derecho a alimentos puede tener diferentes causas. Según el origen de ese derecho las normas a aplicar son diferentes. En el caso de pensión alimenticia derivada de la patria potestad se aplica un mínimo vital. En caso de obligación legal de alimentos entre parientes se aplica la regla proporcional; la cuantía se determina en función del caudal del que los presta y de las necesidades del que los recibe.

II. La cuantía de la pensión alimenticia puede modificarse pero no hay un criterio uniforme. Las situaciones de crisis han puesto de manifiesto que es necesario arbitrar un sistema que equilibre la cuantía. El criterio de establecer un porcentaje de los ingresos como cuantía de la pensión permite que se adapte a las nuevas situaciones que puedan aparecer.

III. Con el nuevo sistema de baremos o tablas en el cálculo de las pensiones se facilitará la determinación de la cuantía.

IV. En caso de impugnación de la paternidad se produce una situación injusta, respecto de la persona que creyendo que estaba obligado al pago de la pensión, descubre que no lo está por no ser el padre bilógico. El enriquecimiento se produce en el progenitor biológico. El artículo aplicable al caso no es cuestión pacífica. Vía pago de lo indebido, o vía responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia*. Madrid. Edisofer.

CARRASCO PERERA, A. y UREÑA MARTINEZ, M. (2013). *Lecciones de Derecho Civil. Derecho de familia.* Madrid. Tecnos

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil.* Vol. IV. Tomo I, Madrid. Tecnos.

MESA MARRERO, C. (2006). *El contrato de alimentos. Régimen Jurídico y Criterios jurisprudenciales.* Navarra. Thonson-Aranzadi.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2012). *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia*. Madrid. Ramón Areces.

VI. INDICE DE SENTENCIAS

- AP Valencia, Sec. 10.ª, sentencia de 16 de enero de 2013
- AP Córdoba, Sec. 2.ª, sentencia de 21 de enero de 2013
- AP Albacete, Sec. 1.ª, sentencia de 12 febrero de 2013
- AP Albacete, Sec. 1.ª, sentencia de 12 de febrero de 2013
- AP Barcelona, Sec. 12.a, sentencia de 27 de febrero de 2013
- AP Ciudad Real, Sec. 2.a, sentencia de 28 de febrero de 2013
- AP Cádiz, Sec. 5.a, sentencia de 11 de marzo de 2013
- AP Málaga, Sec. 6.a, sentencia de 21 de marzo de 2013
- AP Murcia, Sec. 4.a, sentencia de 22 de marzo de 2013
- AP Vizcaya, Sec. 4.a, sentencia de 31 de mayo de 2013
- AP Álava, Sec. 1.a, sentencia de 27 de junio de 2013
- AP Murcia, Sec. 5.a, sentencia de 16 de julio de 2013
- AP Pontevedra, Sec. 1.a, sentencia de 23 de septiembre de 2013
- AP Málaga, Sec. 6.a, sentencia de 6 de febrero de 2013
- AP Alicante, Sec. 9.a, sentencia de 14 de enero de 2013
- AP Valladolid, Sec. 1.a, sentencia de 11 de febrero de 2013
- AP Albacete, Sec. 1.a, sentencia de 12 de febrero de 2013
- AP Albacete, Sec. 1.a, sentencia de 12 de julio de 2013
- AP Madrid, Sec. 22.a, sentencia de 27 de septiembre de 2013
- AP A Coruña, Sec. 4.a, sentencia de 27 de junio de 2013:
- AP Lugo, Sec. 1.a, sentencia de 24 de septiembre de 2013
- AP Barcelona, Sec. 12.a, sentencia de 5 de febrero de 2013
- AP Córdoba, Sec. 2.a, sentencia de 14 de marzo de 2013
- AP Cuenca, Sec. 1.a, sentencia de 24 de enero de 2013
- AP Ciudad Real, Sec. 1.a, sentencia de 30 de septiembre de 2013
- AP Málaga, Sec. 6.a, sentencia de 31 de enero de 2013
- AP Madrid, Sec. 22.a, sentencia de 27 de septiembre de 2013

- AP Valencia, Sec. 10.a, sentencia de 17 de enero de 2013
- AP Córdoba, Sec. 2.a, sentencia de 30 de septiembre de 2013
- AP de Asturias, Sec. 5.ª, sentencia de 2 de junio de 2014
- AP de Madrid, Sec. sentencia de 18 de mayo de 2012
- AP de Madrid, Sec. sentencia de 15 de junio de 2012
- AP de Asturias, Sec. 5.ª, sentencia de 27 de noviembre de 2012
- AP de Asturias, Sec. 5.ª, sentencia de 27 de junio de 2013
- AP de Sevilla, Sec.2.ª, sentencia de 17 de septiembre de 2012
- AP de Sevilla, Sec. 2.ª, sentencia de 9 de marzo de 2013
- AP de Valencia, Sec. 10.ª, sentencia 29 de abril de 2013
- AP de Valencia, Sec. 10.ª, sentencia 11 de junio de 2013
- Sentencia del TS de 14 de junio de 2011 núm. 402
- Sentencia del TS, Sala 1.ª, de 7 de julio de 2014
- Sentencia del TS, sala 1.ª, de 27 de noviembre de 2013
- Sentencia del TS, sala 1.ª, de 5 de octubre de 1993
- Sentencia del TS, Sala 1.ª, de 3 de octubre de 2008
- Sentencia del TS, Sala 1.ª, de 17 de marzo de 2014.
- Sentencia del TS, Sala 1.ª, de 10 de octubre de 2014
- Sentencia del TS, Sala 1.ª, de 17 de julio de 2015
- Sentencia del TS, Sala 1.ª, de 19 de enero de 2015
- Sentencia del TS, Sala 1.ª, de 12 de febrero de 2015

NOTAS

[1] Artículo 82 y 87 del Código Civil.

[2] El artículo 154 del Código Civil, señala, entre otros, como deberes derivados de la patria potestad. «Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral». En caso de incumplimiento, el artículo 158 del Código Civil, permite al juez tomar las medidas necesarias para asegurarle la prestación de alimentos

[3] Sentencia núm. 157/2014, AP de Asturias, Sección 5.ª, 2 de junio de 2014, entre otras.

[4] Artículo 269 núm. 1, del Código Civil: «El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular, a procurarle alimentos».

[5] El artículo 173 del Código Civil, «El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral».

[6] El artículo 143 del Código Civil enumera a los cónyuges, los ascendientes y descendientes, y los hermanos, en menor extensión.

[7] Artículo 68 del Código Civil «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente».

[8] Sentencia del TS, Sala 1.ª de 27 de noviembre de 2013. En el mismo sentido se pueden citar las sentencias del TS, Sala 1.ª de 5 de octubre de 1993 y 3 de octubre de 2008.

[9] Artículo 1793 del Código Civil «La extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe».

[10] Artículo 648 núm. 3 del Código Civil.

[11] Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que ha sufrido varias reformas por Ley 3/2010 de 10 de octubre; por Ley 11/2014, de 30 de septiembre; la última por Ley 9/2015 de 25 de mayo. El artículo 47 de la Ley concursal «Derecho a alimentos. 1. El concursado persona natural que se encuentre en estado de necesidad tendrá derecho a percibir alimentos durante la tramitación del concurso, con cargo a la masa activa, siempre que en ella existan bienes bastantes para atender sus necesidades y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y

descendientes bajo su potestad. Su cuantía y periodicidad serán, en caso de intervención, las que acuerde la administración concursal y, en caso de suspensión, las que autorice el juez, oídos el concursado y la administración concursal. En este último caso, el juez, con audiencia del concursado o de la administración concursal y previa solicitud de cualquiera de ellas, podrá modificar la cuantía y la periodicidad de los alimentos. 2. Las personas respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de alimentos, con excepción de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y descendientes bajo su potestad, solo podrán obtenerlos con cargo a la masa si no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos y siempre que hubieran ejercido la acción de reclamación en el plazo de un año a contar desde el momento en que debió percibirse, previa autorización del juez del concurso, que resolverá sobre su procedencia y cuantía. La obligación de prestar alimentos impuestos al concursado por resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso se satisfará con cargo a la masa activa en la cuantía fijada por el juez de concurso, teniendo en cuanto al exceso la consideración de crédito concursal ordinario.

El artículo 84, 4.º, de la misma Ley,: «Los de alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos, conforme a lo dispuesto en esta ley sobre su procedencia y cuantía así como, en toda la extensión que se fije en la correspondiente resolución judicial posterior a la declaración del concurso, los de los alimentos a cargo del concursado acordados por el juez de primera instancia en alguno de los procesos a que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tendrán también esta consideración los créditos de este tipo devengados con posterioridad a la declaración del concurso cuando tengan su origen en una resolución judicial dictada con anterioridad».

[12] Sentencia núm. 157/2014, AP de Asturias, Sección 5.ª, 2 de junio de 2014.

[13] Artículo 756 núm. 7 del Código Civil «Son incapaces para suceder por causa de indignidad… Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil».

[14] Sentencia del TS, Sala 1.ª de 17 de marzo de 2014.

[15] Se reitera la doctrina en la sentencia de 10 de octubre de 2014 y 17 de julio 2015.

[16] Artículo 112 del Código Civil «Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la Ley no dispusiere lo contrario».

[17] Artículo 180.2 del Código Civil.

1.3. Derechos reales

Cuestiones controvertidas en torno a las cláusulas abusivas insertas en los préstamos o créditos hipotecarios (I)*

Controversial questions concerning the improper clauses included in lendings or mortgage loans (I)

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM.

RESUMEN: Resulta usual en el ámbito de la contratación de créditos o préstamos hipotecarios el establecimiento de cláusulas suelo/techo, de intereses de demora o remuneratorios y de vencimiento anticipado. En el ámbito de las cláusulas suelo la sustanciación del control de transparencia y abusividad de tales cláusulas y, asimismo, en los efectos derivados de su nulidad, esto es, la posibilidad o no de devolución de las cantidades indebidamente pagadas por los prestatarios ha generado un intenso debate doctrinal y jurisprudencial, especialmente el que ha tenido lugar en el seno de nuestro Tribunal Supremo y en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, ha determinado, asimismo, la adopción de importantes reformas legislativas en el ámbito procesal e hipotecario. Igualmente, tal debate se ha sustanciado en relación con la declaración de nulidad de los intereses de demora abusivos y su posible recalculo. En tal contexto, el presente estudio se va a centrar en el tratamiento de dicho control de transparencia y en los efectos restitutorios o no de las cláusulas suelo tras su nulidad y, asimismo, en la eventual declaración de nulidad de los intereses de demora abusivos y sus consecuencias.

ABSTRACT: The establishment of clauses turns out to be usual in the area of the credit contracting or mortgage lendings soil/ceiling, of interests of delay or remunerator and of early maturity. In the area of the clauses I occur the sustatiation of the control of transparency of such clauses and, likewise, in the effects derived from his nullity, this is, the possibility or not of return of the quantities unduly paid for the borrowers it has generated an intense doctrinal and jurisprudential debate, especially the one that has taken place in the our Supreme Court and in the Court

* El presente estudio se divide en dos partes. La primera se publica en el presente número y la segunda parte en el siguiente número de la Revista. Asimismo, este estudio forma parte de los resultados del Grupo de Investigación Consolidado Contratación-Empresa (GR-UCM: 9314929), perteneciente al Campus de Excelencia Internacional UCM-UPM, del que formo parte como miembro investigador.

of Justice of the European Union that, it has determinate, likewise, the adoption of important legislative reforms in the procedural and mortgage area. Equally such a discussion has been generated in the relation by declaration of nullity of the improper interests of delay and his possible recalculation. In such a context, the present study it goes away to head office in the treatment of the above mentions control of transparency and in the effects that you deliver quantities or not of the clauses I occur after his nullity; and likewise in the eventual declaration of nullity of the improper interests of delay and his consequences.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas. Control de transparencia. Nulidad. Cláusulas suelo. Efectos restitutorios. Intereses de demora. Recalculo, Consumidor. Préstamo hipotecario.

KEY WORDS: Abusive clauses. Control of transparency. Nullity. Clauses of control of interest. Effects of returns. Interest of delay. Recalculation. Consumer. Mortgage lending

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA «MODERNA» CONFIGURACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA SUELO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.—III. LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA NULIDAD CONTRACTUAL.—IV. LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA SUELO DURANTE LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.—V. LOS INTERESES DE DEMORA. SU EVENTUAL NULIDAD Y EFECTOS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

De nuevo se han planteado cuestiones controvertidas en relación con las cláusulas insertas en contratos de crédito o préstamos hipotecarios, tales como las cláusulas suelo, en relación con el control de transparencia y, en especial, con los efectos restitutorios o no derivados de la declaración de nulidad por abusivas de las mismas. Lo que ha dado lugar tras las sentencias del Tribunal Supremo (Pleno), Sala Primera de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015[1] a plantear por la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 4.ª, una cuestión prejudicial mediante Auto de fecha de 17 de julio de 2015 ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con el fin de que se pronuncie acerca de si puede limitarse la devolución de los intereses cobrados indebidamente por los bancos a los clientes en concepto de cláusula suelo; cláusula que ha sido declarada nula por abusiva. Asimismo, en esta línea, por un lado, la Audiencia Provincial de Alicante, sección octava (Tribunal de Marca Comunitaria) ha planteado sendas cuestiones prejudiciales también ante el citado Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante dos Autos de fecha 15 de junio de 2015; y, por otro, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada de 1 de abril de 2015 (Asunto C-154/15) también ha planteado petición de decisión prejudicial ante ese mismo Tribunal. Y, en relación con los intereses de demora, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por un lado, en su Auto, Sala Sexta, de 11 de junio de 2015 (Asunto

C-602/13) responde a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia, número 2, de Santander de 19 de noviembre de 2013 en el que se señala que, los jueces no pueden recalcular el interés de demora de un préstamo cuando este se considere abusivo, y, por otro, mediante Auto de esa misma Sala, de 8 de julio de 2015 (Asunto C-90/14), tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia en Instrucción número 1 de Miranda de Ebro mediante Auto de 17 de febrero de 2014, recibido en el Tribunal de Justicia el 24 de febrero de 2014, donde además de indicar que los jueces nacionales deben tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios de los que son objeto del contrato antes de decidir si la cláusula es abusiva o no, así como considerar las circunstancias que concurrieron en el momento de la firma, señal que no se opone a las disposiciones nacionales que prevén una reducción de los intereses de demora estipulados en un contrato de préstamo hipotecario, siempre que esas disposiciones nacionales: 1. No prejuzguen la apreciación por parte del juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria referido a dicho contrato del carácter «abusivo» de la cláusula relativa los intereses de demora y, 2. No impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión cuando aprecie que, es abusiva en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE[2].

En este contexto, son, precisamente, las entidades financieras —los acreedores hipotecarios— los que imponen o fijan las condiciones del préstamo garantizado, añadiendo al contrato una serie de cláusulas generales y comunes a la mayoría de ellos que un particular —deudor hipotecario— no tiene más remedio que aceptar, si quiere obtener la financiación solicitada. Se puede considerar hoy en día que, el préstamo o crédito hipotecario se asemeja en muchos aspectos a un contrato de adhesión o contrato en masa, donde el adherente —deudor hipotecario— tiene frente al predisponente —entidad de crédito— un escaso poder de negociación respecto de la mayoría del clausulado del contrato, pues, aquel solo puede aceptar o rechazar lo que en el mismo se establece —libertad de contratar o de celebrar o no el contrato—, pero carece de libertad contractual —de decidir sobre el contenido del contrato—, lo que puede ocasionar un cierto desequilibrio importante entre las partes. De ahí que, la intervención de la voluntad de quien se adhiere al contrato se limita, pues, únicamente a la adhesión a la reglamentación contractual establecida por el empresario o profesional respecto del que no se está en condiciones ni de influir ni de negociar. Estamos entonces ante un consentimiento puramente formal del clausulado contractual. Por lo que, en la contratación en masa, salvo en lo que se refiere a las prestaciones esenciales objeto del contrato —consentimiento, objeto (precio) y causa— respecto de las que puede existir cierta negociación, el otro contratante —consumidor— se limita a aceptar las condiciones previamente establecidas[3].

Ahora bien, las cláusulas prerredactadas que se aplican a todos los contratos del mismo tipo —generalización— son condiciones generales de la contratación. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013 —relativa a cláusulas suelo— confirma que, las cláusulas de un préstamo hipotecario pueden considerarse como condiciones generales de la contratación al reunir las mismas, los elementos esenciales de estas. De ahí que, les resulte aplicable toda la normativa de protección de consumidores. Así por un lado, la Ley 7/1998, de 13 de diciembre de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC); y, por otro, el 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

adelante, TRLGDCU) —arts. 80 a 91— que establece un régimen de protección más específico e intenso, cuando el adherente es consumidor y no gira en torno al concepto legal de condición general, sino que se refiere a la idea más amplia de cláusulas no negociadas individualmente.

De forma que, las condiciones generales de la contratación como cláusulas predispuestas destinadas a regir en una pluralidad de contratos, son un tipo concreto de cláusulas no negociadas individualmente (art. 82.1), es decir predispuestas e impuestas[4]. El artículo 1.1 de la LCGC dispone precisamente que, son condiciones generales de la contratación: «*las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*». Por lo que, constituyen requisitos comunes a las condiciones generales y a las cláusulas no negociadas individualmente: 1. La contractualidad: Se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que, imponga su inclusión; 2. La predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su caracterización el no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos; y, 3. La imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes. En todo caso, este carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base a cláusulas predispuestas sin posibilidad real alguna de negociación por parte del consumidor medio; y, tratándose de condiciones generales, se añade además el hecho que, se trata de cláusulas predispuestas destinadas a regir en una pluralidad de contratos o destinadas a tal fin, pues, como afirma la doctrina, se trata de declaraciones negociales cuya finalidad es disciplinar de manera uniforme los contratos, que se van a convenir —generalidad—. Por otro lado, hay que señalar que, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, resulta irrelevante: a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y, b) Que el adherente sea un profesional o consumidor. Asimismo, en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal, y de hecho para el empresario muy probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales, se halla precisamente en la definición de este. Otra cosa es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar, son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario.

De este modo, el régimen de la LCGC, por un lado, es más amplio que el del TRLGDCU, puesto que, se aplica no solo a los contratos con consumidores, sino también a los celebrados entre profesionales; mientras que este último se aplica únicamente al adherente-consumidor. Por otra parte, el régimen de la LCGC es más limitado que el del TRLGDCU, pues, solo afecta a las cláusulas no negociadas individualmente destinadas a una pluralidad de contratos, mientras que el TRLGDCU, incluye, además de estos, los contratos particulares que, hayan sido redactados, en todo o en parte, por uno de los contratantes, esto es, cuyas cláusulas no hayan sido negociadas individualmente.

En este contexto, el artículo 82 del TRLGDCU introduce dos previsiones relativas concretamente a la calificación de una cláusula no negociada individualmente: 1. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula

aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato (número 2); y, 2. La carga de la prueba acerca de si una cláusula ha sido o no negociada individualmente incumbe al profesional que afirme que, ha sido negociada (art. 82.2 párrafo segundo).

En cuanto a la incorporación de las condiciones generales a la reglamentación contractual, se reconduce a tres reglas: 1. Las reglas de control de inclusión o incorporación que —incluye el control de transparencia— establecen los requisitos previos que, deben reunir las condiciones generales para formar parte del contenido de un contrato, esto es, el conjunto de exigencias legales para que una cláusula pueda considerarse válidamente incluida en un contrato (arts. 5 y 7 a 10 de la LCGC y el artículo 80.1 del TRLGCU). En relación con la transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 30 de abril de 2014 (Asunto C-26/13. Caso Kásler y Kárlerné Rábai) viene a conformar el control de transparencia de las cláusulas predispuestas al destacar que «*una cláusula contractual debe redactarse de una manera clara y comprensible, lo que se ha de entender como una obligación no solo que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de divisa extranjera a la 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*»; 2. Las reglas de interpretación de las condiciones generales contienen criterios de interpretación favorables al adherente (arts. 6 de la LCGC y 80.2 del TRLGDCU); y, 3. Por último, las reglas de control de contenido se dirigen a censurar las condiciones cuyo contenido sea abusivo, o las contrarias a la Ley. Nuestro Derecho establece solo normas de control de contenido referidas específicamente a las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores (art. 80 y 82 del TRLDCU). De forma que, no hay un sistema de control de contenidos específicos para las condiciones generales de los contratos —fuera de los derivados genéricamente en los artículos 6.3 y 1255 del Código Civil—, sino solo para aquellas condiciones generales en las que el adherente es consumidor.

De no cumplirse los requisitos de inclusión, si la cláusula merece el calificativo de condición general, no se incorpora al contrato por aplicación del artículo 7 de la LCGC; y si no merece tal calificativo es nula de pleno derecho (art. 6.3 del Código Civil). Por su parte, el control de contenido de cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores, exige que el contenido de las mismas responda a los principios de «buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas» (art. 80.1 c) del TRLGDCU). Además, el artículo 82.1 establece que: «*se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*»; y, por último, se consideran abusivas en todo caso, las cláusulas contenidas en los artículos 85 a 90 del Texto Refundido. Por su parte, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 16 de enero de 2014 (asunto C-226/2012, Caso Constructora Principado) ha

destacado el ámbito objetivo que el juicio de abusividad se limita al examen del contenido de la cláusula en el momento de contratar al declarar que «*para apreciar la posible existencia de desequilibrio importante, se ha de tener en cuenta la naturaleza del bien o del servicio que sea objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de celebración de ese contrato, así como todas las demás cláusulas de este*». De calificarse una cláusula de abusiva conlleva la nulidad parcial con integración del contrato, (art. 1258 del Código Civil) o la nulidad total de este. En todo caso, conforme al artículo 82.4 del TRLGDCU son abusivas las cláusulas que: a) Vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) Limiten los derechos del consumidor y usuarios; c) Determinen la falta de reciprocidad en el contrato; d) Impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e) Resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; o, f) Contravengan las reglas de la competencia y derecho aplicable (CABALLO FIDALGO, 2013, 96)[5].

Lo cierto es que, la cartera de préstamos hipotecarios a tipo variable de las entidades bancarias españolas, un tercio aproximadamente cuentan con cláusula suelo que, limitan el interés a aplicar a partir de un determinado umbral; lo que impide a los prestatarios beneficiarse enteramente de la bajada del índice de referencia más habitual, el Euribor a 12 meses que, se sitúa en septiembre del 2015 en el 0,158%, pues, a partir de un determinado umbral las bajadas del tipo de interés no afectan a su cálculo, al tener que seguir satisfaciendo el prestatario los intereses correspondientes de acuerdo a esta cláusula suelo. Es frecuente que, se acompañe con cláusula techo que, limitan el tipo de interés máximo aplicable. Tras la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, Pleno, de 9 de mayo de 2013 las entidades de crédito han ido retirando de los nuevos contratos de préstamo hipotecario a tipo variable las cláusulas suelo —máxime si además tenemos en cuenta el nuevo apartado IV letra b) punto 1 del Anexo del Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo introducido por la Ley 25/2015, de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, que procede a dejar sin efecto definitivamente las cláusulas suelo de aquellos deudores situados en el control de exclusión que las tuviera incluidas en sus contratos[6]—, probablemente incrementando con ello los diferenciales pactados con los clientes —que en la práctica actúan como cláusulas suelo— o valiéndose de otras fórmulas como la utilización de otros índices de referencia (IRPH) o la aplicación de otras modalidades poco utilizadas hasta el momentos, como la concesión de préstamos a tipo mixto en sustitución, precisamente, del mecanismo de fijación del precio de la cláusula suelo. E, igualmente, han reducido la cuantía de los intereses de demora ante la nueva tendencia jurisprudencial que, los considera abusivos cuando son desproporcionadamente altos y alteran el justo equilibrio de las prestaciones. De forma que, el debate sobre las cláusulas suelo ya no se plantea con los nuevos contratos, sino con los antiguos —suscritos en la época del *boom* inmobiliario— que, incorporan junto a las cláusulas techo, cláusulas suelo. Y, lo mismo sucede con los intereses de demora, lo que además se ha visto reforzado por la nueva normativa de protección al deudor hipotecario que, los cifra en una cantidad no superior a tres veces el interés legal del dinero (art. 114.3 de la LH). Sobre tales bases normativas y jurisprudenciales y por razones de espacio, el presente estudio se va a centrar en el análisis de las clausulas suelo incluidas en contratos de préstamo o créditos hipotecarios con el objeto de determinar o no su abusividad y las consecuencias de su eventual nulidad, esto es, los efectos restitutorios o no de las cantidades

indebidamente cobradas por el prestatario; y, asimismo, en las cláusulas de intereses de demora con el objeto de intentar concretar los criterios para determinar su eventual abusividad o no y las consecuencias de su nulidad.

No obstante, antes de proceder al desarrollo de la materia, nos parece oportuno indicar, en relación con la cláusula suelo se ha aprobado en el ámbito europeo la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial que, debe ser traspuesta al ordenamiento jurídico español antes de marzo de 2016. En esta Directiva se introduce a nivel europeo en línea con la normativa del crédito al consumo, el deber de facilitar información precontractual al prestatario, expresamente menciona la cláusula suelo como posible elemento de los contratos de préstamo hipotecario. En la sección 3.ª de la «Ficha Europea de Información normalizada» (FEIN) *«se explicará si el tipo de deuda es fija o variable y en su caso, los periodos durante los cuales será fijo, así como la periodicidad de las revisiones posteriores y la existencia de límites a la variabilidad del tipo de interés ya sean máximos o mínimos»*. Al respecto considera la Comisión que es necesario elevar el grado de protección de los consumidores en la contratación de créditos para la adquisición de bienes inmuebles, garantizándose con ello que los consumidores que celebran tales contratos de crédito, lo hacen en la confianza que, las entidades de crédito actúan de una manera profesional y responsable y para ello se considera necesario establecer un marco jurídico, que esté adecuadamente armonizado a escala de la Unión en una serie de ámbitos, eso sí, teniendo presente las diferencias que existen en los contratos de crédito que se derivan de las lógicas diferencias existentes en los mercados nacionales y regionales de bienes inmuebles. Se podría señalar que, el objetivo de la Directiva consiste en garantizar una necesaria protección de los consumidores de contratos de crédito para bienes inmuebles. Precisamente, en esa protección habría que destacar la labor de transparencia, la necesaria educación financiera a la que alude el artículo 6 de la Directiva, y, asimismo, se establece el deber de los prestamistas de actuar de forma honesta, imparcial, transparente y profesional en la concesión del crédito (art. 7). Por otra parte, teniendo en cuenta los derechos e intereses de los consumidores en la concesión, intermediación o prestación de servicios de asesoramiento sobre el crédito, las actividades se basarán en la información sobre las circunstancia del consumidor, y en cualquier requisito específico que haya dado a conocer el consumidor, así como en la hipótesis razonable sobre los riesgos para la situación del consumidor durante la vigencia del contrato de crédito. Antes de la prestación de servicios de asesoramiento, o, si ha lugar, antes de la celebración del contrato para la prestación de servicios de asesoramiento, el intermediario del crédito o el representante designado, habrán de facilitar al consumidor la información sobre el conjunto de productos que se toman en consideración, y los gastos que se habrán de facturar al consumidor (art. 22). En todo caso, habrá de prestarse la información de forma gratuita, como no podría ser de otro modo, en papel u otro soporte duradero.

II. LA «MODERNA» CONFIGURACIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA SUELO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

La sentencia del Tribunal Supremo, Pleno, de 9 de mayo de 2013, fija el *iter* del control de la cláusula suelo. Así, en primer lugar, procede realizar el análisis del control de inclusión, luego el de transparencia y finalmente, el de abu-

sividad. Por tanto, el control de inclusión en el ámbito de los contratos con condiciones generales consiste en «probar que el adherente no tuvo ocasión u oportunidad real de conocer dichas condiciones generales al tiempo de celebración, siendo *praxis* habitual enviarlas inmediatamente al consumidor» (PLAZA PENADES, 2015, 17)[7]. De forma que, basta con que la parte disponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas y no el hecho de que realmente las haya conocido y entendido el consumidor para poder superar ese control. Obviamente la carga de la prueba corresponde a la parte predisponente. Superado el control de inclusión, se pasa al control de transparencia y en este sentido el fundamento jurídico duodécimo de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que se rubrica «El control de transparencia de condiciones incorporados a contratos con consumidores» y en él se desarrolla una versión «moderna» del control de transparencia. Se trata de un control propio, separado y diferente del control de inclusión. En relación con la cláusula suelo, la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 8 de septiembre 2014[8] se vuelve a pronunciar sobre el control de transparencia de la misma y, considera que la doctrina de la anterior sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013 (CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, 1; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, 2013, 3453)[9] concerniente a la condiciones generales de la contratación como práctica negocial referida precisamente a la valoración seriada de tal cláusula suelo, resulta plenamente aplicable al caso que se enjuicia en esta nueva resolución (GONZÁLEZ CARRASCO, 2014, 90-91)[10]. En concreto, se reproducen distintos apartados de la señalada sentencia de 9 de mayo de 2013 que, califican a la cláusula suelo como condición general de la contratación. En concreto en los Fundamentos de Derecho séptimo y octavo parágrafos 131 a 165 en la que se realizan las siguientes consideraciones: «parágrafo 144 *"a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo, b) El conocimiento de una cláusula —sea o no condición general o condición particular— es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias —singularmente para el imponente— no obligaría a ninguna de las partes; c) 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"* (DOMÍNGUEZ ROMERO, 2012, pp. 846-848)[11]; y, el parágrafo 165 *"a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente en contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar; b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas del contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procesan del mismo empresario; c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menor teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios; d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en una pluralidad de ofertas de contratos dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario"*».

Mientras la acción ejercitada que dio lugar a la sentencia de 9 de mayo de 2013 fue una acción colectiva que, culmino el *iter* procesal que se inició con la

sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010 y continúa con la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 7 de octubre de 2011, en la que por primera vez el Alto Tribunal se pronuncia sobre la nulidad de la denominada cláusula suelo por falta de transparencia incorporadas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria a interés variable concretada por entidades bancarias con consumidores y usuarios, la sentencia del 8 de septiembre de 2014 se inicia por una demanda en la que se acumularon ocho acciones de nulidad individual de la cláusula suelo inserta en préstamos con garantía hipotecaria formalizadas por la antigua entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia. En la demanda se alega que las entidades bancarias conocían la evolución de los tipos de interés y también preveían la evolución cíclica del Euribor, índice de referencia más frecuente en los préstamos con interés variable. La pretensión de nulidad descansa en el carácter abusivo de la cláusula con fundamento legal en la normativa de condiciones generales de la contratación y de la ley de consumidores. La cláusula cuya validez se cuestiona tiene una similar redacción en los contratos sujetos a examen «*no obstante, en todo caso, se pacta un tipo de interés mínimo aplicable al préstamo en los "periodos de interés" siguientes al inicial del % anual, de forma que, si del procedimiento de revisión descrito en los apartado anteriores para un "periodo de interés determinado" resultara un tipo de interés nominal inferior al mínimo pactado anteriormente, se aplicará en su lugar este tipo mínimo durante dicho periodo de interés*».

Asimismo, la mencionada sentencia de 8 de septiembre de 2014, a diferencia de la anterior de 9 de mayo de 2013, no se refiere al doble filtro de transparencia, sino que únicamente aplica el control de transparencia real —segundo filtro de transparencia según la citada sentencia de 9 de mayo—, implícita en el marco general del control de abusividad; por tanto, el ulterior control de contenido —juicio de abusividad— derivado de la falta de transparencia de la cláusula desaparece. Ciertamente de los dos conceptos de «orden público económico» que atribuye amplios poderes a los jueces —parágrafo 111— y el «orden público económico» como argumento para que la sentencia carezca de eficacia retroactiva —parágrafo 293—, se opta por el primero (SÁNCHEZ MARTÍN, 2015, 15)[12]. Con ello se continúa la doctrina de esta Sala iniciada con la sentencia de 18 de junio de 2012[13], y mantenida por las sentencias de 17 y 18 enero de 2013, 13 de noviembre de 2013 y 30 de junio de 2014 que, declara que, la cláusula que regula el interés remuneratorio, en tanto afecte al objeto principal del contrato de préstamo, no podrá ser declarada abusiva, aunque sí debió superar el control de transparencia en orden a una adecuada comprensibilidad de la cláusula.

La sentencia de 9 de mayo de 2013 sostiene al respecto que, cabe un doble control de transparencia: el control de inclusión que, supone la observancia de las exigencias contenidas en los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de manera que, las cláusulas generales han de ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez que, el adherente ha tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato y que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incompresibles, y, asimismo, la observancia de las formalidades establecidas en la Orden de 5 de mayo de 1994 vigente al tiempo de los hechos y hoy sustituida, como recordamos, por la Orden EHA/2899/2011; y, una vez incorporadas las condiciones al contrato han de superar el control de transparencia —esto es, del propio contenido de las condiciones incorporadas en el contrato, por lo que se identifica como un control de contenido—; de forma que, la cláusula no solo ha de ser clara y comprensible gramaticalmente para el contratante consumidor, sino

también que resulte transparente tanto en la comprensión de la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que debe realizar a cambio de la prestación que quiere o espera obtener, como de la comprensión clara y sencilla de la carga jurídica del contrato, es decir, de la posición jurídica que asume en los aspectos básicos que definen el contrato celebrado, como en la respectiva asignación o distribución de los principales riesgos del contrato celebrado[14]. Este último control, en realidad, constituye un control de abusividad abstracto de validez de la cláusula predispuesta, distinto del error propio o error vicio del consentimiento que, supondría un control sobre el caso concreto y que tiene por objeto 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 mismos, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, con la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo» (parágrafo 210 de la sentencia). Se trata, en consecuencia, de constatar que la información suministrada, permite al consumidor determinar si se trata de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato que, incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y le permite tener un conocimiento real y razonable completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (parágrafo 212). Por lo que no se supera el control de transparencia si estas cláusulas están «enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro». En todo caso, este control de transparencia que se identifica con un control de contenido exige, en los términos indicados que, el consumidor pueda conocer la carga económica real del contrato para poder valorar correctamente si lo quiere celebrar, y para poder comparar de manera adecuada las diferentes ofertas de productos dentro del mismo sector (MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2014, 336)[15],y, asimismo que el consumidor adherente sea específica y suficientemente informado respecto del significado y alcance que tiene la cláusula suelo como elemento definitorio del objeto principal del contrato, pues, dichas cláusulas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, se transforman en la *praxis* en un préstamo hipotecario con tipo de interés fijo por la inclusión no informada de tal cláusula (MORENO GARCÍA, 2015, 133; CÁMARA LAPUENTE, 2013, 105)[16]. En consecuencia, la oferta de interés variable, no completada con una información adecuada, se revela engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. Al respecto los criterios que enumera el Tribunal Supremo en tal sentencia de 9 de mayo de 2013 para valorar la falta de transparencia, y que según el auto de aclaración no constituyen lista cerrada son: a) Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) No existen simulaciones de escenario diversos relacionado con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil del cliente no se le ofertan las mismas; y, e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos

entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor. Este control de transparencia según indica la sentencia de 9 de mayo, revela únicamente si una cláusula es clara y comprensible. En caso afirmativo, no cabe realizar el control de contenido, es decir, no puede examinarse si la cláusula es abusiva. Pero si no se supera el control de transparencia, habrá que analizar este extremo, porque no necesariamente la cláusula oscura e incomprensible —falta de transparencia— es abusiva. Este control de contenido consiste en valorar, si en contra de las exigencias de la buena fe, la cláusula causa en el consumidor el desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Así se deriva del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE y del artículo 82.1 del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Es por ello, que el Tribunal Supremo consideran nulas por abusivas las cláusulas suelo de los contratos sometidos a enjuiciamiento porque, al beneficiar exclusivamente a la entidad de crédito, provocan un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que resultan contrario a la buena fe porque no se informa de manera clara y comprensible sobre este extremo y el consumidor suscribe el contrato pues, cree que la carga económica del mismo es otra, más beneficiosa para él que la que realmente está contratando[17]. Si el consumidor hubiera aceptado de forma libre, voluntaria y consciente estas cláusulas, comprendiendo su verdadero alcance, aun cuando comportasen un desequilibrio, no podrían entenderse abusivas porque el control de transparencia legitimaría su validez.

Ahora bien, en la sentencia de 8 de septiembre de 2014 se actúa únicamente sobre el control de transparencia real, y, asimismo, en la línea con la doctrina jurisprudencial de esta Sala (sentencia de 18 junio 2012, 15 enero 2013, 17 y 18 de enero de 2013, 18 de noviembre de 2013 y 30 de junio de 2014) se destaca que con ello «se opera conforme al acervo y el peso de la formación del derecho contractual europeo que, a tenor de sus principales textos de armonización, se advierte la profundidad de este proceso, a raíz de su conexión con el desenvolvimiento mismo de las Directrices del orden público económico, como principios jurídicos generales que, deben informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual. En síntesis, este proceso en el ámbito concreto de las condiciones generales tiende a superar la concepción meramente «formal» de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato y por extensión, al literalismo interpretativo (*pacta sunt servanda*), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación». Lo cierto es que en relación al presupuesto de comprensibilidad de la reglamentación predispuesta se ha profundizado en el control de transparencia como un *plus* u obligación que tiene el contratante predisponente.

Por lo que, en atención al contexto descrito, conviene resaltar desde la perspectiva conceptual y metodológica de la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Civil de nuestro Alto Tribunal, se tiende en primer lugar, a superar la concepción liberal del contrato por negociación regulado por el Código Civil basado en el principio del *pacta sunt servanda*, en aras como establece la propia resolución, a una aplicación material de los principios de buena fe, en este caso no como fenómeno integrador de la voluntad (art. 1258 del Código Civil), y de conmutatividad en el seno del fenómeno de las condiciones generales de la contratación y en los distintos planos de control y eficacia de este fenómeno. En segundo lugar, se destaca la realidad de la catalogación de la contratación bajo condiciones generales de la contratación como un modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado en nuestro Código Civil. De

ahí que, en el plano conceptual, este fenómeno representa un ámbito contractual propio que, incide en un importante y novedoso sector del tráfico económico, delimitador de multitud de relaciones económicas de intercambio de bienes y servicios. Por lo que la contratación en masa conceptualmente diferente del contrato por negociación tiene, a su vez, un presupuesto causal propio y específico. De forma que, su fundamento no es tanto garantizar la validez del consentimiento del adherente desde el plano del error vicio, como la del cumplimiento por parte del predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual que, en contraposición a la asimetría inicial y evidente en la posición inicial de las partes, cumpla con un necesario equilibrio contractual y una necesaria comprensibilidad real y no meramente gramatical o literal de la reglamentación predispuesta en sí misma considerada (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, 10 de marzo de 2014, 11 de marzo de 2014 y 7 de abril de 2014).

De acuerdo con la anterior caracterización debe señalarse que en el ámbito del derecho de la contratación, particularmente en la contratación bajo condiciones generales, el control de transparencia viene a responder a un previo y especial deber contractual de transparencia que, impone al predisponente el deber de configuración contractual plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. De lo que se pueden extraer diversas consecuencias relevantes en orden al juicio de valoración propio de este mecanismo de control: 1. Tal control, como hemos señalado, es ajeno al error vicio y en consecuencia a la validez del consentimiento otorgado. Por lo que el control de transparencia se proyecta de modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende de esta forma que el control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, como opera fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no va a tener por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, sino que va a descansar en la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2013 [C-427/11] y 14 de marzo de 2013 [C-415/11], y, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014); 2. El control de transparencia como parte integrante del control general de abusividad no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada; 3. El enjuiciamiento de la materia es de carácter exclusivamente jurisdiccional, lo que no pueda ser suplido por el cumplimiento de la norma sectorial bancaria en orden a la licitud y transparencia meramente formal de la cláusula en la contratación seriada; y, 4. Por último, sin perjuicio de la función prevalente que tienen los notarios sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación, la comprensibilidad real propia de este control debe inferirse, en una labor propiamente jurisdiccional, del propio desarrollo interpretativo de la reglamentación predispuesta, de forma que, la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, «no suplen,

por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia» (PERTINEZ VILCHEZ, 2013, 13-14)[18].

En esta línea, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 24 de marzo de 2015[19] al señalar en su *Fundamento de Derecho Tercero* en relación con el fundamento jurídico del control de transparencia que: «*(…) El control abstracto de validez de las condiciones generales de la contratación opera tomando en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio (apartado 148, 152 y 153 de la sentencia número 241/2013) y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa (apartados 148 y 157 de dicha sentencia). Negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (art. 51.1). La posibilidad de tal control abstracto se justifica por la existencia de condiciones generales de la contratación, empleadas en una pluralidad de contratos y en la utilización por la predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa. (…). La falta de transparencia en el caso de las cláusulas suelo provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondría obtener el préstamo con «cláusula suelo» en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado. (…) Por otra parte, no puede olvidarse que la sentencia núm. 241/2013 consideró que «las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos». Por tanto, la sentencia no niega la licitud, en abstracto, de la cláusula suelo, sino que afirma su carácter abusivo cuando, pese a superar el control de inclusión, no es transparente en el sentido que se ha explicado».*

Sobre tales bases, hay que señalar que, este control de transparencia como ha sido delimitado en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha recibido confirmación en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13) al destacarse en la misma que en el ámbito del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 respecto de aquellas cláusulas que por referirse al objeto principal del contrato no pueden someterse a un control de contenido —juicio de abusividad— no predetermina la necesidad de que sean claras y comprensibles, y, que esta comprensibilidad no puede reducirse a un plano formal y gramatical, sino que, en clave de carga económica, se ha de examinar que el consumidor podía no solo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, sino también a la hora de evaluar las consecuencias de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución y para el coste total del préstamo —comprensibilidad real de la carga económica y jurídica—.

También en esta línea recientemente la sentencia de este mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Novena, de 26 de febrero de 2015 (Asunto C-143/3) que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Specializat Cluj (Rumanía), mediante resolución de 26 de noviembre de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de marzo de 2013, en el procedimiento entre Bogdan Matei, Iona Ofelia Matei y SC Volksbanck Romania, SA, en el que se preguntaba sobre el carácter abusivo de unas cláusulas incorporadas

en un contrato de préstamo que, conlleva una «comisión de riesgo» percibida por el prestatario y que autorizan a este, bajo determinadas condiciones a modificar unilateralmente el tipo de interés. Cuestión que finalmente deriva al tribunal nacional para que analice si conforme a los parámetros de los fundamentos 72 a 75 de dichas cláusulas superan el control de transparencia. Así en el Fundamento número 72, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que: «en todo caso, tales cláusulas deberán ser objeto de una apreciación de su posible carácter abusivo si se comprueba que no están redactadas de forma clara y comprensible, circunstancias que también corresponde verificar al tribunal remitente». Con ello se aprecia un control de transparencia clásico basado en el tenor literal de la Directiva 93/13/CEE y que limita el control de transparencia a que estuviese redactada de «de forma clara y comprensible». A continuación el Fundamento número 73 añade que «a este respecto, debe recordarse que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida en los artículos 4 apartado 2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE —los cuales tienen, por lo demás, un alcance idéntico— no puede reducirse solo al carácter compresible de aquellas en un plano formal y gramatical (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai EU:C: 2014:282, apartados 69 y 71)». En este sentido, se consagra un moderno control de transparencia que, ya no se limita a si la cláusula es clara y comprensible, sino que, además, se exige que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas de aquellas cláusulas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, afecten a las prestaciones o elementos básicos del contrato, en orden a la comprensibilidad real tanto de la carga económica que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que, realmente asume el consumidor en los aspectos básicos que se deriven del objeto y ejecución del mismo (PLAZA PENADÉS, 2015, 18)[20]. Es, por ello, que los Fundamentos Jurídicos números 74 y 75 disponen «de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13/CEE y de los puntos 1 letras j) y l), letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta en particular, que 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 de interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado puede prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai EU:C: 2014:282, apartado 73)». Y añade «tal cuestión debe ser examinada por el tribunal remitente a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre ellos que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai EU:C: 2014:282, apartado 74)»[21].

Por su parte, el control de contenido de operar, debe ajustarse a los principios y normas de nuestro sistema jurídico en orden, primordialmente, a comprobar si la regla contractual predispuesta, es conforme a los principios básicos de regulación contractual aplicable de acuerdo a los parámetros de la buena fe y equilibrio contractual[22].

Finalmente, en este contexto, conviene recordar, por una parte, que la contratación en masa o bajo condiciones generales de la contratación constituye un auténtico modo de contratar diferente al contrato por negociación, como así se

ha apuntado en la jurisprudencia más actual de la Sala Primera del Tribunal Supremo[23]. Y que, tal modo de contratar en masa o bajo condiciones generales de la contratación determina el nacimiento de dos importantes mecanismos de control: uno tendente a lograr la necesaria comprensibilidad real de sus cláusulas o carga económica y jurídica del contrato —control de transparencia—; y, otro, destinado a lograr el necesario equilibrio prestacional —juicio de abusividad—.

NOTAS

[1] *RJ* 2013, 3088; y *RJ* 2015, 735.

[2] Con anterioridad, este mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 21 de enero de 2015 tenía por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2 de Marchena (Sevilla) mediante resolución de 12 de agosto de 2013, recibidas por el Tribunal de Justicia el 10 de septiembre de 2013 (Asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13), en el que no se declara contraria a la Directiva la Disposición Transitoria segunda de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y por ende, el artículo 114 de la Ley Hipotecaria en cuanto que obliga a recalcular las cantidades debidas, siempre que la disposición nacional no impida al juez nacional dejar de aplicar la cláusula en caso de que se aprecie que es abusiva en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva. De forma que, si se declara abusiva una cláusula, al mismo tiempo no se puede recalcular al triple del interés legal, pues, de acordar la abusividad, hay que dejar de aplicar tal cláusula. En todo caso, no debemos olvidar que, la normativa mencionada no solo se aplica a los contratos con consumidores. En esencia, esta Disposición Transitoria que, impone al juez una facultad moderadora en forma de recalculo es compatible con la Directiva 93/13/CEE al no coincidir el ámbito de aplicación.

[3] Resulta importante señalar que, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ampliado la interpretación de la protección del consumidor, aclarando el concepto de consumidor definido en el artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE. Así en la sentencia de la Sala Cuarta, de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14) que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Primera Instancia de Oradea (Rumanía) mediante resolución de 25 de febrero de 2014 recibida en el Tribunal de Justicia el 7 de marzo de 2014 ante la demanda formulada por un abogado solicitando, por una parte la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual relativa a una comisión de riesgo y, por otra parte, la anulación de dicha cláusula y la devolución de la citada comisión. El órgano jurisdiccional remitente plantea si debe interpretarse en el sentido que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se especifique el destino de crédito, puede considerarse «consumidor», en el sentido de dicha disposición. Además, el referido órgano jurisdiccional pregunta al Tribunal de Justicia sobre la incidencia al respecto del hecho que el crédito nacido del citado contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por ese persona en su condición de representante de su bufete de abogados, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de dicha persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete. Lo cierto es que, conforme el artículo 2 letras b) y c) de la Directiva 93/13/CEE es «consumidor» toda persona física que, en los contratos regulados por la citada Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. Por su parte, es «profesional» toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la Directiva 93/13/CEE, actúa dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada. Por tanto, la citada Directiva define los contratos a los que se aplica por referencia a la condición de contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional. Tal criterio responde a la idea que sustenta el sistema de protección establecido por dicha Directiva, a saber que, el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas. Habida cuenta de tal situación de inferioridad, el artículo

6 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE establece que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Al respecto el Abogado General ha señalado en los puntos 28 a 33 de sus conclusiones, el concepto de «consumidor» en el sentido del artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo y es independiente de los conocimientos concretos que pueda tener la persona de que se trata, o de la información que dicha persona realmente disponga. Es por ello que, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara que: «*El artículo 2 letra b) de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse "consumidor" con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogados, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete*». Por lo que muchos autónomos pueden ser considerados consumidores cuando avalan con el patrimonio de su empresa un préstamo personal, que puede incluir cláusulas abusivas. Y cualquier profesional puede ser considerado consumidor con independencia de sus conocimientos.

[4] Sobre la distinción entre cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación, *vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14.ª, 11 de febrero de 2015 *(AC* 2015/534).

[5] CARBALLO FIDALGO M. (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Barcelona: Bosch, p. 96.

[6] Con anterioridad la Ley 1/2013, de 14 de mayo de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social exige que, en los contratos de préstamos hipotecarios junto a la escritura se incluya una expresión manuscrita por el consumidor que ha sido adecuadamente advertido de los riesgos del contrato, en concreto, de las limitaciones a la variabilidad del tipo de interés (art. 6.2 a]). Por su parte, la Ley 10/2014, de 26 de junio de Ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito en su artículo 5 que dedica a la protección del cliente de entidades de crédito, contiene la habilitación al Ministerio de Economía y Competitividad para disponer sobre cuestiones relativas a la información precontractual que debe facilitarse a los clientes, la información y contenido de los contratos y las comunicaciones posteriores que, permitan el seguimiento de las mismas; de modo que, refleje de forma explícita y con la máxima claridad los derechos y obligación es de las partes, los riesgos derivados del servicio o producto para el cliente (art. 5.1 a]); y las demás circunstancias necesarias para garantizar la transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación de los servicios o productos bancarios que ofrecen las entidades de crédito y, en su caso, el deber y la forma en que deben comunicar tales condiciones a la clientela o al Banco de España (art. 5.1 b]).

[7] PLAZA PENADÉS, J. (2015). «Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo», *La Ley,* año XXXVI, número 8547, 26 de mayo de 2015, p. 17.

[8] *RJ* 2014, 4660.

[9] Para CARRASCO PERERA Á., y GONZÁLEZ CARRASCO C. (2013). "La sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo sobre las «cláusulas suelo» es inconstitucional", *La Ley,* año XXXIV, núm. 8159, de 30 de septiembre, p. 1, sostienen que «la sentencia incurre en inconstitucionalidad: 1) Por pervertir el sistema de fuentes del Derecho; 2) Porque sitúa a las entidades financieras ante la tesitura de un «cumplimiento perverso» de la normativa sectorial; 3) Porque impide a las entidades condenadas y al resto de las entidades orientar su conducta futura de cumplimiento en el sentido de la exigencia impuesta por la sentencia; 4) Porque incurre en manifiesta incongruencia *extra petita*; 5) Porque contiene argumentos contradictorios, relativos a lo que promete hacer y lo que efectivamente hace para respetar la prohibición de indefensión; y, 6) Porque no ha permitido a las partes ni realizado por su cuenta ninguna actividad probatoria relativa a los nuevos hechos «incriminatorios» introducidos en el proceso»; y de los mismos autores (2013). «La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva», *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* número 7, p. 153. Por su parte, CARRAS-

CO PERERA, A., y CORDERO LOBATO, E. (2013). El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 7, pp. 173 y 178 señalan que «nos encontramos frente a una sentencia singular. No porque haya terciado en la polémica judicial sobre la cláusula suelo (precisamente para declarar su validez con carácter general), sino por el hecho de haber formulado y aplicado un criterio de validez de las condiciones generales de la contratación, el llamado "control de transparencia" que es autónomo con respecto al control de inclusión de los artículos 5 de la LCGC y artículo 80.1 b) TRLGCU y al control de abusividad (arts. 82 y sigs. TRLGCU) y que tampoco es coincidente con los controles propios relacionados con los defectos de información en el Derecho general de contratos, significativamente, el error vicio del artículo 1266 del Código Civil». Y, además, «la sentencia es totalmente opaca al explicar cuáles son las consecuencias de la falta de transparencia "sustancial" de la cláusula incorporada».

En esta línea 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 de 2013, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 739, septiembre-octubre, p. 3453, quien concluye que «la sentencia tanto por sus planteamientos como por sus efectos debería haber sido más concluyente, y es difícil que cumpla con las expectativas que ha generado de poner fin a las cláusulas suelo; pues aunque se esté en los casos iguales a los afectados por la sentencia, bastará una nueva y previa información al consumidor para poder seguir incluyendo dicha cláusula, que ya no será abusiva».

[10] GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C. (2014). La falta de transparencia en la segunda sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 y a su voto particular), *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, número 12, pp. 90-91 señala que «el resultado de la nueva sentencia es de nuevo una inseguridad jurídica ahora acentuado porque la invertir la carga de la prueba del defecto de transparencia y ponerlo en el mismo nivel que la prueba del carácter negociado de la cláusula, resulta de todo punto imposible acreditar una transparencia cuyos requisitos esto es, el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes a la hora de configurar estos contratos, permitan que el consumidor comprenda realmente las consecuencias jurídicas y económicas del producto o servicios afectado "que no se reduce a la necesidad de que las cláusula sean simplemente claras desde el punto de vista gramatical", pues, siguen siendo desconocidas para los agentes implicados».

[11] DOMÍNGUEZ ROMERO, J. (2012). "El control del suelo hipotecario. Crónica jurisprudencial a propósito de la cláusula de limitación mínima de tipo de interés", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* núm. 29, julio-diciembre, pp. 846-848 se refiere a las distintas posiciones existente en relación sobre si la cláusula suelo recae sobre un elemento esencial. Por una parte, se refiere a «la que sostiene que no cabe reputar tal cláusula elemento esencial en cuanto que parte del precio, sino meramente accesorio al mismo por entender que solo afecta a la remuneración del préstamo de manera eventual, pues, dicha cláusula únicamente opera cuando se dé el mínimo que la misma contempla, que puede no darse nunca o darse, y no darse sucesivamente durante la vigencia del préstamo; desde esta posición la cláusula suelo es accesoria de otra cláusula, sin que quepa equiparar ambas, dado que la primera lo que viene es a delimitar los efectos de la evolución aleatoria del tipo de interés variable pactado en la segunda (sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla de 30 de septiembre de 2010; del Juzgado de lo Mercantil de Cáceres de 18 de octubre de 2011; y, del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz de 21 de diciembre de 2011). Por su parte, otra posición es la que mantienen que las acotaciones a los tipos de interés variable no pueden ser calificadas de esenciales, sobre la base de que no fueron percibidas así, ni contempladas por el consumidor medio como parte integrante del precio. Esta postura es la que se puede denominar *subjetiva contextualizadora*, por lo que la accesoriedad de dichas acotaciones es de cómo se percibieron por los consumidores en el momento en que se estipularon (sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Palma de Mallorca de 2 de febrero de 2012; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 24 de abril de 2012). Por último, la que mantiene que las acotaciones a la variación del tipo de interés presentes en tales cláusulas constituyen una parte más del precio del préstamo. Según esta postura, si el interés remuneratorio es un elemento esencial del préstamo, son también esenciales los criterios que conducen a su

determinación, entendiendo por tales tanto la cláusula que contuvieran el índice más diferencial como cláusula de acotación (sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 7 de octubre de 2011, y de la Audiencia Provincial de Burgos, de 2 de febrero de 2012)». En base a ello el autor concluye «que la discusión sobre la cláusula suelo, relativa a si la acotación que la misma contiene fija o simplemente perfila el precio, si lo afecta de manera endeble o eventual, si es esencial o contingente, no es algo que deba centrar *a priori* la atención del juzgado para descartar *per se* su imposición ni para dejar de considerarla condición general. Por lo que la cuestión no es el grado de influencia que aquella pudiera tener sobre el precio, sino simple y llanamente si incide o no sobre el precio».

[12] SANCHEZ MARTÍN, C. (2015). "El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas". Su definitiva plasmación y su fundamentación técnica (Comentario de la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 sobre cláusula suelo), *La Ley*, año XXXVI, número 8491, 2 de marzo, p. 15.

[13] En esta sentencia se trata de resolver el carácter abusivo de un préstamo que se contrató a un interés muy superior al habitual, si bien, ese mayor interés se justificaba por las circunstancias singulares de refinanciación de dicha operación y por los riesgos que asumía el prestamista, a lo que se unía el hecho probado de que el prestatario conocía perfectamente y asumía esa circunstancia excepcional que implicaba un tipo de interés más elevado del normal por el riesgo, que entrañaba su refinanciación. Al respecto, en primer término, se refiere la sentencia a la relación entre los criterios interpretativos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el marco general de interpretación del Código Civil. Así se señala que, «cabe establecer en el plano de la interpretación contractual que se da una clara compatibilidad entre el específico control establecido para la contratación bajo condiciones generales, acuerdos y el marco general de interpretación del Código Civil. La razón primaria de esta compatibilidad radica en la propia y necesaria abstracción del proceso interpretativo que alcanza, ineludiblemente, a todo orden o tipo de control sobre el contenido y aplicación de las normas, de suerte que los propios controles de inclusión, transparencia y de contenido que, prevé la regulación de las condiciones generales de la contratación se sirven, previamente, de estos medios interpretativos en su conjunto. De esta forma, los mismos requisitos de incorporación que contempla esta legislación (art. 5.5. LCGC) presuponen que el ajuste a los criterios de «transparencia, claridad, concreción y sencillez» se ha realizado desde una previa labor interpretativa. En todo caso, la razón de compatibilidad viene establecida expresamente en las reglas de interpretación de la citada ley, artículo 6.3 en donde se remite supletoriamente a las disposiciones sobre interpretación de los contratos recogidos en el Código Civil. De forma implícita, idéntica protección la encontramos en el régimen aplicable a la declaración judicial de su no incorporación o nulidad de la cláusula, en donde la sentencia estimatoria debe «aclarar», esto es, interpretar, el alcance de la eficacia contractual resultante o, en su caso, la justificación de la nulidad operada (art. 9.2 de la Ley). Todo ello sin perjuicio del alcance interpretativo del artículo 1288 del Código Civil y su incidencia en la llamada «*interpretatio contra stipulationem*» o del alcance el principio de buena fe como elemento de interpretación integradora del artículo 1258 del Código Civil». Y, en segundo término —aunque bien como *obiter dictum*—, se delimita el control de transparencia como control separado y distinto del control de contenido. Se indica que, «el control de inclusión y el control de transparencia puede proyectarse, a diferencia del control de contenido o control de abusividad, sobre elementos esenciales del contrato (art. 4.2 de la Directiva del 93)». De forma que, «no estaríamos en un supuesto de control de interpretación de esta normativa sino, en su caso, de elementos esenciales del contrato que, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en su conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a tener para la otra parte».

[14] *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 26 de mayo de 2014 *(RJ* 2014, 3880); y, de 3 de noviembre de 2014 *(RJ* 2014, 5274); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3.ª, 18 de junio de 2013 *(AC* 2013, 1880); de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, 18 de junio de 2013 *(JUR* 2013, 247830); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.ª, 11 de julio de 2013 *(JUR* 2013, 283374); de la Audiencia Provincial de Cuenca, sección 1.ª, 30 de julio de 2013 *(JUR* 2013, 300401);

de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, 25 de septiembre de 2013 *(JUR* 2013, 313191); de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, 27 de enero de 2015 *(AC* 2015, 421); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, 4 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 126568); Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2.ª, 4 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 141367); sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 3.ª, 21 de marzo de 2015 *(AC* 2014, 648); sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, 20 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 126360); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3.ª, 25 de marzo de 2015 *(AC* 2015, 665); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.ª, 25 de marzo de 2015 *(AC* 2015, 730); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.ª, 30 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 143896); Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12.ª, 31 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 154118); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19.ª, 8 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 154045); sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, 24 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 141450); sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, 30 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 141966); de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1.ª, 30 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 16524); y, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Cuenca, 4 de junio de 2015 *(AC* 2015, 678). Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2.ª, 27 de junio de 2013 *(AC* 2013, 1521) señala que, no concurre la falta de transparencia, pues, es una cláusula que, como tal, aparece redactada en la escritura de novación modificativa, no es oscura y la información que se proporciona es suficiente y comprensible. La cláusula suelo se introdujo en un momento posterior a solicitud del actor. Y era conocido por el actor. También en esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.ª, 29 de septiembre de 2014 *(JUR* 2014, 277837); y de 2 de diciembre de 2014 *(JUR* 2015, 32342); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, 25 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 2632) tuvo conocimiento de la cláusula. No se encuentra enmascarado en la documentación previa a la suscripción del contrato. Las cláusulas están redactadas de forma clara y concisa; y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Elche (Alicante), número 3, 7 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 142651).

[15] MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014). El control de transparencia y la validez de la cláusula suelo, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* núm. 133, enero-marzo, p. 336.

[16] *Vid.*, en relación con el doble control de transparencia, MORENO GARCÍA, L. (2015) *Cláusula suelo y control de transparencia. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid: Marcial Pons, p. 133; CÁMARA LAPUENTE, S. (2013) El control de las cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusula suelo, *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* número 6, p. 105.

[17] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, 22 de mayo de 2013 *(AC* 2013, 1479); y, de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 3.ª, de 21 de marzo de 2014 *(AC* 2014, 648); y el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, de 30 de abril de 2014 *(AC* 2014, 1000), falta de información suficiente, y ausencia de simulaciones de escenarios diversos; en consecuencia, falta de transparencia.

[18] Al respecto, PERTINEZ VILCHEZ, F. (2013). «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Indret,* julio, pp. 13 y 14, manifiesta en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que «está asumiendo que la obligación de transparencia en las condiciones generales tiene un contenido dinámico que no se agota con el mero cumplimiento de los requisitos de incorporación o en la redacción de una cláusula sin ambigüedades (art. 6.2 de la LCGC), sino que exige, además, en relación a los elementos esenciales un *plus* de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión con pleno conocimiento de causa, lo que proscribe una defraudación de la carga económica del contrato tal y como se había percibido, mediante la inclusión de una condición general, que, aun superando los registros de incorporación, pasó inadvertida al consumidor». Por tanto, «la falta de transparencia se identifica con la sorpresa o con el engaño que supone para el cliente la inclusión de una cláusula suelo, de la que no se informó en la fase precontractual, y a la que se le dio un tratamiento impropiamente secundario, por más que pudo haber sido decisiva en la decisión de contratar o no contratar». Como correlato de lo anterior «si se hubiera informado suficientemente sobre la cláusula suelo al consumidor antes de la celebración del contrato, de

tal manera que este hubiera sabido su existencia y de las consecuencias que pudiera tener ante una bajada previsible del tipo de referencia, la cláusula sería lícita».

[19] *RJ* 2015, 845.

[20] PLAZA PENADÉS, J. (2015). Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo, *op. cit.,* p. 18.

[21] Además, el Tribunal de Justicia continúa diciendo en los apartados 76 a 78: «76. Ahora bien, por lo que respecta a las cláusulas contractuales controvertidas en el litigio principal y, en primer lugar, a las que permiten al prestamista modificar unilateralmente el tipo de interés, cabe preguntarse sobre la previsibilidad para el consumidor de los incrementos de dicho tipo que puede efectuar el prestamista en función del criterio —poco transparente a primera vista— basado en "que se produzcan variaciones significativas en el mercado financiero", aun cuando esta última formulación sea, en sí misma, gramaticalmente clara y comprensible. 77. En segundo lugar, en lo relativo a las cláusulas que prevén la "comisión de riesgo", se plantea la cuestión de si el contrato de préstamo de que se trata expone de manera transparente los motivos que justifican la retribución correspondiente a dicha comisión, toda vez que se rebate que el prestamista esté obligado a proporcionar una contrapartida real para percibir dicha comisión, al margen de asumir el riesgo de la falta de reembolso, el cual —según se alega— ya está cubierto con una hipoteca. La falta de transparencia de la mención en los contratos de que se trata en el litigio principal, de los motivos que justifican tales cláusulas parece confirmarse aún más por el hecho, recordado en el apartado 29 de la presente sentencia, de que en el caso de autos el prestamista propuso a los prestatarios sustituir la denominación de dichas cláusulas por "comisión de administración el crédito", sin modificar no obstante el contenido de estas. 78. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que le artículo 4 apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, los términos "objeto principal del contrato" y "adecuación entre el precio y la retribución, por una parte y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra" no cubren, en principio, tipos de cláusulas que figuran en contratos de créditos celebrados entre un profesional y consumidores tales como las controvertidas en el litigio principal, que, por una parte, permiten al prestamista bajo determinadas condiciones, modificar unilateralmente el tipo de interés y, por otra parte, prevén una "comisión de riesgo" percibida por este. Sin embargo, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar la calificación de tales cláusulas contractuales atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones de los contratos de que se trata así como al contexto jurídico y de hecho en que estas se inscriben».

[22] *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de abril de 2014 *(RJ* 2014, 3122), donde se destaca que el control de abusividad de estas cláusulas predispuestas en contratos con consumidores combina la aplicación de una cláusula general (el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato, en perjuicio del consumidor y en contra de las exigencias de la buena fe) con un listado ejemplificativo de cláusulas enunciadas en la disposición adicional primera de la ley (actualmente, artículos 85 a 90 del Texto Refundido) son abusivas «en todo caso». Este mayor rigor en el control de las cláusulas abusivas es conforme a la Directiva por su carácter de norma de mínimos, como se desprende del artículo 8 de la misma, y ha sido afirmado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2010 (asunto C-484/08). Como consecuencia de lo expuesto, para decidir si una cláusula no negociada individualmente, inserta en un contrato concertado con consumidores, puede considerarse o no abusiva, es metodológicamente más eficiente analizar en primer lugar, si puede encuadrase en alguno de los supuestos ejemplificativos que la ley considera abusivos «en todo caso», de modo que en caso afirmativo se declare su abusividad, y consiguientemente, su nulidad de pleno derecho, y solo en caso de no ser así se pasará a valorar su abusividad con base en la cláusula general.

El voto particular que se formula en relación con esta sentencia varios Magistrados, se centra en destacar que la apreciación del desequilibrio importante, atendidas las normas aplicables en Derecho nacional, como las circunstancias del caso concreto, atendibles cuando se aplica la cláusula general de abusividad (art. 82.3) deben valorarse conforme

a la reglamentación contractual predispuesta en el momento de celebración del contrato. Asimismo, *vid.*, las sentencias de a Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, 26 de febrero de 2013 *(AC* 2013, 714); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, 9 de julio de 2013 *(AC* 2013, 1538); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.ª, 23 de julio de 2013 *(AC* 2013, 1561); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, 27 de junio de 2014 *(JUR* 2014, 212857); el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, 10 de febrero de 2014 *(AC* 2014, 487); y, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Granada, número 1, de 28 de mayo de 2014 *(JUR* 2014, 177038).

[23] *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 18 de junio de 2012 *(RJ* 2012, 8857) que, reconoció por primera vez que, la normativa de consumo, particularmente la contratación bajo condiciones generales cumple una función de configurar el ámbito contractual y con ello incidir en el tráfico patrimonial, comportando un modo de contratar diferente a la contratación por negociación; de 10 de marzo de 2014 *(RJ* 2014, 1467); y, de 7 de abril de 2014 *(RJ* 2014, 2184) ambas referidas al ámbito de un contrato por negociación.

1.4. Sucesiones

Separación civil de hecho y separación canónica: derechos sucesorios del cónyuge viudo

'De facto' civil separation and canonical separation: inheritance rights of the widowed spouse

por

CLARA MARÍA ARRANZ HIERRO

Máster UNED de Derecho Civil de Familia y Sistemas Hereditarios
Doctoranda en Derecho en la USP CEU

RESUMEN: En los casos en que exista entre los cónyuges una separación judicial o incluso un divorcio, parece claro que los efectos sucesorios no podrán ser los mismos que constante matrimonio. No obstante, nos preguntamos si es justo que dicha regulación se aplique también a las situaciones en las que, *de facto*, existe separación entre los cónyuges, si bien estos pueden no haber optado por la vía judicial. Hablamos, por ejemplo, de separación de hecho o incluso de separación canónica, —dada la coexistencia en España de los regímenes matrimoniales civil y canónico—. Nos centraremos en estos supuestos que, desde nuestra perspectiva, pueden plantear cierta dificultad interpretativa, dada la estrecha relación entre el derecho de familia y el sistema sucesorio. En este artículo abordaremos, por tanto, los derechos sucesorios del cónyuge viudo previamente separado de hecho, analizando las modificaciones legislativas del Derecho aplicable, experimentadas en los últimos años. En primer lugar, haremos un breve repaso de la situación previa a la Ley 30/1981, de 13 de julio. En segundo lugar, expondremos las novedades de dicha reforma, sobre la sucesión intestada y los derechos legitimarios del cónyuge supérstite. Por último, a la luz del derecho vigente —de 8 de julio de 2005—, constataremos qué derechos y beneficios sucesorios asisten al cónyuge viudo.

ABSTRACT: It seems reasonable to affirm that rights to inheritance should vary between existing marriages and cases of legal separation or even divorce. Nonetheless, the question analysed in this article is whether the same regulation shall apply to those situations in which either de facto separation or canonical separation — both legal regimes coexist in Spain — have been chosen instead of legal separation. Special attention is paid to those two scenarios of particularly difficult interpretation, considering the close relationship between family law and inheritance law. The inheritance rights of the widowed spouse, previously separated de facto, are considered in this article in light of the recent changes to the applicable legislation. A brief review of the situation prior to the legal reform introduced by the Law 30/1981, of 13 july, is presented in first place. Secondly, the developments due to this reform are exposed,

in terms of intestate succession and the rights of forced heir corresponding to the surviving spouse. Lastly, the rights and benefits of the widowed spouse according to the current legislation —Law 15/2005, of 8 June— are examined.

PALABRAS CLAVE: Separación de hecho. Separación canónica. Sucesión intestada. Derechos legitimarios. Cónyuge viudo.

KEY WORDS: 'De facto' separation. Canonical separation. Intestate succession. Rights of a forced heir. Widowed spouse.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS: EL NECESARIO VÍNCULO DEL DERECHO DE FAMILIA Y EL DERECHO SUCESORIO.—II. SEPARACIÓN CIVIL DE HECHO Y SEPARACIÓN CANÓNICA: MODIFICACIONES EN LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL SEGÚN LA NUEVA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.—III. REGULACIÓN DE LA CUESTIÓN TRAS LA REFORMA DE LA LEY 30/1981. 1. SUCESIÓN *AB INTESTATO*. 2. DERECHOS LEGITIMARIOS.—IV. REGULACIÓN ACTUAL, TRAS LA REFORMA DE LA LEY 15/1995, DE 8 DE JULIO. 1. SUCESIÓN *AB INTESTATO*. 2. DERECHOS LEGITIMARIOS. 3. OTRAS CUESTIONES CONEXAS. *A) El legado legal de la vivienda habitual. B) La pensión de viudedad.*—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: EL NECESARIO VÍNCULO DEL DERECHO DE FAMILIA Y EL DERECHO SUCESORIO

El marco en el que encuadramos este estudio, es el del Derecho Sucesorio, entendido como el conjunto de disposiciones de Derecho Civil reguladoras de las relaciones jurídicas producidas a causa de la muerte de una persona, a la que denominamos causante[1]. Como es bien sabido, este conjunto normativo puede ser aplicado en una doble vía, a saber: testamentaria e intestada, teniendo primacía la primera sobre la segunda, e incluso cabe la compatibilización de ambas[2].

En definitiva, conviene tener presente que el Derecho de Sucesiones se encuentra íntimamente relacionado con el Derecho Civil de Familia, de tal forma que las variaciones que la persona experimenta a lo largo de su vida (en su estado civil, familia, etc.) tienen también trascendencia sucesoria. Esto es, precisamente, lo que ocurre cuando un matrimonio se separa, y son en particular las consecuencias de dicha separación a las que dedicamos estas líneas.

Sabemos que, en defecto de testamento (o en caso de insuficiencia de su contenido), siempre opera subsidiariamente la sucesión intestada, de conformidad al artículo 913 del Código Civil. También puede proceder la sucesión *ab intestato* cuando, existiendo un testamento, sea nulo o ineficaz. Por contraposición a la testamentaria, aquella no tiene como fundamento la voluntad del *de cuius*[3], sino el orden sucesorio establecido por la Ley (*vid*. arts. 912-929 del Código Civil).

Hay un elemento a tener en cuenta: la legítima, imposición legalmente establecida[4] que opera en cualquier sucesión, sea testamentaria o *ab intestato*. A través de la legítima, los legitimarios —que no necesariamente son herederos—, tienen derecho a una porción de la herencia del causante. Uno de los potenciales

beneficiarios, es el cónyuge viudo, tal y como establece el artículo 807 del Código Civil, si bien es cierto que la suya es una legítima peculiar, percibida como derecho real de usufructo y no como nuda propiedad.

Existen discrepancias doctrinales acerca de la naturaleza de los derechos legitimarios. No se acepta unánimemente que el legitimario sea, además, heredero forzoso. Esta hipótesis ha sido sostenida por algunas sentencias del Tribunal Supremo, si bien con la salvedad de la no responsabilidad de las deudas del caudal relicto, lo cual convertiría al legitimario en un heredero *sui generis* (*vid*. *v. gr.*, STS de 20 de septiembre de 1982). Los autores que, como ESPEJO LERDO DE TEJADA[5], opinan que la legítima tiene naturaleza de derecho subjetivo, defienden que las reglas que el Código Civil establece sobre la legítima en sede de sucesión testada se apliquen también a la intestada, de modo que al legitimario le sea reconocido su derecho en cualquier caso, ya que «su porción no está garantizada por la apertura sin más de la sucesión intestada»[6]. Nos parece que esta postura es lógica, puesto que carecería de coherencia jurídica aplicar a una situación idéntica —la de legitimario con derecho a una parte de la herencia— dos normativas distintas, según si el llamamiento fuese por voluntad del causante o por ley[7].

No obstante, sabemos que la legítima y la sucesión intestada se calculan sobre bases distintas, pudiendo incluso recaer sobre diferentes herederos. Por ello, es interesante tratar ambos temas de forma separada, a la hora de analizar los derechos que el cónyuge viudo pueda tener en cada uno de ellos.

Hasta la promulgación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, —por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio—, era doctrina sentada por el Tribunal Supremo (*vid*., entre otras STS de 11 de enero de 1950) que, para que operase el derecho a la legítima del cónyuge viudo, debían concurrir tres elementos:

1. La premoriencia de uno de los cónyuges (el causante).
2. La supervivencia del otro (al que en sede sucesoria denominamos cónyuge viudo).
3. La integridad de las relaciones matrimoniales, mantenidas hasta el momento de la muerte.

Por su parte, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL[8] interpreta en sentido amplio la «integridad de las relaciones» a la que hizo referencia el Supremo, de manera que no solo excluye de dicho concepto las rupturas del vínculo matrimonial (divorcio y nulidad) sino que a ellas asimila, a efectos sucesorios, la separación judicial. Por lo tanto, la situación fáctica de separación que no tuviera un reflejo judicial (a la que denominamos separación de hecho) no excluía al cónyuge viudo de su legítima. Este tampoco quedaba privado de la legítima en los casos de separación judicial provocados «por culpa del difunto» (así rezaba la antigua redacción del artículo 834 del Código Civil, en coherencia con el sistema causalista matrimonial vigente en España en aquel momento).

II. SEPARACIÓN CIVIL DE HECHO Y SEPARACIÓN CANÓNICA: MODIFICACIONES EN LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO CIVIL SEGÚN LA NUEVA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Si hablamos de matrimonio en España, es menester hacer una puntualización: en nuestro país no existe un solo tipo de matrimonio, sino todo un sistema ma-

trimonial, entendiendo por este, según SATORRAS FIORETTI, el «modo jurídico de regular la coexistencia, en un país y en un momento histórico dado, de dos o más instituciones matrimoniales correspondientes a otros tantos ordenamientos jurídicos»[9].

Dentro de la amplia tipología de sistemas matrimoniales, podemos afirmar que el vigente en España es mixto, plenamente facultativo[10] y pluralista, en el que «conviven junto al matrimonio civil un matrimonio religioso reconocido institucionalmente[11] —esto es, regido en sus aspectos sustantivos por su normativa confesional— y otros matrimonios formalmente religiosos, aunque regulados en sus requisitos de fondo por el Derecho Civil»[12].

El Estado español tiene, pues, acuerdos en materia matrimonial al día de hoy, afectados todos por la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, toda vez que altera la celebración del matrimonio, así como los acuerdos vigentes, denominaciones y entidades inscritas como de notorio arraigo:

1. Con la Iglesia Católica —Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos[13], de 3 de enero de 1979, ratificado el 4 de diciembre de 1979—;
2. Con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España —Ley 24/1992, de 10 de noviembre—[14];
3. Con la Federación de Comunidades Judías de España —Ley 25/1992, de 10 de noviembre— y[15],
4. Con la Comisión Islámica de España —Ley 26/1992, de 10 de noviembre—[16].
5. Por otra, parte, adicionalmente a los acuerdos, existe la posible inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, para el reconocimiento de notorio arraigo, requisito, a su vez, indispensable para suscribir Acuerdos de cooperación con el Estado español. En este caso, están reconocidas como confesiones de Notorio Arraigo, el Islam, el judaísmo y el desde el año 1989. La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días lo obtiene en el año 2003, los Testigos Cristianos de Jehová en el año 2006, la Federación de Entidades Budistas de España en el año 2007 y la Iglesia Ortodoxa en el año 2010.

Debido al creciente pluralismo religioso de nuestro país, en su momento el que fuera Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 1 de agosto de 2014[17] planteó la posibilidad de dotar también de eficacia civil a los ritos religiosos matrimoniales de mormones, ortodoxos, testigos de Jehová y budistas (consideradas *de notorio arraigo*). Estas confesiones, que hasta ahora no tienen acuerdos con el Estado, requieren de sus fieles el contraer según sus ritos, además por vía civil si pretenden que su matrimonio tenga eficacia civil en España. Con todo y como se podrá constatar, hemos querido transcribir parte de las modificaciones operadas por Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, dada su especial transcedencia en la materia, a la que da nuevo sentido.

La pluralidad y libertad de elección vienen impuestas, como es lógico, por el propio corpus constitucional, en sus artículos 32.1, 16.2, 16.3 y 14[18]. Gracias a esta facultad de elección, en España se puede contraer matrimonio civil o, en cuanto se refiere a la materia analizada, el canónico, y ambos tendrán efectos civiles[19], con ciertas salvedades que exceden el objeto del presente artículo.

Partiendo de este presupuesto, una vez clarificada la posibilidad en España de la separación matrimonial canónica, corresponde encuadrarla en el ordena-

miento jurídico civil, y así determinar sus efectos. En nuestra opinión, la figura más análoga es la de la separación de hecho, toda vez que produce fácticamente el cese de la convivencia conyugal sin que, como dice BLANDINO GARRIDO[20], se observen las formalidades de la separación judicial. Por lo tanto, todas las referencias que en adelante hagamos a la separación de hecho incluirán también los supuestos de separación canónica.

III. REGULACIÓN TRAS LA REFORMA DE LA LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO

1. Sucesión *ab intestato*

En la reforma emprendida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, se estableció entre otras cosas, que tanto la separación por sentencia firme como la separación de hecho que constase en documento público, serían causa de exclusión de la sucesión intestada[21]. Salvo para estos casos, el artículo 944 del Código Civil establecía la llamada a la herencia del cónyuge supérstite en defecto de ascendientes y descendientes, haciendo primar su derecho sobre el de los colaterales. Comenta DÍEZ-PICAZO[22] que en esta Ley se da, por primera vez, un importante efecto jurídico a la separación de hecho, hasta el punto de interpretar que la voluntad del causante es no llamar a su herencia al cónyuge supérstite antes que a otros parientes. No obstante, como ya hemos comentado, se requería que dicha separación constase de algún modo fehaciente, quedando «huérfanas» de solución legal aquellas situaciones en las que la separación de hecho no se hubiese hecho constar en documento público.

2. Derechos legitimarios del cónyuge viudo

Haciendo un recorrido por la evolución normativa en relación a los derechos legitimarios del cónyuge supérstite, menciona MOLINA BALAGUER[23] que tanto la Ley de 24 de abril de 1958, como la reforma de 1981, impedían al cónyuge separado judicialmente acceder a la legítima del causante; no así la separación de hecho, que no era considerada por la doctrina mayoritaria como causa de privación de la legítima.

Idéntica era la línea de pensamiento de la Dirección General de los Registros y el Notariado, apoyada en una ortodoxa interpretación del artículo 834 del Código Civil[24], que solo hacía mención de la separación judicial. A igual conclusión llegó el TS, *v. gr.*, en sentencia de 7 de marzo de 1980, entendiendo que «cuando el artículo 834 hablaba de que el 'cónyuge no se hallare separado' evidentemente se estaba refiriendo a la separación judicial, y no a la meramente de hecho o amistosa».

Las razones que se aducían para no mencionar en la ley a la separación de hecho radicaban en que, pudiendo obedecer dicha separación a muy diversas causas, no parecía muy seguro fundar en ella un efecto tan importante como la privación de la legítima del supérstite[25]. Literalmente, en el artículo 835 del Código Civil se hablaba de la separación judicial, por lo cual se entendía que solo se produciría la pérdida de los derechos legitimarios a consecuencia de una sentencia judicial, y no por la existencia de una situación fáctica.

Esto planteaba el problema de que los artículos 834 y 945 del Código Civil no estaban coordinados, sino que ofrecían, para el caso de la separación de hecho,

una solución diversa a la cuota legitimaria y al llamamiento del cónyuge viudo. Por este motivo, autores como LASARTE ÁLVAREZ[26] proponían, *lege ferenda*, —previamente a la reforma de 2005, que efectivamente incorporó dicha novedad—, que la separación de hecho conllevara la pérdida de los derechos legitimarios.

IV. REGULACIÓN ACTUAL, TRAS LA REFORMA DE LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO

Esta Ley, por la que se modificaron el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, se caracteriza por su marcado carácter consensual[27], tal y como indica la propia Exposición de Motivos: «Se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada con su cónyuge». Configura además un sistema matrimonial totalmente objetivo en el que no se exige ninguna causa tasada para pedir la separación —basta el cese de la *affectio maritalis* por una o ambas partes—, ni hace mención a las clases de esta aludiendo a una gradación de consecuencias (como en la anterior regulación, en la que se hablaba de separación culpable o no culpable, contenciosa o de mutuo acuerdo). El mismo cambio fue operado en lo referente al divorcio.

Además, la redacción de la reforma legal de 2005, buscó la coincidencia a nivel sucesorio entre los regímenes de separación y disolución del matrimonio, intención que se logró dando una nueva redacción a los artículos 834, 835 y 840 del Código Civil.

Como señala CASTILLA BAREA[28], la doctrina reclamaba la modificación de dichos preceptos, tanto por sus vestigios del antiguo esquema de separación-sanción como por la diversidad de consecuencias que comportaba la separación en la sucesión intestada y legitimaria, a los que ya hemos hecho alusión, «de suerte [continúa la autora] que un cónyuge que hubiera consentido su separación de hecho podía ser excluido como heredero *ab intestato* pero mantenía su cualidad de legitimario en la sucesión de su consorte premuerto». Ello constituía, a nuestro juicio, una incoherencia legislativa de ineludible reforma y adecuación.

1. Sucesión *ab intestato*

Admitida la relevancia social de la separación de hecho[29], la reforma legal de 2005 la introdujo expresamente en la nueva redacción del artículo 945, como sigue: «No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior [del cónyuge, en defecto de ascendientes y descendientes, pero antes que los colaterales] si el cónyuge estuviere separado judicialmente o de hecho».

Por ello, salvo que haya mediado reconciliación entre los cónyuges[30], tanto la separación judicial como la de hecho excluyen actualmente al cónyuge supérstite de la sucesión intestada del causante.

2. Derechos legitimarios del cónyuge viudo

El tenor literal, de la actual regulación de la legítima del cónyuge supérstite, prevista en los artículos 834 y 835 del Código Civil, declara: «El cónyuge que al

morir su consorte no se hallase separado de este judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora». «Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación de conformidad con el artículo 84 de este Código [que regula los efectos de la reconciliación], el sobreviviente conservará sus derechos».

Podemos decir, pues, que la regla general en el derecho sucesorio es que el cónyuge viudo es legitimario en todo caso, ya concurra con descendientes o con ascendientes, si bien es cierto que —como ya hemos señalado— su legítima será a título de usufructo. No obstante, tanto la separación judicial como la separación de hecho impiden a los cónyuges su condición de legitimarios[31], y la exclusión es ahora explícita, por lo que no puede caber al respecto ninguna duda interpretativa. Vemos que, como afirma DÍEZ-PICAZO[32], la Ley 15/2005 ha dado un extraordinario efecto a la separación de hecho, parificándola con la judicial.

Concluimos, pues, que el cónyuge viudo no tendría derecho a la legítima en la herencia del difunto, ni tampoco sería llamado a su herencia *ab intestato*. No obstante, no olvidemos que la privación de los derechos del cónyuge supérstite nace, —a falta de testamento—, por previsión legal, lo cual no obsta para que cada uno de los cónyuges, en aras de su autonomía de voluntad y libertad de testar, legue a su consorte lo que considere oportuno.

3 Otras cuestiones conexas

A) El legado legal de la vivienda habitual

Resuelta la cuestión del llamamiento *ab intestato* del cónyuge viudo y de sus derechos legitimarios, queda preguntarnos si, a pesar de estar separado de hecho del causante al momento de la muerte, tendrá derecho al legado de la vivienda habitual y a la pensión de viudedad[33].

El artículo 1321 del Código Civil establece que, «fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber». Este precepto regula lo que la doctrina denomina el legado legal o legado de vivienda habitual. Constituye, pues, otra excepción —además de la legítima, ya comentada— a la regla del artículo 659 del Código Civil, que regula la libertad del testador para disponer de sus bienes.

La coordinación entre los preceptos 659 y 1321 del Código Civil no presenta dificultades en la jurisprudencia. Veamos, por ejemplo, el pronunciamiento del Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de mayo de 2000: «no puede obviarse la norma imperativa, inderogable por la voluntad de alguno de los cónyuges, del artículo 1321 del Código, según la cual fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobrevive, sin computársele en su haber. De ahí que ninguno de los cónyuges pueda disponer de tales bienes sino para el supuesto de sobrevivencia al otro esposo, ya que, de fallecer en estado de casado, los bienes que componen el ajuar de la vivienda habitual común se atribuyen, por disposición legal, al cónyuge supérstite».

Creemos que la *ratio legis* de este precepto recién transcrito, fue no privar al supérstite de unos mínimos indispensables de subsistencia en el momento de la muerte de su cónyuge. Y, puesto que esta situación de necesidad puede darse

aunque los cónyuges estén separados de hecho, consideramos que, en defecto de pronunciamiento expreso del juez en este sentido, se debe mantener este legado legal. Este dejará de operar, naturalmente, en casos de separación judicial, e incluso también perdería su virtualidad si los cónyuges pactasen, al momento de la separación, otro régimen económico, o bien solicitasen la disolución de la sociedad de gananciales.

En cuanto a la determinación del objeto del legado legal, la STS de 16 de febrero de 2004, dispuso un criterio amplio para su fijación: «La exclusión a la que se refiere el párrafo segundo del precitado artículo 1321 del Código Civil, como afirma el juzgador a quo, debe interpretarse con espíritu generoso en favor de cónyuge viudo, debiendo tenerse en cuenta la condición y el status socioeconómico de cada familia y excluyendo tan solo aquellos objetos que, además, de ser intrínsecamente valiosos lo sean especialmente atendido el volumen patrimonial de la familia».

Por lo tanto, será un elemento que deba determinarse casuísticamente, sopesando las necesidades del viudo y el interés del resto de los herederos del causante.

B) La pensión de viudedad

En lo referente a la pensión de viudedad, hay que distinguir la situación de partida. Si hablamos de un matrimonio cuyo vínculo ha sido anulado, o bien disuelto por la vía del divorcio, el cónyuge supérstite no tendrá derecho a la pensión de viudedad tras la muerte de su excónyuge. Conviene tener presente, la salvedad de que, en el caso del divorcio, el derecho a la pensión puede pervivir, por ejemplo si cónyuges no vuelvan a contraer matrimonio o a constituirse en pareja de hecho con otra persona.

Distinto es el caso de la separación. Ya en 1989, —siguiendo la línea interpretativa que el Tribunal Central de Trabajo había marcado en 1986—, reconoció que podría exigirse la pensión sin que fuera necesario acreditar la convivencia al momento de la muerte, lo que daba cabida al supuesto de la separación de hecho[34].

La única controversia posible en este punto radica en si debe o no acreditarse la existencia del vínculo matrimonial para poder acceder a la pensión. Al respecto, nos parece interesante el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la STC 194/2014.

En esta sentencia, el Tribunal denegó el recurso de amparo interpuesto por D. Basirou Sene. Las instancias judiciales anteriores le habían denegado el derecho a la pensión de viudedad, y D. Basirou, que había contraído matrimonio por el rito islámico con D.ª Elena, alegaba una vulneración de su derecho a la igualdad (art. 14 CE). Como apoyo jurídico de su argumentación citó el Sr. Sene la doctrina de la STC 199/2004 y la STEDH de 8 de diciembre de 2009, en el asunto *Muñoz Díaz contra España*. El Tribunal Constitucional aclaró, analizado el recurso, que negarle la pensión no contradecía el Derecho, puesto que dicha negativa no estaba motivada por razones discriminatorias ligadas a la celebración por rito islámico del matrimonio, como pretendía hacer ver la parte demandante. La razón era, en cambio, que D. Basirou y D.ª Elena no habían cumplido con las formalidades exigidas por el ordenamiento para dotar a su unión matrimonial de efectos civiles. Por lo tanto, no acreditar el matrimonio impedía el acceso al derecho a la pensión de viudedad.

El artículo 7 de la Ley 26/1992, que regula las relaciones de cooperación del Estado con las Comunidades de confesión musulmana establecidas en España, integradas en la Comisión Islámica Española, e inscritas en el registro de enti-

dades religiosas, en la redacción vigente en el momento de autos, «exige, para el pleno reconocimiento de tales efectos, la inscripción del matrimonio en el Registro Civil» y «las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente». Dado que, en el caso de D. Basirou, ni antes ni después de constituir el matrimonio se aportó el antedicho certificado de capacidad, y que el matrimonio no pudo llegar a inscribirse (por lo cual D.ª Elena falleció teniendo el estado civil de soltera), el TC consideró que su matrimonio no podía tener efectos civiles de cara al reconocimiento de la pensión de viudedad, y que ese pronunciamiento no vulneraba el derecho a la igualdad del demandante, sino que se limitaba a poner de relieve los requisitos que exige la ley española.

Por último, recordamos que en la solicitud de la pensión de viudedad también tienen cabida las parejas de hecho. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social[35], en su Disposición Adicional 3.ª, establece el derecho a dicha pensión a la persona que sobreviva a su pareja, siempre y cuando se cumplan tanto el presupuesto convivencia ininterrumpida entre el finado y el supérstite al menos durante los seis años anteriores al fallecimiento como los requisitos exigidos por el artículo 174.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (1/1994, de 20 de junio), a saber: relación afectiva análoga a la conyugal, inexistencia de impedimentos matrimoniales entre las partes, convivencia estable y notoria entre ellos y acreditación de la misma a través de documento público o de la inscripción de la pareja de hecho en alguno de los registros *ad hoc*, al menos dos años antes de la muerte del cónyuge.

V. CONCLUSIONES

I. El Derecho Civil de Familia y de Sucesiones están estrechamente relacionados, de modo que las variaciones en las relaciones conyugales (por ejemplo, la separación) tienen indudable reflejo en los derechos sucesorios.

II. Las reformas legislativas de 1981 y, sobre todo, de 2005, además de suprimir el sistema causalista del divorcio y la separación, han pretendido equiparar los efectos de la separación de hecho —a la cual podemos equiparar la canónica, dada la existencia en España de un sistema matrimonial plural y electivo— a los de la judicial. Con la nueva regulación sucesoria se ha ganado en coherencia legislativa, de modo que el cónyuge supérstite queda excluido de los derechos sucesorios del premuerto, tanto en el llamamiento *ab intestato* como en el derecho al usufructo de la legítima correspondiente.

III. A pesar de esta reducción de derechos del cónyuge viudo, —solo, recordamos, aplicable de manera subsidiaria a lo que el premuerto hubiera podido disponer en testamento—, aquel no queda totalmente desamparado por el derecho. La ley establece a estos efectos el legado legal de la vivienda habitual de los esposos y su ajuar, como forma de protección de las necesidades básicas del viudo.

IV. Siempre que se mantenga el vínculo matrimonial, los cónyuges separados judicialmente o de hecho pueden acceder a la pensión de viudedad tras el fallecimiento de uno de ellos. Este mismo derecho ha sido reconocido a las parejas de hecho, si bien es cierto que la falta de vínculo matrimonial debe ser suplida en estos casos por la concurrencia de los requisitos que la ley establece, fundamentalmente de temporalidad y publicidad de la relación, así como la existencia de hijos comunes.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC 194/2014, de 1 de diciembre
- STS de 11 de enero de 1950
- STS de 7 de marzo de 1980
- STS de 20 de septiembre de 1982
- STS de 19 de mayo de 2000
- STS de 16 de febrero de 2004
- STS de 25 de Marzo de 2014
- STS 9 de febrero 2015 (de lo social)
- SAP Ávila de 27 de febrero de 2009

VII. BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1981). La ejecución de las sentencias eclesiásticas de separación matrimonial por la jurisdicción civil después de la Constitución: comentario a la STC de 26 de enero de 1981, *Revista española de Derecho Constitucional,* núm. 1, vol. 3, 123-168.

BLANDINO GARRIDO, M. A. (2010). La separación matrimonial. En: A. ÁLVAREZ ALARCÓN, *Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio.* Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 95-128.

CAÑAMARES ARRIBAS, S. (2007). El sistema matrimonial español. En: M. A. JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, *Derecho Matrimonial Canónico y Eclesiástico del Estado.* Madrid: Colex, pp. 255-270.

CASTILLA BAREA, M. (2011). La separación. En: M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, *Tratado de Derecho de la Familia, Vol. II, Las crisis matrimoniales.* Pamplona: Thomson Reuters, pp. 133-223.

CUADRADO IGLESIAS, M. (2003), Responsabilidad por razón de legados, en A. Cabanillas Sánchez (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo,* Tomo IV, Madrid, Civitas.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2008). *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones.* Vol. IV. Madrid: Tecnos.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., (1996). *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil.* Madrid: Marcial Pons y Centro de Estudios Registrales de Cataluña.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A. (1996). La separación de hecho conyugal y la legítima del cónyuge viudo, *Actualidad Civil,* núm. 4, 879-894.

FERRER ORTIZ, J. (2008). La eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesiásticas en el Derecho español. *Ius et Praxis*, núm. 14, vol. 2, 373-406.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010). *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Madrid: Marcial Pons.

— (2014). *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*. Madrid: Marcial Pons.

LÓPEZ SUÁREZ, M. A. (2003). Las crisis matrimoniales y su repercusión en los derechos legitimarios de los cónyuges. En: G. M. Morán (coord.), *Cuestiones actuales de Derecho Comparado. Actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña.* La Coruña: Servicio de Publicaciones Universidad de la Coruña, pp. 265-274.

MIQUEL, J. (1992). *Derecho Privado Romano*. Madrid: Marcial Pons.
MOLINA BALAGUER, F. (2006). La sucesión del cónyuge supérstite tras la Ley 15/2005 de 8 de julio, o cómo apreciar la separación de hecho. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 127, 2341-2352.
MORETÓN SANZ, M.ª F. (2011). La disposición del crédito hecha por el testador mediante legado: cláusulas testamentarias y legado de liberación o perdón de una deuda, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* marzo, 725, 2011, 1695-1707.
— (2010). El legado alternativo y la facultad de elección o concentración: la mediación como fórmula recomendada judicialmente para la resolución de controversias patrimoniales y familiares derivadas de la sucesión *mortis causa, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. septiembre-octubre, 721, 2010, 2406-2425.
NÚÑEZ MUÑIZ, M. C., (2012). Revisión crítica y propuesta *lege ferenda* del concepto de legado de parte alícuota: cuestiones controvertidas sobre su posición en el reparto hereditario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.*
REAL PÉREZ, A. (1997). Resolución de la DGRN de 25 de junio de 1997. Interpretación de las normas. Sucesión intestada en favor de los padres del causante. Legítima del cónyuge viudo separado de hecho por mutuo acuerdo que consta fehacientemente. Fallecimiento del causante una vez presentada demanda de separación conyugal consentida por ambos cónyuges. Su incidencia en la legítima del supérstite, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 45, 1197-1210.
SATORRAS FIORETTI, R. M. (2011). Los matrimonios con eficacia civil. En: C. Villagrasa Alcaide (coord.), *Derecho de Familia*. Barcelona: Bosch, pp. 53-154.
TORRES GARCÍA, T. F., y DOMÍGUEZ LUELMO, A. (2011). La legítima en el Código Civil (I). En: M. C. Gete-Alonso y Calera (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones,* Tomo II. Navarra: Thomson Reuters, pp. 1841-1898.
— (2011a). La legítima en el Código Civil (II). En: M. C. Gete-Alonso y Calera (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones,* Tomo II. Navarra: Thomson Reuters, pp. 1899-1958.
YSÀS I SOLANES, M. (2011). La sucesión intestada. En: M. C. Gete-Alonso y Calera (coord.), *Tratado de Derecho de Sucesiones,* Tomo II. Navarra: Thomson Reuters, pp. 1561-1596.

NOTAS

[1] Con carácter previo, quiero dejar testimonio de mi agradecimiento al Departamento de Derecho civil de la UNED y a su Director, así como a su discípula, la Profesora Moretón Sanz, por las apreciaciones, observaciones y revisiones hechas a mi trabajo.

[2] *Vid.*, por todos, LASARTE ÁLVAREZ (2014). *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*. Madrid: Marcial Pons.

[3] *De cuius hereditate agitur:* aquel de cuya sucesión se trata. Abreviatura comúnmente utilizada desde el Derecho Romano hasta hoy. *Vid., v. gr.*, MIQUEL, J. (1992). *Derecho Privado Romano*. Madrid: Marcial Pons, p. 388.

[4] REAL PÉREZ, A. (1997). Resolución de la DGRN de 25 de junio de 1997. Interpretación de las normas. Sucesión intestada en favor de los padres del causante. Legítima del cónyuge viudo separado de hecho por mutuo acuerdo que consta fehacientemente. Fallecimiento

del causante una vez presentada demanda de separación conyugal consentida por ambos cónyuges. Su incidencia en la legítima del supérstite, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 45, p. 1204.

[5] ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (1996). *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil.* Madrid: Marcial Pons y Centro de Estudios Registrales de Cataluña. pp. 103 y sigs., y 147.

[6] VV.AA., coord. por M. C. Gete-Alonso y Calera (2011). *Tratado de Derecho de Sucesiones,* Tomo II. Navarra: Thomson Reuters, p. 1848.

[7] En la materia, *vid.*, NÚÑEZ MUÑIZ, M. C., (2012). Revisión crítica y propuesta *lege ferenda* del concepto de legado de parte alícuota: cuestiones controvertidas sobre su posición en el reparto hereditario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.*

[8] FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A. (1996). La separación de hecho conyugal y la legítima del cónyuge viudo, *Actualidad Civil,* núm. 4, p. 879.

[9] SATORRAS FIORETTI, R. M. (2011). Los matrimonios con eficacia civil. En: C. Villagrasa Alcaide (coord.), *Derecho de Familia.* Barcelona: Bosch, p. 53.

[10] Desde el Decreto de 9 de febrero de 1875, contábamos en nuestro país con un sistema de matrimonio civil subsidiario. Ahora, en cambio, el modelo es el de matrimonio civil facultativo. Haciendo un breve recorrido histórico, afirma FERRER ORTIZ, J. (2008), en La eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesiásticas en el Derecho español. *Ius et Praxis*, núm. 14, vol. 2, p. 376, que «a lo largo de casi un siglo (1875-1981) el sistema matrimonial español estará centrado en el binomio matrimonio civil-matrimonio canónico; con la peculiaridad de que en todo ese tiempo las sucesivas redacciones del Código Civil, exceptuada la etapa republicana (1932-1938), reconocen el matrimonio canónico como una realidad con sustantividad propia». También habla del sistema matrimonial español como «electivo y facultativo» LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010), en *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Madrid: Marcial Pons, p. 34.

[11] En el artículo 42 del Código Civil se reconoce expresamente que «el matrimonio canónico, en cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general, a su reglamentación jurídica, se regirá por las disposiciones de la Iglesia católica».

[12] CAÑAMARES ARRIBAS, S. (2007). El sistema matrimonial español. En: M. A. JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, *Derecho Matrimonial Canónico y Eclesiástico del Estado.* Madrid: Colex, p. 257.

[13] Nos parece muy interesante la reflexión de FERRER ORTIZ, en *op. cit.*, p. 383, en la que expone una visión del derecho civil sobre la regulación matrimonial canónica en tres momentos diferenciados: «El Acuerdo sobre asuntos jurídicos dedica al matrimonio canónico el artículo 6 y el Protocolo final. El sistema en ellos delineado marca un hito en el Derecho matrimonial español y en el Derecho concordatario, porque supone la implantación de un nuevo modelo facultativo con tres momentos y distintas normas gravitando sobre cada uno de ellos. En el *momento constitutivo* el Estado contempla el matrimonio canónico como realidad autónoma que produce los mismos efectos que el matrimonio civil y reconoce a los ciudadanos la facultad de elegir libremente entre una u otra forma de celebración. En el *momento registral* el Estado supedita el pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico a la inscripción en el Registro civil para evitar que los matrimonios canónicos contrarios a su orden público alcancen eficacia civil. En el *momento procesal* los cónyuges pueden optar por la jurisdicción eclesiástica o por la jurisdicción civil para obtener la disolución o la declaración de nulidad del matrimonio canónico, pero las decisiones eclesiásticas solo tendrán efectos civiles si se declaran ajustadas al Derecho del Estado».

[14] Téngase en cuenta la modificación operada por la reciente Ley de Jurisdicción voluntaria, en el sentido siguiente: *Disposición final quinta. Modificación de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España*. Los apartados 2 y 5 del artículo 7 quedan redactados de la forma siguiente: «2. Las personas que deseen contraer matrimonio en la forma prevista en el párrafo anterior promoverán acta o expediente previo al matrimonio ante el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil correspondiente conforme a la Ley del Registro Civil».

«5. Una vez celebrado el matrimonio, el ministro de culto oficiante extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos y de las circunstancias del acta o expediente previo que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido, la fecha y número de protocolo en su caso. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la condición de ministro de culto, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias del acta o resolución diligencia expresiva de la celebración del matrimonio entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo del oficiante o de la entidad religiosa a la que representa como ministro de culto».

[15] Por su parte, la *Disposición final sexta. Modificación de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España,* de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, dice: Uno. Se modifica el Título de esta Ley que pasa a ser «Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Judías de España». Dos. Los apartados 2 y 5 del artículo 7 quedan redactados de la forma siguiente: «2. Las personas que deseen contraer matrimonio en la forma prevista en el párrafo anterior promoverán acta o expediente previo al matrimonio ante el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil correspondiente conforme a la Ley del Registro Civil». «5. Una vez celebrado el matrimonio, el ministro de culto oficiante extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos y de las circunstancias del expediente acta previa que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido, la fecha y número de protocolo en su caso. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la condición de ministro de culto, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias del acta o resolución previa de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo del oficiante o de la entidad religiosa que representa como ministro de culto». Tres. Se añade una nueva disposición adicional cuarta con la siguiente redacción: «Disposición adicional cuarta. Denominación de la Federación. Por acuerdo de las partes se procede a sustituir el nombre de Federación de Comunidades Israelitas de España por el de Federación de Comunidades Judías de España, que será utilizado en lo sucesivo. Las referencias realizadas a la Federación de Comunidades Israelitas de España en este Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, así como las que figuren en otras normas deberán entenderse hechas a la Federación de Comunidades Judías de España».

[16] En este punto, también ha intervenido la nueva Ley de Jurisdicción voluntaria, en el sentido siguiente: Disposición final séptima. *Modificación de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España*. Los apartados 2 y 3 del artículo 7 quedan redactados de la forma siguiente: «2. Las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante copia del acta o resolución previa expedida por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil conforme a la Ley del Registro Civil y que deberá contener, en su caso, juicio acreditativo de la capacidad matrimonial. No podrá practicarse la inscripción si se hubiera celebrado el matrimonio transcurridos más de seis meses desde la fecha de dicho acta o desde la fecha de la resolución correspondiente. 3. Una vez celebrado el matrimonio, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído aquel extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de las circunstancias del expediente o acta previa que necesariamente

incluirán el nombre y apellidos del Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido, la fecha y número de protocolo en su caso. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la capacidad representante de la Comunidad Islámica para celebrar matrimonios, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 3, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias del acta o resolución previa de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio, entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo de la Comunidad».

[17] *Vid*. en el Proyecto Disposición Final Primera, núm. 11: «1. El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de otras formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas produce efectos civiles. 2. Igualmente, se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España». Finalmente, el texto vigente de la nueva redacción del Código Civil es Doce. El artículo 60 queda redactado del siguiente modo: «1. El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de otras formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas produce efectos civiles. 2. Igualmente, se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España. En este supuesto, el reconocimiento de efectos civiles requerirá el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) La tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial con arreglo a la normativa del Registro Civil. b) La libre manifestación del consentimiento ante un ministro de culto debidamente acreditado y dos testigos mayores de edad. La condición de ministro de culto será acreditada mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, con la conformidad de la federación que, en su caso, hubiere solicitado dicho reconocimiento. 3. Para el pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio celebrado en forma religiosa se estará a lo dispuesto en el Capítulo siguiente».

[18] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1981). La ejecución de las sentencias eclesiásticas de separación matrimonial por la jurisdicción civil después de la Constitución: comentario a la STC de 26 de enero de 1981, *Revista española de Derecho Constitucional,* núm. 1, vol. 3, p. 153.

[19] En el artículo 6.1 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos «el Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico» y precisa que «se producen desde su celebración».

[20] BLANDINO GARRIDO, M. A. (2010). La separación matrimonial. En: A. ÁLVAREZ ALARCÓN, *Las crisis matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio.* Valencia: Tirant lo Blanch, p. 100.

[21] BLANDINO GARRIDO, *op. cit.*, p. 105.

[22] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2008). *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones.* Vol. IV. Madrid: Tecnos, pp. 471-472.

[23] MOLINA BALAGUER, F. (2006). La sucesión del cónyuge supérstite tras la Ley 15/2005 de 8 de julio, o cómo apreciar la separación de hecho, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 127, pp. 2341 y 2342.

[24] REAL PÉREZ, *op. cit.*, p. 1201.

[25] VV.AA., coord. por Gete-Alonso y Calera, *op. cit.*, p. 1931.

[26] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2014). *Derecho de Sucesiones. Principios de Derecho Civil VII*. Madrid: Marcial Pons, p. 191.

[27] VV.AA., coord. por Gete-Alonso y Calera, *op. cit.*, p. 1929.

[28] CASTILLA BAREA, M. (2011). La separación. En: M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS, *Tratado de Derecho de la Familia, vol. II, las crisis matrimoniales.* Pamplona: Thomson Reuters, p. 170.

[29] FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, *op. cit.*, p. 881 y LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010), en *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Madrid: Marcial Pons, p. 88.

[30] VV.AA., coord. por GETE-ALONSO Y CALERA, *op. cit.*, p. 1587. Ver, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 27 de febrero de 2009.

[31] VV.AA., coord. por GETE-ALONSO Y CALERA, *op. cit.*, p. 1855.

[32] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 423.

[33] Acerca de la posibilidad de los «legados legales» en el Código Civil con especial atención a la legítima: reflexiones críticas sobre doctrina y jurisprudencia, NÚÑEZ MUÑIZ; CUADRADO IGLESIAS, M. (2003), responsabilidad por razón de legados, en A. Cabanillas Sánchez (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo,* Tomo IV, Madrid, Civitas; MORETÓN SANZ, M.ª F. (2011). «La disposición del crédito hecha por el testador mediante legado: cláusulas testamentarias y legado de liberación o perdón de una deuda», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo, 725, 2011, pp. 1695-1707; MORETÓN SANZ, M.ª F. (2010), El legado alternativo y la facultad de elección o concentración: la mediación como fórmula recomendada judicialmente para la resolución de controversias patrimoniales y familiares derivadas de la sucesión *mortis causa, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. septiembre-octubre, 721, 2010, pp. 2406-2425.

[34] *Vid.* Resolución de 23 de junio de 1989 de la Secretaría General de la Seguridad Social: «La pensión de viudedad de los distintos Regímenes que componen el Sistema de la Seguridad Social, se reconocerá en lo sucesivo sin exigir, en ningún caso, el cumplimiento del requisito de convivencia a que se refiere el apartado a) del número 1 del artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social». El Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974 mantuvo el criterio de la Secretaría General de la Seguridad Social, por lo que basta el vínculo matrimonial para poder percibir la pensión de viudedad, sin exigencia de la convivencia actual de los cónyuges en el momento del fallecimiento de uno de ellos.

[35] En este sentido, es interesante la STS de 9 de febrero 2015, cuyo hecho causante se produce tras entrada en vigor Ley 40/2007. En dicha sentencia se recogen los requisitos de acreditación de la pareja de hecho, los cuales han sido confirmados por reiterada doctrina jurisprudencial (STS de 22 de septiembre de 2014), e incluso constitucional (SSTC 40/2014, 44/2014 y 45/2014).

1.5. Obligaciones y contratos

El incumplimiento esencial del contrato como categoría independiente del incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

The essential default of contract as a separate category of resolution default in the Supreme Court jurisprudence

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada y profesora del Máster de acceso a la Abogacía de la Universidad de La Rioja

RESUMEN: En este trabajo analizamos el incumplimiento esencial como categoría diferenciada del incumplimiento con carácter resolutorio tanto desde el punto de vista conceptual como desde su régimen jurídico. Dicha categoría se encuentra presente en el Derecho Contractual europeo y encuentra su base en la STS de 18 de noviembre de 2013 la cual ofrece una perspectiva novedosa del incumplimiento esencial centrándolo en la satisfacción del acreedor indagando en la causa concreta o base del negocio y aplicando criterios diferentes a los tradicionales de los incumplimientos prestacionales restitutorios basados en la gravedad del incumplimiento y el carácter principal de la prestación, dicho planteamiento tiene continuación en la STS de 29 de enero de 2014.

ABSTRACT: In this paper I will try to analyze the essential default as a separate category of resolution default both from the conceptual point of view and from their legal system. This category is present in European contract law and is based on the STS of 18 November 2013 which provides a new perspective of essential default focus on the creditor satisfaction inquiring into the specific cause or negotio base and applying different criterions to the traditional resolutions defaults based on the main character of the provision, this cuestion has continued on STS 29 January 2014.

PALABRAS CLAVE: Incumplimiento esencial. Nueva perspectiva. Resolución del contrato. Satisfacción del acreedor. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

KEY WORDS: Essential default. New perspective. Contract resolution. Satisfaction creditor. Supreme Court jurisprudence.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EN DERECHO COMPARADO: 1. CUESTIONES PREVIAS. 2. LA CAUSA DEL INCUMPLIMIENTO:

LOS MODELOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DEL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO.—III. EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EN LA STS DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2013.—IV. SU EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA STS DE 29 DE ENERO DE 2014.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. PLANTEAMIENTO

La resolución contractual por incumplimiento del contrato es uno de los supuestos más comunes de la práctica jurídica, pero no por ello deja de tener menos problemática. En los últimos tiempos se ha venido esgrimiendo una nueva categoría de incumplimiento con carácter resolutorio amparado en el Derecho contractual europeo: El incumplimiento esencial, dicha categoría ha quedado también reflejada en la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo que ha ido delimitando su concepto hasta culminar en la sentencia de 18 de noviembre de 2013 y después en la de 29 de enero de 2014 como vamos a analizar en este trabajo.

El incumplimiento esencial se sitúa como pieza básica del efecto resolutorio en los principales textos del Derecho Contractual Europeo como los Principios Unidroit, Principios del Derecho Europeo de contratos y Propuesta de Reglamento relativa a la normativa común de compraventa europea. La STS de 18 de noviembre de 2013 da un tratamiento autónomo a la categoría del incumplimiento esencial y la diferencia de otros incumplimientos resolutorios.

Así y desde un punto de vista metodológico, los tradicionalmente denominados incumplimientos prestacionales resolutorios se mueven en torno a la ejecución de la obligación debida o al ajuste del programa pactado de prestación. Desde esta perspectiva, su justificación se encuentra en el ámbito estricto de la prestación pactada, bien porque su efectivo cumplimiento no se ha adecuado al contrato o bien porque constituye una falta de ejecución de la obligación. A esta variante responderían los incumplimientos resolutorios que se derivan, por ejemplo, del *aliud pro alio* o del término configurado como esencial en el contrato. Por el contrario, la incidencia del incumplimiento esencial se sitúa en el plano de la satisfacción plena del interés del acreedor y no en el cumplimiento estricto de los deberes contractuales de la prestación pactada. Así entendido, el incumplimiento esencial gira en torno a la causa concreta del contrato o a la base del negocio, es decir, al propósito negocial pactado en el momento de su celebración.

Las diferencias entre el incumplimiento esencial y los denominados incumplimientos resolutorios existen no solo en cuanto a su delimitación conceptual sino también en lo relativo al régimen de aplicación. Como señala la STS de 18 de noviembre de 2013, los incumplimientos resolutorios se desenvuelven en el plano de los incumplimientos de los deberes propiamente contractuales y su interpretación se ciñe al alcance del desajuste o falta de ejecución del programa prestacional establecido, en cambio, el incumplimiento esencial, centrado en el plano de la satisfacción del acreedor y no tanto en la exactitud de la prestación realizada, desplaza el juicio interpretativo o ponderativo al plano causal del contrato desde la perspectiva de la base del negocio, de la causa concreta del mismo o de la naturaleza y caracterización básica del tipo negocial llevado a la práctica.

Sobre esta base, la perspectiva interpretativa del incumplimiento prestacional resolutorio tiene un carácter objetivo, en la que bastaría examinar lo pactado en el contrato para, por ejemplo, determinar el término del mismo o el incum-

plimiento de su prestación principal. En cambio, el incumplimiento esencial se centra en un elemento subjetivo referido a la indagación de la causa concreta del contrato o base del negocio.

Las consecuencias que se derivan de ello son como señala (SÁNCHEZ MARTÍN, 2014)[1] las siguientes:

1. La primera es la no asimilación de los conceptos de gravedad del incumplimiento y esencialidad. La razón en base a la STS de 18 de noviembre de 2013 es que el juicio de gravedad quedaría enmarcado y limitado en el ámbito de las obligaciones principales del contrato para condicionar el alcance resolutorio por el desajuste de estas obligaciones principales, diferenciándose así, de los incumplimientos leves o infracciones mínimas que no producirían ese efecto (STS de 18 de mayo de 2012). En cambio, el juicio de ponderación en el ámbito del incumplimiento esencial puede alcanzar a la totalidad de las prestaciones pactadas, aun cuando sean accesorias o meramente complementarias, si del resultado de tal juicio valorativo se infiere que, pese a su carácter accesorio, fueron estas prestaciones las determinantes para la celebración del contrato. Se trata, por tanto, de una perspectiva interpretativa más amplia.
2. La segunda consecuencia es que el incumplimiento esencial no está condicionado por la existencia de reciprocidad que el artículo 1124 del Código Civil impone como necesario presupuesto de aplicación del marco resolutorio, en la medida en que su ámbito puede extenderse a las obligaciones meramente accesorias o complementarias que no responden del necesario sinalagma de las obligaciones principales.
3. La tercera es que el juicio de ponderación en el incumplimiento esencial, alcanza a la idoneidad de los resultados, beneficios o utilidades que, desde una perspectiva lógica, cabía esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado. En este ámbito tienen cabida los supuestos de prestaciones defectuosas por falta de idoneidad, cuya trascendencia resolutoria no vendría del examen del ajuste al programa prestacional pactado, ya que no se trataría de un incumplimiento grave, sino que dicho efecto se infiere del juicio de ponderación implícito al incumplimiento esencial.

El TS sigue esta línea interpretativa en su evolución posterior, en concreto en la sentencia de 29 de enero de 2014 como vamos a estudiar después.

II. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EN DERECHO COMPARADO

1. Cuestiones previas

Como indica BEALE[2] la resolución atiende en general a dos funciones o intereses: a) proteger a la parte cumplidora y perjudicada por el incumplimiento y, b) presionar a la parte incumplidora para que verifique el incumplimiento. Están en liza los intereses de ambas partes contratantes y el legislador, al optar por una u otra regulación, debe tender a equilibrar la balanza[3]. Los instrumentos que se ofrecen al legislador para lograr este objetivo son variados y su combinación configura los distintos modelos existentes en el Derecho comparado para la resolución contractual. A la hora de decidirse por un modelo u otro, pesa en los sistemas la tradición histórico-dogmática así como razones de índole económica. Estas últimas han inspirado en los códigos de nuevo cuño como Holanda o en las recientes reformas legislativas, una flexibilización de los requisitos de

la resolución con la finalidad de facilitarla. Así ha ocurrido en el BGB en el que la mayor facilidad que tiene el acreedor para resolver el contrato, no va en detrimento del principio *pacta sunt servanda*, sino que por el contrario, garantiza una mayor justicia contractual.

El remedio resolutorio tiene como fundamento común en todos los sistemas la equidad y el sinalagma. En los contratos sinalagmáticos o bilaterales cada una de las partes solo está obligada a realizar su prestación bajo reserva de recibir la que le ha sido prometida y en consecuencia, frente al incumplimiento de la otra parte, el perjudicado tiene derecho a liberarse de la obligación que le incumbe. No obstante y pese a que el tradicional punto de partida de la resolución es un contrato sinalagmático, es posible observar diferencias entre los sistemas comparados en cuanto a la rigurosidad en la exigencia del requisito del sinalagma. Así en el ordenamiento jurídico italiano, belga, alemán y en el español la resolución requiere la existencia de un contrato sinalagmático perfecto, es decir, no basta que en un mismo contrato se establezcan prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de una ha de ser querida como equivalente de la otra, existiendo entre ellas una mutua condicionalidad. Sin embargo, en Francia una parte importante de los autores se pronuncia en el sentido de admitir la resolución en los contratos sinalagmáticos imperfectos y en los unilaterales a título oneroso, doctrina que ha encontrado eco en la jurisprudencia francesa.

Más allá va el Código Civil holandés, al extender de modo positivo el remedio resolutorio a otras relaciones jurídicas que tengan por objeto prestaciones recíprocas, en la medida en que la propia naturaleza de las relaciones no se oponga a ello. Asimismo el artículo 6: 279.1 BW contempla la posibilidad del ejercicio de la resolución en los contratos plurilaterales.

Comentario aparte merece el sistema inglés, hay que recordar que en el sistema de *Common Law* un acuerdo no puede calificarse como contrato en ausencia de *consideration.* Bajo la cobertura de la teoría de la *consideration,* puede decirse que todos los contratos reclaman la idea de reciprocidad entre las partes. En el sistema continental esta institución se encuadra en el ámbito de la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones[4].

En el sistema de *Common Law*, a los efectos de la procedencia de la resolución, más que la distinción entre contrato unilateral o bilateral importa la que distingue entre obligaciones independientes en las que no tiene cabida el remedio resolutorio y obligaciones dependientes. Dentro de estas es posible distinguir a su vez entre la dependencia unilateral y la interdependencia. Tratándose de obligaciones dependientes, el incumplimiento de la obligación a cargo de una de las partes legitima a la otra para rechazar el cumplimiento de su propia obligación, es decir, para el ejercicio de la denominada *exceptio non adimpleti contractus*, que en los ordenamientos continentales suele ir unida al derecho a resolver el contrato, sin embargo no ocurre así en el sistema anglosajón en el que a lo anterior hay que unir otros requisitos.

En primer lugar, se precisa la existencia de una *condiction,* cláusula que por oposición a la *warranty* permite la resolución contractual en caso de incumplimiento (la *warranty* solo da lugar a la responsabilidad del deudor). En segundo lugar, se permite a un contratante resolver el contrato ante una *renunciation* del contrato por la otra parte, si bien hay que aclarar que para que opere el remedio resolutorio es necesario que socave las bases del contrato.

Al requisito del sinalagma hay que añadir otro que constituye legalmente la base del remedio resolutorio: el incumplimiento por parte del deudor, pero aunque la circunstancia es común a los sistemas comparados, las discordancias surgen a

la hora de su calificación. Junto a aquellos ordenamientos en los que el incumplimiento resolutorio ha de ser culpable (sistemas subjetivos) se sitúan aquellos que prescinden del criterio de imputación del incumplimiento (sistemas objetivos).

Pero el principal debate en el Derecho comparado se suscita en relación al procedimiento a través del cual el acreedor insatisfecho puede obtener la resolución del contrato, las divergencias entre ordenamientos se acentúan y permiten distinguir tres modelos de resolución; a) la resolución judicial, b) la resolución extrajudicial mediante declaración unilateral del acreedor y c) la llamada resolución automática.

2. La causa del incumplimiento: los modelos subjetivos y objetivos del incumplimiento resolutorio

En los sistemas basados en la culpa la resolución aparece con un acusado carácter de sanción y se concibe como un reproche a la conducta negligente o dolosa del deudor incumplido. Como consecuencia de la exigencia de culpa, en este modelo no hay una construcción unitaria del sistema de remedios frente al incumplimiento, sino que combina el concepto subjetivo de incumplimiento con la teoría de los riesgos.

Así en la hipótesis del incumplimiento no culpable (imposibilidad sobrevenida de la prestación sin culpa ni dolo del deudor), se acude a la doctrina de los riesgos, ligada a la naturaleza del contrato sinalagmático y que pretende resolver cuál es la suerte de la contraprestación y en definitiva del contrato, cuando al deudor le resulte imposible realizar su prestación como consecuencia del caso fortuito o fuerza mayor. En tales supuesto, se entiende que las obligaciones correlativas se extinguen y el contrato queda resuelto de pleno derecho y *ex nunc*.

Es el caso de Bélgica o de Italia donde el *Code civile* prevé tres supuestos: a) resolución por incumplimiento, b) resolución por imposibilidad sobrevenida y c) resolución por excesiva onerosidad de la prestación.

En España la doctrina tradicional[5] y también la jurisprudencia venían exigiendo el incumplimiento culpable como fundamento de la resolución[6] y aplicaba al caso fortuito la doctrina de los riesgos *ex* artículos 1182 y 1184 del Código Civil. En tales supuestos, se entendía que las obligaciones correlativas se extinguían y el contrato quedaba resuelto de pleno derecho y *ex tunc*. Sin embargo, las más modernas opiniones han superado la concepción subjetivista y entienden que el artículo 1124 del Código Civil no distingue sobre imputabilidad o no del incumplimiento y la referencia a la imposibilidad en su párrafo segundo puede aludir mejor a la fortuita que a la culpable[7]. Este modelo objetivista ha penetrado también en la jurisprudencia del TS y puede decirse que actualmente constituye la línea mayoritaria[8]. En esta línea, la Propuesta de Modernización del Código Civil español construye el concepto de incumplimiento independientemente de toda culpa[9].

Los ordenamientos que optan por el modelo objetivo de la resolución construyen de forma unitaria el concepto de incumplimiento y el cuadro de remedios frente al mismo. En este modelo la resolución no se concibe como sanción sino que es liberación del acreedor insatisfecho ante la falta de cumplimiento. Esta concepción es la clásica del sistema anglo americano, donde la noción de incumplimiento se elabora al margen de la culpa del deudor, en la medida en que el contratante no se vincula en torno a la promesa de su conducta futura, sino en cuanto a un resultado.

El modelo objetivo inspira la regulación del remedio resolutorio en los ordenamientos de los países nórdicos y es la tendencia adoptada por los nuevos Códigos Civiles y las recientes reformas europeas así como en el Derecho uniforme.

En el Derecho uniforme triunfa también la misma tendencia objetiva. El artículo 7.1.1 PU define el incumplimiento como «la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío», noción en la que cabe tanto el incumplimiento excusable por concurrir causa de fuerza mayor como el no excusable. El acreedor insatisfecho no está facultado para reclamar el cumplimiento específico o el resarcimiento de daños y perjuicios ante un incumplimiento inexcusable, pero sí tiene derecho a resolver el contrato con total independencia del criterio de imputación (art. 7.3.1 PU).

De forma parecida, en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías se regula el incumplimiento como cualquier infracción de la regla contractual, con independencia de la idea de culpa en el contratante incumplidor o si la obligación se ha hecho sobrevenidamente imposible sin culpa de aquel. En ambos casos, la parte perjudicada podrá acudir al remedio resolutorio siempre que se den las demás condiciones requeridas para el mismo (incumplimiento esencial).

E igualmente, la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo, relativo a una normativa común sobre la compraventa europea, en su artículo 87 define el incumplimiento de una obligación como «cualquier falta de ejecución de dicha obligación, sea o no por causa justificada».

Hay otros ordenamientos que, habiendo optado en principio por una concepción objetivista, contemplan especialidades en relación a la imposibilidad sobrevenida de la prestación, abriendo un resquicio a la doctrina de los riesgos. Se trata de modelos que pueden calificarse como intermedios.

Un ejemplo puede verse en el ordenamiento suizo, según dispone el artículo 107.2 CO, una vez que el deudor está en mora, el acreedor podrá resolver el contrato con independencia de que la mora sea o no culpable, es decir, si ignoraba de manera excusable la existencia de la deuda o su exigibilidad e incluso si «dificultades insalvables» le han impedido cumplir a tiempo. No obstante, si la prestación deviene imposible por causa no imputable y antes de ser constituido en mora, el artículo 119.2 aplica la doctrina de los riesgos y prevé la extinción automática.

En la misma vía intermedia se encuentran los PECL y el DCFR, el artículo 1:301 de los PECL acoge un concepto unitario y objetivo del incumplimiento, definiéndolo como cualquier contravención de la obligación contractual, tanto si es excusable como si no lo es. Pese a ello, siendo el sistema general previsto para el ejercicio del remedio resolutorio una notificación del acreedor dirigida al deudor, de modo excepcional, cuando el incumplimiento se deba a un impedimento total y permanente de la que el deudor no ha de responder, tal exigencia de notificación desaparece y el contrato queda resuelto automáticamente. En justificación de esta solución se alega precisamente la existencia de ordenamientos en el Derecho comparado en los que el contrato queda «automáticamente destruido» como consecuencia de la imposibilidad de cumplimiento.

Del mismo modo, en el Marco Común de Referencia se dispone que si el impedimento excusable es permanente se extingue la obligación y su recíproca.

III. EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2013

La sentencia del TS de 18 de noviembre de 2013 establece las directrices para determinar cuándo un incumplimiento de un contrato debe considerarse como esencial y, por ello, como determinante de la resolución del contrato.

El actor suscribió con el demandado un contrato de prestación de servicios para el desarrollo de una actividad de promoción de suelo y construcción inmobiliaria solicitando judicialmente que se declarase resuelto ante el incumplimiento de la parte obligada a prestarlos.

La sentencia del TS de la que es ponente el Magistrado Don Francisco Javier ORDUÑA, tras confirmar que la valoración probatoria de la Audiencia fue correcta, sitúa la controversia en la delimitación de la categoría del incumplimiento esencial y su diferente aplicación respecto de los denominados incumplimiento resolutorios.

Para la Sala, la tipicidad del incumplimiento esencial permite otorgarle una categoría propia y diferenciada dentro del marco general del incumplimiento obligacional con trascendencia resolutoria. Tradicionalmente, los incumplimientos resolutorios gravitan sobre la ejecución de la prestación debida, sea porque no se ejecuta o porque se cumple de forma defectuosa.

La sentencia de Primera Instancia admite la necesidad del incumplimiento como eje de la resolución contractual, pero precisa que no todo incumplimiento da lugar a la resolución y a justificarla cuando se realiza unilateralmente y de forma anticipada a la finalización del contrato; de forma que resulta aplicable respecto de obligaciones esenciales del contrato que impliquen una voluntad rebelde al cumplimiento de las mismas, y no a un simple defectuoso incumplimiento, que es lo que aprecia en el presente caso estimando parcialmente la demanda, y condenando a la demandada a que pague a la actora la suma de 1.057.206,90 euros.

Por el contrario, la sentencia de la Audiencia, con apoyo en el moderno derecho de contratos: Convenio de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderias, Principios UNIDROIT y Principios del Derecho Europeo de Contratos, incide en la categoría del denominado incumplimiento esencial para estimar que, de acuerdo con la importante contraprestación económica pactada como retribución de los servicios, era esperable por la demandada que la actora desplegase una actividad en el desarrollo de las funciones estipuladas muy superior a la realmente realizada, que no puede sino calificarse de mínima e insuficiente, privando sustancialmente a la demandante de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con lo estipulado en el contrato y que permite calificar de esencial el incumplimiento realizado con eficacia resolutoria.

Desde el ámbito conceptual, si bien debe partirse que en nuestro sistema contractual la categoría del incumplimiento esencial no resulta comprensiva de la tipología de los incumplimientos resolutorios, no obstante, su tipicidad permite considerarla como una categoría propia y diferenciada dentro del marco general del incumplimiento obligacional con trascendencia resolutoria *ex* artículo 1124 del Código Civil.

Si se repara en la dinámica de la obligación se observa como la incidencia de los tradicionalmente denominados incumplimientos prestacionales gravitan en orden a una variante del incumplimiento que se basa en la ejecución de la prestación debida; en la terminología de los textos de armonización porque dicho

cumplimiento no se ajusta al contrato o bien constituye una falta de ejecución de la obligación. A ello responden los supuestos tradicionalmente encuadrados dentro de los incumplimientos resolutorios que se derivan de la prestación defectuosa, del *aliud pro alio*, del término configurado como esencial y, en su caso, de la excepción de contrato cumplido (SSTS de 18 de mayo de 2012, 8 de enero de 2013 y 11 de abril de 2013).

Fuera de este ámbito conceptual, la categoría del incumplimiento esencial se aleja de la variante de la prestación debida para basarse más bien, en la coordenada de la satisfacción del interés del acreedor, en donde el centro de atención no se sitúa ya tanto en el posible alcance del incumplimiento de estos deberes contractuales previamente programados y, en su caso, inplementados conforme al principio de buena fe contractual, sino en el plano de satisfacción del cumplimiento configurado en orden a los intereses primordiales que justificaron la celebración del contrato y que, por lo general, cursan o se instrumentalizan a través de la base del negocio, la causa concreta del contrato, ya expresa o conocida por ambas partes, o la naturaleza y características del tipo contractual llevado a cabo. Instrumentación técnica que concuerda, por lo general, con las expresiones al uso ya en relación a la privación sustancial de «todo aquello que cabe esperar en virtud del contrato celebrado», en la formulación de los textos de armonización, o bien, en terminología más jurisprudencial, respecto de la frustración del «fin práctico» perseguido, de la «finalidad buscada» o de las «legítimas expectativas» planteadas.

En este marco, conviene señalar que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala ha resaltado el papel del plano de satisfacción del cumplimiento en el contexto de la dinámica contractual.

En la línea expuesta, y a título ejemplificativo, se ha destacado la instrumentación técnica de la base del negocio como criterio de interpretación contractual en orden a la delimitación del carácter esencial del término establecido (STS de 20 de noviembre de 2012), de la calificación del contrato celebrado (STS de 26 de marzo de 2013), del objeto contractual proyectado (STS de 12 de abril de 2013), de su determinación en el marco de una relación negocial compleja (STS de 23 de mayo de 2013) como, en su caso, de su incidencia y función en orden a la tipicidad contractual de la cláusula *rebus sic stantibus* (entre otras, SSTS de 17 y 18 de enero de 2013, de 8 de octubre de 2012, y 26 de abril de 2013).

En parecidos términos, el plano de la satisfacción de los intereses del acreedor ha sido tenido en cuenta a la luz de la naturaleza y caracterización del tipo contractual llevado a cabo por las partes; SSTS de 26 de noviembre de 2012 y 8 de marzo de 2013 y, en general, a la hora de determinar el cumplimiento obligacional en los supuestos de retraso y determinabilidad del plazo de entrega (STS de 11 de abril de 2013), así como de su proyección en los supuestos de licencia de primera ocupación y del aval en garantía (SSTS de 25 de octubre de 2011 y 10 de diciembre de 2012).

La delimitación de los elementos conceptuales en los que se articula la categoría del incumplimiento esencial también sirve de marco de referencia en orden a establecer unas directrices acerca de la diferenciación de su régimen aplicativo. En este sentido, pueden señalarse los siguientes criterios en orden a su incidencia en la dinámica resolutoria de la obligación:

i) En primer término, debe destacarse que la categoría del incumplimiento esencial responde a un notable grado de especialización en su régimen aplicativo en la medida en que su interpretación, en el marco de la relación contractual, no

opera en el mismo plano valorativo que el de los denominados incumplimientos prestacionales. En este sentido, mientras que estos quedan residenciados en el plano de los incumplimientos de los deberes contractuales y su ponderación se cifra en el alcance del desajuste o falta de ejecución, observado objetivamente desde el programa prestacional establecido; el incumplimiento esencial se centra primordialmente, tal y como se ha expuesto, en la coordenada satisfactiva del cumplimiento y, en consecuencia, no tanto en la exactitud o ajuste de la prestación realizada, sino en la perspectiva satisfactiva del interés del acreedor que informó o justificó la celebración del contrato; de forma que su valoración e interpretación en el fenómeno contractual se amplía al plano causal del contrato y a su peculiar instrumentación técnica a través de la base de negocio, de la causa concreta del mismo o a la naturaleza y caracterización básica del tipo negocial llevado a la práctica.

ii) Esta perspectiva metodológica determina que la valoración del alcance o de la transcendencia resolutoria del incumplimiento en cuestión también opere en planos diferenciables, de suerte que los tradicionales conceptos de «gravedad» y de «esencialidad» no resultan asimilables, a estos efectos, en el marco de la interpretación de la relación contractual. Así, mientras que el primero queda referenciado o enmarcado en el juego de las obligaciones principales del contrato, de forma que solo el desajuste o la falta de ejecución de estas obligaciones principales comportan un alcance propiamente resolutorio, a diferencia de los denominados incumplimientos leves o infracciones mínimas (SSTS de 18 de mayo de 2012 y 14 de noviembre de 2012); el segundo, por su parte, escapa a dicho enfoque pudiendo alcanzar su ponderación al conjunto o totalidad de prestaciones contractuales, sin distinción, ya sean estas de carácter accesorio o meramente complementarias, si de la instrumentación técnica señalada se infiere que fueron determinantes para la celebración o fin del contrato celebrado.

iii) Como secuencia o consecuencia lógica de lo anteriormente expuesto, el régimen del incumplimiento esencial, como incumplimiento resolutorio, no queda condicionado por el principio de reciprocidad que dibuja la sinalagmaticidad de la relación obligatoria ya que puede extenderse al ámbito de obligaciones que no formen parte del sinalagma en sentido estricto, caso de las obligaciones accesorias, de carácter meramente complementario.

iv) Por último, y como proyección del presupuesto causal que informa su régimen, y conforme a su moderna formulación en los textos de referencia, el incumplimiento esencial también se proyecta como una valoración o ponderación de la idoneidad de los resultados, beneficios o utilidades que lógicamente cabía esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado (SSTS de 18 de mayo de 2012, 29 de octubre de 2012 y 8 de noviembre de 2012, en relación con la conformidad en la entrega de la cosa; y STJUE de 3 de octubre de 2013 en relación a la falta de conformidad y su proyección en la reducción del precio o, en su caso, resolución del contrato).

El presente caso resulta ilustrativo de la conveniencia de la profundización conceptual del incumplimiento esencial, como categoría jurídica, y de su diferente régimen de aplicación en el marco de la dinámica resolutoria del contrato. Así, para la sentencia de Primera Instancia, desde una concepción tradicional e indiferenciada de los incumplimientos resolutorios, centrada exclusivamente en el plano de la ejecución de los deberes contractuales, se estima la indemnización por daños y perjuicios en favor de la actora al considerar que por la demandada no se ha justificado el incumplimiento de las obligaciones principales del contrato,

ni tan siquiera el cumplimiento defectuoso de las mismas. Por el contrario, la sentencia de la Audiencia, desde una concepción diferenciadora del incumplimiento esencial, apoyada en los modernos textos de referencia de Derecho Contractual Europeo, estima la resolución contractual sin indemnización alguna porque, con independencia de la particular ejecución de determinados deberes contractuales, desde la perspectiva de satisfacción de los intereses del acreedor, conforme a la elevada retribución de los servicios solicitados y a la consideración de las cualidades patrimoniales, profesionales y personales *(intuitu personae)* que fueron determinantes de la contratación, la actividad desplegada privó sustancialmente a la demandada de los resultados y expectativas que tenía derecho a esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado.

IV. SU EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA STS DE 29 DE ENERO DE 2014

El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la resolución del contrato de compraventa de vivienda por incumplimiento del plazo de entrega y su relación con la interpretación o determinación del mismo. En el ejercicio de la facultad resolutoria se discute el alcance del plazo de entrega y en atención a los criterios interpretativos, en concreto al sentido literal como presupuesto impulsor del fenómeno interpretativo, se alcanza la conclusión de la flexibilidad en su concreta determinación.

En el *iter procesal* el procedimiento se inicia por demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de resolución de contrato de compraventa por incumplimiento de la vendedora al no respetar el plazo de la entrega de la vivienda y por incumplimiento de la entrega de avales o garantías de las cantidades entregadas a cuenta, como exige la Ley 57/1968. La demandada se opuso a la demanda y formuló reconvención solicitando el cumplimiento del contrato y condena al abono del precio pactado.

La sentencia de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, declarando resuelto el contrato de compraventa, al tiempo que desestimó la reconvención.

La sentencia de Apelación estima el recurso de la demandada y revoca la sentencia de Primera Instancia, considerando que no ha existido incumplimiento por parte de la vendedora en la entrega de la vivienda en el plazo pactado, ya que se contemplaba la posibilidad de que dicha fecha, que era aproximada, se viera ampliada en tres meses, lo que determina que la entrega de la misma se efectuó dentro de esa prórroga no existiendo incumplimiento alguno por ese motivo, al no tener dicho término el carácter de esencial y no haberse pactado expresamente que diera lugar a la resolución del contrato sino al abono de una indemnización al comprador. Respecto a la falta de cumplimiento por la vendedora de las obligaciones recogidas en la Ley 57/1968 y LOE, pese a ser expresamente admitido dicho incumplimiento, entiende que el mismo no puede dar lugar a la resolución del contrato de compraventa, ya que dicho incumplimiento tendrá una sanción pero no da lugar a exigir la resolución de contrato.

Al amparo del ordinal segundo del artículo 477.2 LEC, la parte demandante interpone recurso de casación que articula en seis motivos. En el primer motivo denuncia la infracción de los artículos 1124, 1504, en relación con los artículos 1115, 1123, 1125, 1256, 1258 y 1461 del Código Civil en relación con el artículo 1.1 de la Ley 57/1968.

Considera el recurrente que para que proceda la resolución del contrato de conformidad con el artículo 1124 del Código Civil debe darse un incumplimien-

to grave que recaiga sobre las condiciones esenciales del contrato, al frustrarse el fin perseguido por aquel, como es la fecha de entrega de la vivienda que no puede dejarse al arbitrio de la vendedora. La prórroga que la sentencia aplica mecánicamente sobre el plazo pactado no puede hacerse de manera automática, sin tener en cuenta si el retraso era por causas imputables a la promotora. Resulta abusiva la cláusula que suponga la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionada a la voluntad del empresario. El segundo motivo alega la infracción de los artículos 1124, 1089, 1091, 1096, 1101, 1256, 1258 y 1445 del Código Civil y artículo 1 y 8 de la Ley en Defensa de los consumidores y usuarios vigente a la fecha de suscripción del contrato, al no haberse tenido en cuenta la incidencia que podía tener en el cumplimiento del contrato la falta de licencia final de obra y la de primera ocupación. La entrega del bien no es un acto meramente formal, sino que exige entrega efectiva, material y administrativamente, para su ocupación, lo que exige que dicha licencia de primera ocupación esté en posesión del vendedor, cosa que no ha ocurrido en el presente caso, por lo que no fue entregada la vivienda en plazo. El tercer motivo alega la infracción del artículo 1124 del Código Civil en relación con los artículos 1, 3 y 7 de la Ley 57/1968 sobre percepción de cantidades entregadas en la construcción y venta de viviendas, en relación con la disposición adicional 1.ª de la LOE y artículo 2 de la Ley 57/1968, en relación con la STS de 26 de septiembre de 2002, que recogen una serie de requisitos imperativos que no pueden dejar de aplicarse por la sentencia recurrida, la cual si bien reconoce su incumplimiento, rechaza el efecto de resolución del contrato, desconociendo los derechos de los consumidores y oponiéndose a la jurisprudencia existente sobre estos efectos. El cuarto motivo alega la infracción de los artículos 1256 y 1258 del Código Civil así como la doctrina contenida en la SSTS de 15/7/1977, 6/6/1991 y 16 de marzo de 2009, que sostienen el carácter esencial del plazo de entrega de la vivienda, sin que pueda quedar la misma al arbitrio del vendedor. El quinto motivo alega la infracción del artículo 1281.1 del Código Civil, al no respetarse el tenor literal del contrato en relación con el plazo de entrega y la posibilidad de su prórroga por tres meses, que no se configura como automática, como hace la sentencia recurrida, sino que ha de probarse que el retraso no es imputable a la vendedora, cosa que no se ha acreditado. El sexto y último motivo alega la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina contemplada en las SSTS de 26 de septiembre de 2002 y de 14 de noviembre de 1998, que recogen casos similares al litigioso, dando lugar a la resolución del contrato.

En relación con la cuestión central relativa a la determinabilidad y alcance del plazo de entrega dispuesto por las partes que afecta, en su conjunto, a los motivos formulados, y particularmente a los quinto y sexto, debe señalarse, conforme al criterio hermenéutico seguido por la sentencia recurrida, que desde la interpretación gramatical, referida al «sentido literal» como presupuesto impulsor del fenómeno interpretativo, cuando los términos son claros y no dejan lugar sobre la intención querida por los contratantes, se infiere de la estipulación cuarta del contrato que las partes no configuraron el plazo de entrega como un término o plazo esencial en orden al cumplimiento del contrato (SSTS de 14 y 20 de noviembre de 2012). En este sentido debe entenderse que el plazo de terminación de las obras, en sí mismo considerado, se configure de un modo «aproximado» respecto a la fecha señalada, que se exceptúe del mismo los retrasos derivados por la licencia de primera ocupación imputables a la Administración y que, en definitiva, se amplíe automáticamente dicho plazo en tres meses a los efectos de la posible demora en la terminación de las obras de construcción.

Del contexto interpretativo expuesto, motivo primero y cuarto del recurso, también se desprende que la determinabilidad del plazo de entrega así dispuesto tampoco se deja al arbitrio del vendedor en orden al cumplimiento de la obligación (1256 del Código Civil), pues si bien es cierto que dicha literalidad configura de forma flexible el plazo de entrega, favoreciendo el marco temporal de cumplimiento del vendedor, no obstante, es susceptible de quedar concretado o plenamente determinado desde la propia interpretación de la estipulación del contrato, tal y como hace la sentencia recurrida respecto del primero de julio de 2008 como fecha límite para la terminación de las obras (STS de 12 de julio de 2012).

En parecidos términos, motivos primero y tercero del recurso, debe puntualizarse que excluida la configuración del plazo de entrega como término esencial, esto es, fuera del campo de actuación de los incumplimientos resolutorios, propiamente dichos, la prevalencia del plano satisfactorio del cumplimiento hace que el mero retraso pueda carecer de transcendencia resolutoria, como en el presente caso, cuando su incidencia no frustra la finalidad o base del contrato y el cumplimiento, levemente tardío, sigue siendo útil e idóneo para la satisfacción de los intereses de la contraparte (STS de 11 de abril de 2013).

Por lo que se refiere a la licencia de primera ocupación, motivo segundo del recurso, esta Sala ha resaltado su plena imbricación en la estructura contractual ya por la voluntad de las partes con estipulación expresa al respecto, o bien como un elemento natural de la propia obligación de entrega de la cosa (STS de 8 de noviembre de 2012), no obstante, y conforme a la reciente doctrina jurisprudencial sentada, también hay que puntualizar que cuando falta dicha estipulación al respecto, supuesto del presente caso, su transcendencia resolutoria también requiere que su falta o tardía obtención comporte un incumplimiento esencial de la obligación de entrega de la cosa y, por extensión, conforme a lo anteriormente expuesto, una frustración del plano satisfactorio del acreedor o contraparte; cuestión que, como se ha señalado, no se produce en el presente caso, en donde la licencia de primera ocupación consta en poder de la promotora el 29 de agosto de 2008, fecha próxima al plazo límite de terminación de las obras, 1 de julio de 2008, referencia que es tomada en consideración en la reglamentación contractual respecto a la determinación del plazo de entrega.

Por último, por lo que se refiere al aval en garantía, motivo tercero del recurso, al igual que lo expuesto respecto de la licencia de primera ocupación, debe señalarse que esta Sala ha resaltado su papel en la estructura y ejecución del contrato, ente otras SSTS de 25 de octubre de 2011, 10 de diciembre de 2012 y 11 de abril de 2013 (núm. 221/2013), de forma que superada la fase de pendencia de la obra proyectada, sin exigencia al respecto, y estando en la fase de realización o construcción terminada de la vivienda, supuesto del presente caso, su exigibilidad carece de autonomía pues su función se reconduce al ámbito propio del cumplimiento de la obligación, con la entrega o puesta a disposición de la vivienda.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALBADALEJO, M. (1989). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* T. XVI, vol. 1. Madrid: Edersa.

CASTILLA BAREA, M. (2001). *La imposibilidad de cumplir los contratos.* Madrid: Dykinson.

CLEMENTE MEORO, M. E. (2011). *La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de*

la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española. Madrid: Boletín del Ministerio de Justicia.
DÍEZ PICAZO, L., ROCA, E. y MORALES, A. M. *Los principios del Derecho Europeo de Contratos.* Madrid: Civitas.
O´CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2012). *Cumplimiento e incumplimiento del contrato.* Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
ORDUÑA MORENO, J. (1998). *Derecho de obligaciones y contratos.* Valencia: Tirant lo Blanch.
PALAZÓN GARRIDO, M.ª L. (2014). *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho Comparado.* Navarra: Aranzadi.
SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2014). Incumplimiento esencial versus incumplimiento prestacional con trascendencia resolutoria. Una apuesta por su clarificación doctrinal y práctica. *Diario La Ley,* núm. 8318, Sección Tribuna 26 de mayo de 2014.
SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2004). *Resolución por incumplimiento y modalidades para su ejercicio.* Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
VAQUER ALOY, A. (2003). Incumplimiento del contrato y remedios en S. Cámara Lapuente (coord.) *Derecho Privado Europeo.* Madrid: Colex.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 25 de octubre de 2011
- STS de 18 de mayo de 2012
- STS de 8 de octubre de 2012
- STS de 29 de octubre de 2012
- STS de 8 de noviembre de 2012
- STS de 14 de noviembre de 2012
- STS de 20 de noviembre de 2012
- STS de 26 de noviembre de 2012
- STS de 10 de diciembre de 2012
- STS de 8 de enero de 2013
- STS de 17 de enero de 2013
- STS de 18 de enero de 2013
- STS de 8 de marzo de 2013
- STS de 26 de marzo de 2013
- STS de 11 de abril de 2013
- STS de 26 de abril de 2013
- STS de 23 de mayo de 2013
- STS de 18 de noviembre de 2013
- STS de 29 de enero de 2014
- STJUE de 3 de octubre de 2013

NOTAS

[1] SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2014). Incumplimiento esencial versus incumplimiento prestacional con trascendencia resolutoria. Una apuesta por su clarificación doctrinal y práctica. *Diario La Ley*, núm. 8318, Sección Tribuna, 26 de mayo de 2014.

[2] *Vid.* «Remedies: Termination», en AA.VV, *Towards a European Civil Code,* 2.º ed., The Hague-Boston-London Kluwer International, 1998, pp. 349-350.

[3] En este sentido, señala Treitel, que cuando un sistema legal procede a la regulación de la resolución por incumplimiento tiene que alcanzar el equilibrio entre los intereses en juego: en un extremo se sitúa el interés de la parte perjudicada por el incumplimiento, a la que se reconoce el derecho de resolución; en el otro, el de la parte incumplidora, a la que se debe dotar de ciertos mecanismos de protección.

[4] LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A. (2000). *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Volumen 1.º Parte general, Teoría general del contrato. Madrid: Dykinson.

[5] ROCA SASTRE; L. (1948). *El riesgo en la compraventa*. Madrid

[6] Se resumía por el TS en la exigencia por parte del incumplidor de una «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido», tantas veces repetida en la jurisprudencia. Pero desde 1983 la doctrina jurisprudencial se modifica en un sentido menos subjetivista y el TS empieza a hablar de un «hecho obstativo con los caracteres de indubitado y absoluto, en el sentido de que de modo definitivo e irreformable impida el cumplimiento de la obligación a su cargo».

[7] Para un amplio desarrollo de la cuestión, SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2004). *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

[8] SSTS 11 de noviembre de 2003 y 31 de mayo de 2007.

[9] FENOY PICÓN, N. (2010). *La modernización del régimen de incumplimiento del contrato. Propuestas de la Comisión General de Codificación*. Madrid.

1.6. Responsabilidad civil

Responsabilidad extracontractual en caso de fallecimiento por accidentes de circulación: una perspectiva jurisprudencial*

Contractual liability in case of death by road accident: a jurisprudential perspective

por

LOURDES GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR
Doctoranda en la UNED

RESUMEN: Este artículo, tiene como objeto analizar la Jurisprudencia más relevante surgida en torno a los supuestos de indemnización previstos en la LRCSCVM, que han de recibir los familiares de la víctima, cuando esta fallece como consecuencia de un siniestro de tráfico. En concreto, nos detendremos en estudiar los supuestos más controvertidos en los que se debate si existe este derecho. Asimismo se realiza un estudio comparativo, del novedoso Proyecto de ley de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, de 10 de abril de 2015.

ABSTRACT: This article aims to analyze the most relevant jurisprudence emerged regarding cases of compensation under the LRCSCVM, that the relatives of the victim should receive when he or she dies as a result of a traffic accident. Specifically, we will focus on the analysis of the most controversial cases, in which it is debated whether this right exists. Likewise, a comparative study is made about the new draft law for the reform of the system for the assessment of the damages caused to people in traffic accidents, April 10, 2015.

PALABRAS CLAVE: Vehículos de motor. Responsabilidad civil. Culpa extracontractual. Accidente de circulación. Fallecimiento.

KEY WORDS: Road accident. Contractual liability. Vehicle. Death.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES LITIGIOSAS.—III. PAUTAS DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD EN LA

* Al cierre de este artículo, estando ya en prensa, ha sido publicada la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. *BOE* núm. 228, de 23 de septiembre de 2015, que entrará en vigor el 1 de enero de 2016.

LRCSCVM.—IV. APLICACIÓN DEL SISTEMA DE VALORACIÓN DE DAÑOS EN LA LRCSCV VIGENTE Y PROYECTO DE LEY DE REFORMA.—V. ESPECIAL REFERENCIA A LA TABLA I INDEMNIZACIÓN POR FALLECIMIENTO: 1. Cónyuge. 2. Descendientes. 3. Ascendientes. 4. Hermanos. 5. Personas no incluidas en la Tabla I.—VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La resonancia que en nuestra sociedad tiene, actualmente, la responsabilidad civil está fuera de toda duda. Precisamente, en este contexto, la responsabilidad civil derivada de la circulación de los vehículos de motor es un ámbito en el que la teoría de la responsabilidad civil adquiere unas características particulares.

Se trata, como es comúnmente admitido por la doctrina[1], de uno de los clásicos supuestos de responsabilidad objetiva, por ser considerada una actividad peligrosa en la que basta el daño efectivamente ocasionado —con la concurrencia del correspondiente nexo de causalidad y un determinado riesgo hipotéticamente dañoso— para generar la responsabilidad civil, si bien esta afirmación debe ser objeto de algunas precisiones.

De otro lado, huelga justificar el interés del tema, en tanto en cuanto cualquier persona puede verse inmersa en un accidente de circulación, puesto que la masificación de la circulación hace que, cada vez, exista un mayor índice de siniestralidad, lo que ha obligado a los ordenamientos jurídicos a reaccionar, promulgando una normativa dirigida a procurar la restitución integral, y buscando dejar indemne a quien sufre daños por accidentes de circulación.

Ahora bien, en el presente estudio no pretendemos ocuparnos de todos los aspectos relacionados con esta responsabilidad regulada en la ley especial. Tampoco se trata de hacer un comentario legislativo, con profusión de autores y obras dedicadas a la materia, que son muchas y variadas, y no hacen sino confirmar la importancia de la misma. Nos centraremos, en algunas de las cuestiones fundamentales y más problemáticas que, en nuestra opinión, plantea la materia.

En consecuencia, aunque partamos de la responsabilidad civil por los daños ocasionados por los vehículos, vamos a centrarnos en el sistema de valoración de los daños personales y, en concreto, en la valoración del daño por fallecimiento, que constituyó todo un hito en el sistema de cuantificación del daño en el derecho español, no solo con incidencia en el sector propio en el que se promulgó, sino en otros sectores ajenos para los que la norma no estaba destinada.

II. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES LITIGIOSAS

El objeto central de este estudio será la indemnización que la LRCSCVM[2] establece que han de recibir los familiares de la víctima, para aquellos supuestos en los que esta fallece como consecuencia de un siniestro de tráfico.

La finalidad de la normativa es lograr la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos, para situar a los familiares de la víctima en una posición lo más parecida posible a la que tendría de no haberse producido el accidente.

La LRCSCVM dedica las Tablas I y II a calcular la indemnización que recibirían los perjudicados por la muerte de la víctima, como consecuencia del

siniestro. Sin embargo, la aplicación práctica de la LRCSCVM ha demostrado que los daños y perjuicios causados por los hechos de la circulación, que tienen como consecuencia la muerte de la víctima, abarca muchos más supuestos que los contemplados en las tablas. Esto, naturalmente, ha dado lugar a una gran litigiosidad, y su consiguiente cristalización jurisprudencial.

El sistema actual de valoración de los daños en los vehículos de motor contempla, como posibles beneficiarios de la indemnización, al cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos.

En la jurisprudencia se han planteado una serie de supuestos controvertidos de entre los diferentes grupos que se contemplan en la Tabla I, algunos de los cuales vamos a analizar:

a) Las cuestiones relativas al cónyuge, tales como si es posible equiparar las parejas de hecho al matrimonio estudiando sentencias como la sentencia de Audiencia Provincial de Granada de 17 de marzo de 2006 *(JUR* 2006, 199473), en la que se equipara la pareja de hecho al matrimonio así como las posteriores sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 3 de julio de 2007 *(JUR* 2007, 332452) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 9 de marzo de 2010 *(JUR* 2010, 196838).

b) También examinaremos los supuestos de crisis matrimonial, donde existe derecho a recibir la indemnización, o qué ocurre cuando la víctima convive con dos personas diferentes, en el momento del fallecimiento, a través de la paradigmática sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 19 de abril de 1997, recurrida ante el Constitucional y resuelta en la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 2000 *(RTC* 2000, 241).

c) En relación a los descendientes, reflexionaremos sobre temas tan interesantes como qué ocurre en los supuestos de nietos de padres premuertos, que a su vez conviven con el abuelo que ha fallecido en el accidente y del que depende económicamente, trayendo a colación la importante sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 12 de febrero de 2007 (*ARP* 2007, 413). Intentaremos así mismo resolver, a partir de una serie de sentencias, como se computa el plazo de la edad de los hijos, a efectos de las indemnizaciones.

d) Trataremos, también, la novedosa sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 511), con respecto de los ascendientes. En este supuesto abarcaremos la cuestión de si la indemnización que se prevé para los padres, se reparte al 50% para cada progenitor, o si en algún determinado supuesto podría entregarse el 100% a uno solo de los progenitores.

e) Es interesante, en relación con los hermanos, la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 31 de marzo de 2001(*ARP* 2001, 69) a raíz de la cual, reflexionaremos sobre la posibilidad de que uno de los hermanos dependa moral y económicamente del finado.

Para terminar trataremos supuestos que, sin estar contemplados por ley, pues no formaban parte de los familiares anteriormente citados, se les ha reconocido algún tipo de indemnización, como el caso contemplado en la Audiencia Provincial de Cuenca, de 29 de marzo de 1991, donde se considera como perjudicados de la víctima a los sobrinos, ya que la víctima mortal del accidente de circulación, fallece soltero y sin hijos, y mantiene una relación afectiva con ellos.

La insuficiencia de la legislación actual, ha llevado al legislador a hacer una profunda revisión, con el fin de mejorar la protección de las víctimas de los accidentes de circulación, lo que tiene su reflejo en el Proyecto de ley de reforma

del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en dichos accidentes, estableciendo unas nuevas reglas de aplicación del baremo, que iremos analizando a lo largo de nuestro artículo.

III. PAUTAS DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD EN LA LRCSCVM

Ya hemos dejado constancia, al inicio de este trabajo, de que la responsabilidad de vehículos a motor, ha sido, según la doctrina, uno de los ámbitos pioneros en establecer el sistema objetivo de responsabilidad, por ser uno de los supuestos más claros de responsabilidad civil extracontractual (PANTALEÓN, F.)[3], ya que desde la LUCVM de 1962[4], se estableció el sistema de responsabilidad objetiva con abstracción de la naturaleza del daño, ya se tratase de daños materiales o corporales. Fue en 1986[5] cuando se estableció un doble régimen de responsabilidad, variando según fuesen daños personales o materiales.

En la redacción de 2004 de la LRCSCVM se mantuvo la distinción entre los dos tipos de daños, estableciéndose para los daños personales o corporales una responsabilidad objetiva, mientras que para los materiales se fijaba una responsabilidad subjetiva.

No obstante, esta distinción entre ambos tipos de régimen no es del todo nítida. Así, se habla por la jurisprudencia de una responsabilidad objetiva atenuada, de responsabilidad cuasi objetiva, o de responsabilidad con presunción de culpa, pero con inversión de la carga de la prueba, (REGLERO CAMPOS, F. 2004, 201). Distinción que se mantiene en el Proyecto de ley de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a la personas en accidentes de circulación de 10 de abril de 2015[6].

El principio básico que informa el sistema de responsabilidad previsto en la Ley está recogido en el artículo 1.1 de la LRCSCVM, cuyo tenor literal: «*el conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación*»[7].

Pero esta aparente claridad de la teoría del riesgo en este precepto, con respecto al daño, y que se ratifica en el caso de daños a las personas, se ve enseguida oscurecida cuando establece que: «*en el caso de los daños a los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable, según lo establecido en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, artículos 109 y siguientes del Código Penal, y según lo dispuesto en esta Ley*».

Por ello podríamos afirmar que los daños materiales[8] no entran en la idea del riesgo, ya que se trata de una imputación subjetiva, y por tanto, la teoría del riesgo creado ha de reservarse únicamente para los daños a las personas.

Afirmación esta última que avalada por la doctrina reciente del Tribunal Supremo, en caso de colisión reciproca de vehículos, en la sentencia de 10 de septiembre de 2012 *(RJ* 2012, 11046)[9] «El riesgo específico de la circulación aparece así contemplado expresamente en la ley, como título de atribución de la responsabilidad, frente a la tradicional responsabilidad por culpa o subjetiva en que el título de imputación es la negligencia del agente causante del resultado dañoso. Esto es así, tanto en el supuesto de daños personales como de daños materiales, pues en relación con ambos se construye expresamente en el régimen de responsabilidad civil por riesgo, derivada de la conducción de un vehículo de motor («daños causados a las personas o en los bienes»: art. 1.1 LRCSCVM).

IV. APLICACIÓN DEL SISTEMA DE VALORACIÓN DE DAÑOS EN LA LRCSCVM VIGENTE Y EN EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA

Únicamente vamos a tratar la responsabilidad extracontractual en aquellos supuestos donde hay fallecimiento de la persona que ha sufrido el accidente. Si bien previamente, y con carácter general, consideramos conveniente recordar brevemente el sistema de baremación.

El sistema de baremación introducido en el Anexo de la LRCSCVM, está estructurado en torno a tres grupos de daños, correspondiendo a:

I Muerte
II Lesiones permanentes
III Lesiones temporales o incapacidad temporal

El sistema se aplica de la siguiente forma: se parte de una indemnización básica que se corresponde con una estructura genérica, es decir con uno de los tres grupos, y sobre esta se plantea la existencia de factores de corrección, que individualizan la estimación del daño, adaptándolo a cada caso individual. Además, permite la inclusión dentro de la indemnización de conceptos extraordinarios.

Hay que tener en cuenta que el Anexo, en su apartado 6, artículo primero, aclara que: *Además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria en la cuantía necesaria hasta la sanación o consolidación de las secuelas, siempre que el gasto esté debidamente justificando a la naturaleza de la asistencia prestada. En las indemnizaciones por fallecimiento se satisfarán los gastos de entierro y funeral según los usos y costumbres del lugar donde se preste el servicio, en la cuantía que se justifique.*

Debemos destacar que, el Proyecto de ley, en los supuestos de muerte, distingue entre un «perjuicio patrimonial básico», referido a gastos generales, que serán aquellos «gastos razonables que cause el fallecimiento, como el desplazamiento, la manutención, el alojamiento y otros análogos», con una cantidad mínima de 400 euros, y unos gastos específicos, que incluyen los de traslado del fallecido, repatriación, entierro, y funeral.

El propio Anexo actualmente nos da una explicación de cómo se va a calcular la indemnización básica, estableciendo:

I Las indemnizaciones por muerte (se harán a tanto alzado), y difieren en función de la edad del fallecido y dependiendo de la edad y parentesco del beneficiario.

II Las indemnizaciones por lesiones permanentes resultan de multiplicar los puntos de la Tabla VI asignados a la lesión de la víctima por el precio por punto previsto en la Tabla III.

III Las indemnizaciones por incapacidad temporal resultan de multiplicar el número de días que tarda en sanar la lesión por el valor asignado en la Tabla V para cada día.

Este sistema, que se aplicará a la valoración de todos los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación, salvo que sea doloso (como refiere el Anexo, Primero.1 de la LRCSCVM), consta de seis tablas. A ellas nos referiremos a continuación:

Las Tablas I y II, recogen las indemnizaciones por muerte de la víctima, es decir la valoración del daño por fallecimiento. La Tabla I se refiere a las

indemnizaciones básicas por muerte, es decir la común para todos los casos de muerte, mientras que en la Tabla II se matiza con factores de corrección, donde se individualiza el caso concreto.

Las Tablas III, IV y VI, tratan las lesiones permanentes, así como sus secuelas, y la tabla V se refiere a la incapacidad temporal.

El Proyecto de ley de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, introduce como principal novedad un nuevo Título IV, agrupado en dos capítulos: el primero se refiere a «disposiciones generales y definiciones» y el segundo incluye las «indemnizaciones por causa de muerte, por secuelas y por lesiones temporales», que se plasman respectivamente, en las Tablas I, II y III. Asimismo, cada una de estas tablas incluye de modo separado la reparación de los «perjuicios personales básicos» (1.A, 2.A y 3.A), de los «perjuicios personales particulares» (1.B, 2.B y 3.B) y de los «perjuicios patrimoniales» (1.C, 2.C y 3.C). Dichas tablas en ocasiones se subdividen en otras tablas como, por ejemplo, la 1.C.1, relativa a las indemnizaciones del cónyuge de la víctima por lucro cesante, la 1.C.2, referida a las indemnizaciones de los hijos en el mismo caso.

V. ESPECIAL REFERENCIA A LA TABLA I INDEMNIZACIÓN POR FALLECIMIENTO

Como ya hemos explicado con anterioridad, esta tabla contiene las indemnizaciones básicas por muerte que deben recibir los familiares del fallecido, en virtud del grado de parentesco con la víctima, así como las consideraciones relativas a la estructura familiar que tiene el causante, en el momento de la muerte y su edad.

Comprende la cuantificación de los daños morales, de los daños patrimoniales básicos y la determinación legal de los perjudicados, y fija los criterios de exclusión y concurrencia entre ellos.

Conviene aclarar que tal y como expresamente declara la Exposición de Motivos del Proyecto de ley, en el ámbito de los perjuicios extrapatrimoniales, tal vez la mayor novedad se encuentra en la reestructuración del perjuicio personal básico en las indemnizaciones por causa de muerte y de su relación con los perjuicios particulares, que ahora se amplían. Así, a diferencia del sistema actual, que configura los perjudicados en grupos excluyentes, la reforma configura los perjudicados en cinco categorías autónomas y considera que sufren siempre un perjuicio resarcible y de la misma cuantía con independencia de que concurran o no con otras categorías de perjudicados.

1. El cónyuge

En caso de que haya cónyuge, se le considerará como perjudicado principal y su indemnización es autónoma, pues no depende de que concurra o no con otros parientes[10].

El Anexo que contiene la LRCSCVM precisa que para ser considerado perjudicado, dentro de la Tabla I, el cónyuge no ha de estar separado legalmente al tiempo del accidente y equipara las uniones conyugales a las uniones de hecho consolidadas[11]. La doctrina ha criticado las deficiencias técnicas de dicho Anexo, que han dado lugar a interpretaciones divergentes, sobre las diferentes situaciones en las que nos podemos encontrar, en cuanto a las personas relacionadas en este

primer grupo. Así la ley no nos dice qué se entiende por unión de hecho consolidada, y siguiendo el criterio doctrinal mayoritario (POUS DE LA FLOR, M. 2015, CABALLERO GEA, J. A. 2002)[12], será aplicable «al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por una relación de afectividad análoga a la conyugal, independientemente de su orientación sexual»[13].

Aun definiendo lo que se considera pareja de hecho, surge el problema respecto a los efectos legales que derivan de la convivencia en pareja, para asimilarla o igualarla a la matrimonial. En este sentido, se ha reclamado, por parte de muchos autores, una normativa específica a nivel estatal que ampare las parejas de hecho, frente a otros muchos que consideran que es imposible una normativa que recoja todos los supuestos, pues siempre quedarían al margen, algunas uniones de hecho, o relaciones de convivencia, que no querrían ningún tipo de control.

Por otro lado, existen trece leyes autonómicas que exigen diferentes requisitos en orden a acreditar cuándo se considera que hay uniones estables de hecho. A este respecto cabe mencionar una sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 17 de marzo 2006 *(JUR* 2006, 199473)[14], donde establece que: *por considerar acreditada la convivencia de la Sra. Nieves con el conductor fallecido, y por tanto existente una unión conyugal de hecho consolidada, para lo que bastan contemplar las pruebas documentales y testificales aportadas fundamentalmente el libro de familia y la libreta de ahorros, procede asimismo señalar indemnización a su favor con arreglo al baremo referido, además de la que le corresponde a los hijos y padres del fallecido.*

En esta misma línea la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 3 de julio de 2007 *(JUR* 2007, 332452), equipara la pareja de hecho al matrimonio en un supuesto en el que son los propios padres de la víctima fallecida los que pretenden que esta relación de convivencia no se reconozca[15], al considerar la Audiencia: *que los hechos revelan una estabilidad con todas las características de la unión de hecho que declara …para aplicación del Anexo sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos de motor.*

En el Proyecto de ley de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, establece, ya en su articulado, en concreto en el artículo 36.2, que sufre el mismo perjuicio resarcible que el cónyuge viudo, el miembro supérstite de una pareja de hecho estable, constituida mediante inscripción en un registro o documento público, o que haya convivido un mínimo de un año inmediatamente anterior al fallecimiento, o periodo inferior, si tiene un hijo en común. Debe observarse, que el Proyecto, sustituye la denominación de pareja de hecho consolidada, por pareja de hecho estable, señalando expresamente los distintos requisitos o presupuestos que se exigen para acreditar, a los efectos de aplicación de la ley, el ser miembro de una unión estable.

En otro orden de cosas, y entrando a analizar las situaciones de crisis conyugal, advertimos que la doctrina y la jurisprudencia consideran que la separación de hecho no constituye causa de exclusión del círculo de las personas con derecho a indemnización (REGLERO CAMPOS, 2004)[16]. Si bien las sentencias de las Audiencias Provinciales que hemos encontrado son anteriores a la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio[17], han mantenido criterios discrepantes. En unos casos no han reconocido la condición de perjudicado al cónyuge separado de hecho, como la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 26 de marzo de 1996 *(AC* 1996, 554)[18], y en otros casos, por el contrario, sí la han reconocido, como en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 23 de marzo de 1999[19].

Hemos de resaltar que el Tribunal Constitucional no concedió amparo a la mujer de una víctima separada de hecho (sentencia 163/2001, de 11 de julio, *RTC* 2001, 163). En nuestra opinión, la separación de hecho debería equipararse a la separación judicial y, por tanto, no debería concederse ningún tipo de indemnización. En todo caso, al menos se debería adecuar la normativa que analizamos a la situación de separación de hecho, pudiendo darse diferentes alternativas, teniendo en cuenta que los propios cónyuges han podido pactar los efectos de la separación de hecho en un convenio, o preverse por ejemplo que una serie de limitaciones temporales, como, que por el transcurso de un determinado plazo, cinco años, desde la separación de hecho, se pierde la indemnización, siempre que no se conviva de hecho con otra persona, en cuyo caso el plazo decaería y se perdería este derecho a la indemnización a partir de ese momento. Recordemos, además, que el cónyuge separado solo tiene, prácticamente, derecho a recibir alimentos, y que a partir de la Ley 15/2005, se hace referencia expresa a la perdida de la cuota legitimaria correspondiente al cónyuge viudo separado de hecho.

Consideramos oportuno traer a colación un supuesto concreto, resuelto por la AP de Córdoba. En la misma se recoge como hecho probado que el fallecido[20], al tiempo de su muerte, tenía convivencia con dos mujeres. Esto es resuelto, en parte, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 19 de abril de 1997, en el sentido de estimar que ambas tienen derecho, por el tiempo de convivencia, a una indemnización, estableciéndose un prorrateo de indemnización global en función de la duración de cada una de las dos relaciones, tanto a la pareja que convivía maritalmente con la víctima, como a la esposa a la que se encontraba separado.

Esta sentencia fue motivo de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que resolvió en sentencia de 16 [21] de octubre del 2000 (RTC 2000/241). Debemos de hacer por tanto dos observaciones, respecto a la misma, una es que se parte de la aplicabilidad al caso de los baremos contenidos en la Orden Ministerial de 5 de marzo de 1991 y, otra, que en este supuesto la fijación de la indemnización a las dos mujeres se establece sobre la base de una cantidad indemnizatoria única (de once millones de pesetas) cuyo reparto se resuelve por medio de una «prorrata témporas». Por tanto y en consecuencia, se considera como tiempo computable en favor de doña Francisca G. L. los veinticinco años de matrimonio transcurridos hasta el momento del fallecimiento de don Antonio M. R.; y en favor de doña Manuela G. C. se computan también los dieciocho años de convivencia con el fallecido. Identificado por vía de recurso un error de transcripción parcial del fallo (en lo referente a la indemnización concedida a doña Manuela G. C.), fue rectificado por Auto de la propia Audiencia Provincial de 29 de abril de 1997.

Pese a lo dicho, la jurisprudencia se muestra oscilante, pues posteriormente la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 20 de abril de 2006[22] *(JUR* 2006, 207100), en un supuesto de hecho similar al citado anteriormente, en el que el fallecido mantiene relación, en el momento de su fallecimiento con dos mujeres a la vez, con una, mediante una relación matrimonial, y con la otra, mediante una relación análoga a la matrimonial, la Audiencia establece: *no pudiendo estimarse la existencia, a efectos indemnizatorios según baremo, de la presunta relación sentimental mantenida entre el fallecido y María Consuelo,* se le reconoce únicamente la indemnización a la mujer con la que mantiene una relación conyugal.

Merece especial mención la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 9 de marzo de 2010 *(JUR* 2010, 196838), ya que en su supuesto de hecho se nos plantea, por un lado, el reconocimiento de la pareja de hecho del fallecido y

además, la situación de separación de hecho habida entre el fallecido y su esposa. La Audiencia, en este sentido expone que: *La entidad apelante cuestiona la realidad de la relación de unión de hecho consolidada entre la actora y el fallecido, como base para sostener lo anteriormente alegado, de la prueba practicada ha quedado acreditado que efectivamente, la Sra. Pura y el fallecido eran una pareja de hecho consolidada y estable, lo que se acredita por medio de la prueba practicada… Pese a no haberse separado legalmente el fallecido de su esposa y acreditada la relación de pareja de hecho estable con la actora en el momento de producirse el accidente y por lo tanto su condición de perjudicada en los términos exigidos en la Tabla I del Baremo, habiendo sido resuelta tal cuestión en doctrina consolidada respecto de las separaciones de hecho y de derecho, manteniendo que aunque en el Baremo no exista una previsión en estos supuestos, entiende que la separación de hecho prolongada en el tiempo y consentida por ambos cónyuges ha de equipararse a la separación legal, a los efectos de aplicación de la Tabla I.*

De mismo modo, deducimos de la sentencia que no hay impedimento alguno, para indemnizar a la ahora apelante (mujer con la que el fallecido mantiene una relación de hecho), aunque haya sido indemnizada la esposa legal del fallecido, pues se acredita en el presente caso, la condición de perjudicada tal y como concurre en el presente caso, sin que pueda admitirse que por ello, se le genera a la apelante indefensión. Si bien la norma, no prevé la duplicidad de indemnizaciones, contempla una distribución proporcional. En consecuencia podemos tomar esta sentencia como punto de reflexión sobre las dos cuestiones planteadas con anterioridad: la pareja de hecho reconocida por un lado, y una separación de hecho al mismo momento. La Audiencia considera que ambas son perjudicadas por el fallecimiento y por tanto ambas deben ser indemnizadas.

Ahora bien, en el caso de víctima sin cónyuge, el Anexo trata la separación legal (LASARTE ALVAREZ. C., 2013)[23] y el divorcio como ausencia del mismo, (cónyuge) en la nota aclaratoria tercera. Si bien hay que especificar que si el cónyuge separado o divorciado tiene derecho a la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil fija una indemnización igual al 50% de la prevista para la concurrencia de víctima con cónyuge. Y en los supuestos de concurrencia con uniones conyugales de hecho o, en su caso, de aquellos con cónyuges no separados legalmente, teniéndose en cuenta lo dicho anteriormente para estos supuestos, la indemnización fijada para el cónyuge en la tabla I se distribuirá entre los concurrentes en proporción a la cuantía que les hubiera correspondido de no haber concurrencia.

También conviene preguntarse si en el caso de matrimonio nulo, podría aplicarse al igual que se reconoce una indemnización en el artículo 98 del Código para los supuestos de matrimonio putativo[24], el derecho a recibir la indemnización en relación con el cónyuge de buena fe. A nuestro juicio, en los casos de nulidad, en el supuesto que se hubiese recibido la indemnización del artículo 98, el cónyuge de buena fe, al igual que ocurre con el divorciado con derecho a pensión compensatoria, debería poder recibir una indemnización igual al 50% de la prevista para la concurrencia de víctima con cónyuge.

En todo, caso, cabe resaltar que la indemnización del cónyuge, a diferencia de lo que ocurre con otros parientes, se fija con independencia de que concurra o no con otros de estos.

Obsérvese que en el Proyecto de ley de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, de 10 de abril de 2015, se prevé, en su articulado los efectos de la nulidad, en concreto en el artículo 63, donde se establece que tanto la separación de hecho como la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio se equi-

paran a la separación legal, y, por tanto, daría fin a muchas de las cuestiones que se han planteado ante la jurisprudencia.

2. Los descendientes

Analizaremos, a continuación, aquellos supuestos en los que la víctima tenga hijos, entendiendo por estos aquellos reconocidos legalmente, ya sean matrimoniales, extramatrimoniales, biológicos, por técnicas de reproducción asistida o por adopción, todos ellos tendrán derecho a ser indemnizados, si bien la cuantía dependerá de si concurren o no con el cónyuge, así como de su edad.

Conviene resaltar que la Tabla I hace una división por razón de la edad, estableciendo tres grupos. Por un lado, los hijos menores, que tendrán una mayor indemnización, seguido de aquellos que se encuentren entre la mayoría de edad y los veinticinco años; y los mayores de veinticinco años, al final.

Por último, la edad a tener en cuenta es la edad que tenía el hijo en el momento del accidente. Sobre esto se ha creado un debate doctrinal entorno al tercer grupo de edades, establecido en la Tabla I, pues, por un lado, se discute si es 25 o 26 años la edad límite ya que se expresa en la Ley «más de 25 años». Parte de la doctrina considera que han de comprenderse aquellos que no hayan llegado a los 26[25]. Esta es la corriente que se sigue por ejemplo por la Audiencia Provincial de Asturias *(JUR* 2001, 120322)[26], al establecer lo siguiente: *esta Sala es consciente de que un sector doctrinal patrocina la postura opuesta en base a las siguientes razones: a) En el baremo se contemplan dos supuestos diferenciados, hasta 25 años y más de 25 años, sin que la interpretación literal de este último término ofrezca duda, razón por la cual la preposición «hasta» se utiliza con sentido fronterizo de inclusión y no de exclusión; b) una interpretación sistemática del baremo permite llegar a esta conclusión, pues en la misma Tabla y Grupo se especifican las indemnizaciones en función de la edad de la víctima y se distinguen tres apartados, hasta 65 años, de 66 a 80 años y más de 80 años, resultando así evidente que cuando se refiere a los primeros comprende a todos aquellos que no hayan cumplido los 66 y al mencionar a los últimos contempla a los que tengan 81 o más. Estas categorías no solo se pueden observar en la Tabla 1.ª, sino que en la Tabla 3.ª, al disciplinar las indemnizaciones por lesiones permanentes se establecen cinco grupos, refiriéndose el primero a los menores de 20 años y el segundo a los de 21 a 40, por lo que también cabe entender que considera como menores de 20 a los que ya han cumplido esa edad; y c) en caso de duda debe operar el principio «pro damnato» y disiparse la misma a favor de la víctima, por ser este un principio general aplicable a la responsabilidad extracontractual.*

A pesar del esfuerzo interpretativo de los autores que sostienen la anterior tesis (MEDINA CRESPO y FERNÁNDEZ ENTRIALGO[27], entre otros) la Sala consideró que debía llegarse a la misma conclusión que dio el juez de Primera Instancia, y que si bien el baremo es confuso, la Sala expone que de su examen no cabe inferir que se parte del mismo concepto en todos los casos. Encontrándose supuestos en los que la preposición hasta se utiliza en sentido de inclusión o se comprende en la categoría de menos de 20 años, a aquellos que no hayan cumplido los 21, y otros como en el supuesto de hasta 25 años y mayor de 25 años, donde en el primer supuesto la preposición abarca aquellos que no hayan cumplido esa edad, y el segundo opera a partir del día que se cumplió. Mismo criterio, que encontramos en el Grupo I de esta Tabla, así como en los factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte en aquellos supuestos

de pérdida del feto, que se distingue que sea hasta el tercer mes de gestación o partir del tercer mes, siendo evidente que el primero de ellos solo opera hasta que se cumpla ese mes y el segundo desde que ese día llegó.

En el Proyecto de ley de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, de 2015, establece en su artículo 39, que las edades previstas en las disposiciones de esta ley, se alcanzan pasadas las cero horas del día en que se cumplen los años correspondientes. Las horquillas de edades comprenden, desde que se alcanza la edad inicial, hasta las cero horas del día en que se cumple la edad final. Además, se aumenta la edad con respecto de los hijos, aumentándose de los 25 a los 30 años.

Debe hacerse notar que, en caso de la esposa encinta, en el momento del fallecimiento de la víctima, para determinar los derechos del concebido, ha de esperarse a que se verifique el nacimiento de acuerdo con el artículo 29 del Código Civil.

De otra parte, en cuanto a la indemnización fijada para los hijos hay que tener en cuenta si concurren o no con el cónyuge. Si los hijos concurren con el cónyuge, se fija una indemnización por cada uno, atendiendo a su edad, conforme a los grupos establecidos anteriormente.

Si los hijos concurren solos, ya sea porque la víctima carece de cónyuge en el momento del fallecimiento, por estar separado legalmente, o porque el cónyuge renuncie a favor de los hijos, la indemnización que corresponde a cada uno de ellos dependerá de su edad y su número, distinguiendo entre varias posibilidades, a saber:

a) Concurrencia solo de hijos menores de edad.
b) Concurrencia de hijos menores de edad con mayores de edad.
c) Concurrencia solo de hijos mayores de edad, donde también se hace distinción entre si estos han cumplido o no los 25 años.

Por otro lado, conviene hacer una especial referencia a los nietos que, aunque no aparecen previstos en la indemnización de la Tabla I pues no figuran como personas con derecho a la indemnización por la muerte del abuelo, sin embargo, en ciertos casos, debe considerarse de aplicación análoga a la señalada para los hijos, así, por ejemplo cuando no concurra con ninguno de ellos, o concurriendo con alguno, el nieto conviva con el abuelo y dependa económicamente de él; e incluso debería incluirse aquellos supuestos en que el hijo de la víctima hubiera premuerto.

La denominada jurisprudencia menor es, sin embargo, contradictoria sobre respecto, por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de 12 de febrero de 2007 (*ARP* 2007, 413)[28], no consideró que tuviesen este derecho los nietos al establecer: *que dentro de esa Tabla se establecen distintos Grupos, según las circunstancias familiares de la víctima fallecida. En el Grupo III se trata del supuesto de víctima sin cónyuge y con todos sus hijos mayores. No se prevé en este caso que los nietos, descendientes de un hijo premuerto, tengan la condición de perjudicados. Es más, en toda la Tabla I no se prevé que los nietos de la víctima, ni por si solos ni en concurrencia con otros, tengan la condición de perjudicados.*

Por tanto podemos deducir según lo expuesto en esta sentencia que la Jurisprudencia menor considera que la aplicación del sistema legal, lleva a excluir de la condición de perjudicados o beneficiarios de la indemnización a quienes no son mencionados como tales en el anexo de la Ley sobre Responsabilidad civil y Seguro en la Circulación de vehículos a motor, en el caso que analizamos se

parte de que los apelantes D. Juan Manuel y D. Lorenzo no tienen la condición de beneficiarios o perjudicados y no tienen derecho a percibir una indemnización por el fallecimiento de su abuela D.ª Olga —ni por aplicación de la Ley sobre Responsabilidad civil y Seguro en la Circulación de vehículos a motor) , ni como consecuencia de una condición de herederos.

Sin embargo, y en el sentido opuesto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 24 de noviembre de 2011 *(JUR* 2011/433383)[29], expuso que, el problema que se plantea viene determinado por el hecho objetivo de que los nietos que convivían con la abuela son los perjudicados tanto material como moralmente, sin embargo el parentesco entre la víctima y los perjudicados (abuela y nietos), no aparece recogido en el anexo, que señala y regula las indemnizaciones en supuestos de daños producidos por los vehículos de motor. «*Por tanto resulta palmario que se plantea un problema que, sin duda, el legislador no previó cual es que un pariente en segundo grado directo y además perjudicado, resulte excluido de la previsión indemnizatoria por la muerte de la víctima*».

La Sala mantiene que el tribunal de justicia no puede permanecer ajeno a tal anomalía resarcitoria por lo que considera adecuado una indemnización para los nietos, que, convivían con la abuela y en consecuencia están directamente perjudicados por su fallecimiento…*por tanto a cada uno de los nietos de María Milagros, hijos del premuerto Romeo, le corresponde la cantidad de 4.732,24 euros*».

A nuestro juicio, esta última postura, es acertada.

El Proyecto de Ley de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación contempla, con respecto al perjuicio de los descendientes, nuevos supuestos, como el perjuicio que puede ocasionar el fallecimiento del progenitor único, o el perjuicio por el fallecimiento de ambos progenitores a la vez. En ambos casos se prevé un aumento de la indemnización.

3. Los ascendientes

Los padres siempre tienen derecho a la indemnización, y así queda establecido en el Anexo de la ley. La cuantía indemnizatoria correspondiente varía según que los padres concurran con los hijos, o con el cónyuge de la víctima, o si, por el contrario, concurren solos, en cuyo caso la indemnización será mayor.

En el supuesto de que los padres concurran solos, hay que distinguir ciertas circunstancias, tales como si el hijo convivía, o no, con los padres en el momento del accidente. Se puede dar el supuesto de que únicamente conviva con uno de los padres, en tal caso, le corresponderá la mitad a cada uno, de la cantidad asignada a la situación. Otra de las circunstancias, a tener en cuenta, es la edad del hijo en el momento del fallecimiento.

La cantidad que corresponde a los padres es una cantidad única, no es una cantidad individualizada para cada uno. La doctrina discute el supuesto de que solo haya un padre, porque el otro haya premuerto, por lo que, en este supuesto, un 50% le correspondería al padre sobreviviente. La discusión doctrinal, gira en torno en sí el 50% restante le correspondería a los abuelos, o a estos solo les corresponde en el caso de que no hubiese padres, el Tribunal Supremo no mantiene una unidad de criterio, en este aspecto, hasta la sentencia de 14 de febrero de 2003[30], que estableció un criterio uniforme, que ha sido seguido posteriormente, señalándose que no deberá reducirse a la mitad la indemnización, cuando haya únicamente un progenitor, correspondiéndole el total de la indemnización.

En lo correspondiente a otros ascendientes, en el Anexo, solo se prevé a los abuelos, pero únicamente para aquellos supuestos en los que no concurran los padres o hijos del fallecido. La propia tabla establece, en este supuesto, el reparto de la indemnización, correspondiéndoles el 50% de la indemnización a los abuelos maternos y el otro 50% a los abuelos paternos, por lo que se reparte entre las dos líneas descendientes.

En el caso de un único progenitor debemos traer a colación la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, dictada por el Pleno, ya que la ley contempla la concurrencia de los dos progenitores, pero no se prevé la premoriencia de uno de ellos.

El Tribunal Supremo nos da la solución, seguramente, más adecuada, a partir de la sentencia de 27 de abril de 2009[31], donde *configura la indemnización como cuantía total asignada a la categoría integrada por padres, independientemente del número de ellos llamados a percibirla, con esto se cumple uno de los principios del Sistema de valoración de accidentes de circulación asegurar la total indemnización de los daños y perjuicios causados*.

En este caso, la doctrina mayoritaria[32] sostiene, por tanto, que el daño moral por el fallecimiento de un hijo tiene el mismo valor tanto si viven los dos padres como si ha fallecido uno de ellos; además, el sistema de baremos configura la indemnización, por el conjunto que integra una categoría, y no por cabezas.

Tras la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 511)[33], merece especial estudio, el supuesto planteado en la misma, por su importancia. El caso del que parte, consiste en el fallecimiento de un hijo menor de edad, en el vehículo de su madre, ocurriendo el accidente por una maniobra errónea de su progenitora.

La discusión está en la indemnización que ha de recibir el otro progenitor como consecuencia de la muerte de su hijo, si bien la cantidad que debe percibir es la totalidad o únicamente un 50%, pues si bien concurren ambos padres, no podemos olvidar que uno de ellos, en este supuesto concreto la madre, ha sido la responsable del accidente. En este sentido, el Tribunal Supremo resuelve concediendo al padre únicamente el 50% de la indemnización.

4. Los hermanos

Los hermanos también tienen derecho a la indemnización, pero únicamente dependiendo de una serie de factores con respecto del fallecido, dependiendo de la edad y de si concurren con hijos y cónyuge.

Cuando concurran con cónyuge o hijos tendrán derecho en aquellos supuestos en que fuesen menores de edad, y además conviviesen con la víctima, y dependieran económicamente de la misma.

En los casos en que concurran con ascendientes, exclusivamente, se les exige convivir con la víctima, sin que expresamente se diga que sea dependiente de la misma

El último supuesto contemplado es aquel en el que los hermanos concurren solos, en este caso no es necesario que sean menores de edad, sino que la distinción se hace por ser mayor o menor de 25 años, siendo irrelevante que convivan o no con la víctima.

Las indemnizaciones se asignarán a partes iguales, dependiendo del número de hermanos, y además, se tendrá en cuenta la edad de la víctima para el cálculo de la indemnización.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 31 de marzo de 2001[34], (CABALLERO GEA, 2007)[35] ofrece un caso en relación a los hermanos en donde

se plantea un accidente en el que fallece una víctima solo con hermanos, pero uno de ellos era dependiente, pues tenía una discapacidad, y además convivía con la víctima. Este supuesto, por ejemplo, no estaría contemplado dentro del baremo, ya que en este caso el hermano es mayor de edad, pero dependiente. Lo que nos planteamos en este supuesto es si el baremo debemos aplicarlo como obligatorio o voluntario En el caso de esta sentencia, en concreto, se considera el baremo obligatorio, aunque no aparezca expresamente el caso contemplado en dicho baremo[36].

En el mismo sentido, nos encontramos con la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 3 de junio de 2003 *(JUR* 2013, 211911), en cuyo supuesto de hecho uno de los hermanos mayores de edad convive con el fallecido y además padece una deficiencia psíquica, por lo que la Audiencia establece que: *Una interpretación de la Ley conforme a la Constitución exige conceder a los hermanos mayores de edad que convivían con el fallecido, cuyos lazos afectivos con el perjudicado son en principio idénticos a los que tienen los hermanos menores de edad, la condición de perjudicados. De este modo se respeta el principio de igualdad y se evita una discriminación por razón de edad (art. 14 de la Constitución). Salvaguardando al mismo tiempo las prescripciones legales y reforzando, mediante la atribución de carácter presuntivo a la enumeración legal de perjudicados, el principio de total indemnidad que inspira el «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación» previsto en el anexo a la Ley sobre Responsabilidad civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.*

Como bien expone la sentencia que estamos analizando, resulta evidente que si bien el baremo es vinculante, su interpretación sin embargo no ha de ser necesariamente literal, puesto que el Órgano Jurisdiccional, podrá determinar aquellas personas que considere perjudicadas, pudiendo tener esa condición de perjudicado aquellas que no aparecen expresamente mencionadas en el texto legislativo, admitiéndose por tanto la analogía para aquellos supuestos no previstos por el legislador de análoga significación, siempre y cuando exista un perjuicio o daño cierto, para determinadas personas por su relación con la víctima, en el supuesto de hecho concreto de esta sentencia se valora si el hermano del fallecido declarado incapaz, a pesar de ser mayor de edad, por el mero hecho de su incapacidad, puede ser tratado como menor, que si bien dicha equiparación no aparece en la LRCSCVM, nuestro Código Civil, si equipara a los incapaces y a los menores de edad, por lo que se entiende que merecerán la misma consideración dentro del baremo.

Pese a que la normativa no contempla que ocurre con los discapacitados y los incapacitados judicialmente que sean mayores de edad, creemos que en todos los supuestos contemplados en el baremo, deberían tener la misma protección que los menores de edad, y tener derecho a la indemnización correspondiente, pues existe la misma justificación y dependencia tanto moral como económica.

5. Personas no incluidas en la tabla I del baremo

No podemos terminar este apartado sin hacer mención especial a las personas que no aparecen en el baremo y que sin embargo, pueden resultar perjudicadas por el fallecimiento de la víctima.

A modo de ejemplo, cabe resaltar una serie de sentencias como la de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 29 de marzo de 1991[37], donde se considera como

perjudicado de la víctima a los sobrinos, ya que la víctima mortal del accidente de circulación fallece soltero y sin hijos, y mantiene una unión o relación afectiva entre ellos. Así, se establece lo siguiente: *ante las importantes omisiones de la tabla I, entiende la doctrina que esos vacíos deben resolverse utilizando la técnica de la analogía, pues el hecho de que las reglas aplicables vengan recogidas en cuadro de modo numérico, no obsta a que constituyan preceptos jurídicos de rango legal y les sean plenamente aplicables todos los principios propios de la actividad de interpretación de aplicación de las leyes, particularmente en lo relativo a la apreciación y modo de suplir las lagunas legales, como implícitamente autoriza el legislador a incluir en las tablas notas a pie de página con determinadas equiparaciones.*

En este mismo sentido, podemos mencionar otra sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 26 de diciembre de 1997 *(ARP* 1998, 1392)[38], donde se reconoce como perjudicado a la sobrina de la víctima, la cual tenía como únicos parientes a la hermana y a dicha sobrina. Como ya se sabe, la sobrina no aparece entre los perjudicados regulados por el baremo. La sentencia establece a este respecto que: *son verdaderas normas jurídicas y no simples reglas técnicas o aritméticas* por lo que para alcanzar el entendimiento de las mismas es necesario acudir a criterios interpretativos como el artículo 3 del Código Civil o el artículo 4 del Código Civil.

Un supuesto, muy interesante, sobre perjudicados *extra tabulares*, es el tratado por la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2012*(RJ* 2012/5580)[39], en el que se le atribuye por vía analógica[40] la condición de perjudicado al primo hermano de la víctima, que convivía con ella en régimen de acogimiento familiar permanente.

Esta situación se incluye dentro del grupo IV de la Tabla I, por equiparación de la situación del hijo menor de edad con la del menor acogido, en orden a reconocerle una indemnización por el fallecimiento de un familiar, por considerar que existen vínculos afectivos más acusados cuando se trata de menores de edad, y existe convivencia en unidad familiar con sus tíos acogedores, y todos sus primos, entre los que se encontraba el fallecido.

Así en el fundamento tercero de dicha sentencia puede leerse*: «En el caso que nos ocupa (Grupo IV de la Tabla I, víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes), la expresada interpretación analógica abre la posibilidad de equiparar, por identidad de razón, la situación legal de los hermanos menores de edad convivientes con la del primo hermano que convivía con la víctima en régimen de acogimiento. La analogía debe partir del hecho de que legitimación de los hermanos menores de edad comprendidos en el Grupo IV de la Tabla I no resulta únicamente de la existencia de una relación de afectividad, que se presume, sino de la necesaria convivencia con la víctima —pues si no existe convivencia carecen de aquella—, razón por la cual, la atribución a un tercero de esta misma legitimación, por vía de analogía (en el caso que nos ocupa, a un primo hermano en régimen de acogimiento), exige que se demuestre o no se cuestione tal convivencia. Puesto que la analogía exige identidad de razón entre el supuesto objeto de regulación legal y aquel al que se pretende aplicar la norma, son argumentos para apreciarla los siguientes:*

i) Constituye doctrina de esta Sala (entre otras, STS de 31 de julio de 2009, RC *núm. 247/2007* [RJ *2009, 4581]) que entre las medidas de protección que deben adoptarse respecto de los menores que se hallen en situación de desamparo, el del Código Civil contempla la asunción por la Administración de la tutela del menor (art. 172.1 del Código Civil) mediante el acogimiento familiar simple, de carácter provisional (arts. 173.3 II y 173 bis.1.º del Código Civil) y el acogimiento familiar en las modalidades de permanente o preadoptivo, que deberá ser acordado por el*

juez si los padres se oponen (arts. 173 bis.2.º y 3.º del Código Civil). De conformidad con el artículo 173.1.º del Código Civil, el acogimiento familiar «produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral». Por su parte, el artículo 172.4 del Código Civil *establece, en relación con las medidas de protección que deben adoptarse en favor de los menores desamparados…*

ii) Las circunstancias expuestas determinan que, en el caso analizado, proceda incluir en el Grupo IV de la Tabla I por vía analógica a los menores acogidos siempre que no resulte discutida o esté probada su convivencia con el hermano fallecido, en la medida que se presume al mismo tiempo su condición de sujeto pasivo de un daño moral ligado a la pérdida de ese ser querido y que faltan razones objetivas que impidan, en perjuicio del interés del menor reclamante, no apreciar identidad de razón con respecto a la situación legalmente prevista y el derecho reconocido para los hermanos menores de edad. Entre las circunstancias que deben valorarse para apreciar la existencia de una situación de convivencia afectiva equiparable a la relación fraternal de la Tabla I debe tenerse en cuenta la relación de parentesco entre los afectados y cualquiera otra circunstancia de naturaleza análoga que haga referencia a su respectiva situación.

Algunos autores, también se han manifestado en este sentido, afirmando que no cabe negar el reconocimiento de perjudicados a aquellas personas que, a pesar de no serlo conforme a los principios señalados, por no venir reconocidas como tal, sí que sufren un perjuicio (LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.)[41].

Por su parte, el Tribunal Constitucional[42] ha señalado, que la exclusión de determinados perjudicados de las tablas, no afecta al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE, ni al derecho de tutela judicial del artículo 24 CE, así queda establecido también en la sentencia de Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2005 *(RJ* 2005, 6379)[43].

Y, a mayor abundamiento, la doctrina, señala otros supuestos a los que por analogía podría incluírseles en los supuestos contemplados en la Tabla I (XIOL RÍOS, J. A)[44].

En el Proyecto de ley, se incluye expresamente como perjudicados a los allegados, considerando como tales a las personas que, sin tener la condición de perjudicados según las reglas anteriores, hubieran convivido familiarmente con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento y fueran especialmente cercanas a ella en parentesco o afectividad. Y en un afán de prever de forma exhaustiva todas las situaciones que se pueden dar en la práctica, se establece que igualmente tiene la condición de perjudicado quien, de hecho y de forma continuada, ejerce las funciones que por incumplimiento o inexistencia no ejerce la persona perteneciente a una categoría concreta o asume su posición.

De otra parte, a diferencia de la redacción vigente, en el Proyecto de ley contempla expresamente, que la condición de perjudicado, se pierde a pesar de estar incluido en alguna de las categorías citadas, cuando concurran circunstancias que supongan la inexistencia del perjuicio a resarcir.

VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

I. La responsabilidad civil derivada de la circulación de los vehículos de motor es un ámbito en el que la teoría de la responsabilidad civil adquiere unas carac-

terísticas particulares. Huelga justificar el interés del tema, en tanto en cuanto cualquier persona puede verse inmersa en un accidente de circulación, puesto que la masificación de la circulación hace que, cada vez, exista un mayor incide de siniestralidad, lo que ha obligado a los ordenamientos jurídicos a reaccionar, promulgando una normativa dirigida a procurar la restitución integral, y buscando dejar indemne a quien sufre daños por accidentes de circulación. El sistema de valoración de daños en los accidentes de circulación requiere de un estudio profundo dada su importancia, que se refleja no solo en el sector propio en el que se promulgó, sino en otros sectores ajenos en los que se aplica pese a que la norma no estaba destinada para ellos. No obstante, hemos observado que la diversidad de circunstancias que acontecen en un accidente no han podido quedar resueltas a nivel legislativo, pese al nutrido cuerpo legal que ha existido y existe sobre esta materia, circunstancias todas ellas que hemos pretendido abordar en este trabajo de investigación. Sin embargo, a nivel conclusivo, vamos a destacar tan solo aquellos puntos que nos han resultado más atractivos unos, discutibles otros, o ambas cosas.

II. Centrándonos en la Tabla I, que contiene las indemnizaciones básicas por muerte que deben recibir los familiares del fallecido, hemos observado que esta tabla, equipara las parejas de hecho consolidadas, al matrimonio, pero surge el debate de qué se debe entender por pareja de hecho consolidada, no es el momento de entrar de la problemática de las parejas de hecho, pero hubiera sido conveniente que el legislador especificara cuáles son los requisitos que deben reunir estas parejas para que se reconozca el derecho a la indemnización.

III. En relación a las situaciones de crisis matrimonial, no se contempla el cobro de las indemnizaciones para el cónyuge separado de hecho, puesto que la tabla únicamente hace referencia a la separación legal, por lo que nos preguntamos, si al no estar excluida expresamente del baremo, la separación de hecho, significa que esta situación está incluida. Creemos —y no hay razones que justifiquen lo contrario—, que la separación de hecho debería equipararse a la separación judicial, por lo que, en estos casos, entiendo no estimable el derecho a la indemnización, aunque se podrían ofrecer otras soluciones alternativas, ya que, en todo caso, al menos se debería adecuar la normativa que analizamos a la situación de separación de hecho, teniendo en cuenta que los propios cónyuges han podido pactar los efectos de la separación de hecho en un convenio, o prever una serie de limitaciones temporales, por ejemplo que no se reconozca el derecho a indemnización una vez que haya transcurrido un determinado plazo, que nosotros hemos fijado en cinco años, siempre que no se conviva de hecho con otra persona

IV. En relación a la nulidad matrimonial, creemos, que para casos de matrimonio putativo, en el supuesto de que el cónyuge de buena fe hubiese recibido la indemnización del artículo 98, al igual que ocurre con el divorciado con derecho a pensión compensatoria se debería fijar una indemnización igual al 50% de la prevista para la concurrencia de víctima con cónyuge.

V. En relación a los descendientes, conviene hacer una especial referencia a los nietos que, aunque no aparecen previstos en la indemnización de la Tabla I pues no figuran como personas con derecho a la indemnización por la muerte del abuelo, sin embargo, creemos que en ciertos casos, debe hacerse una aplicación análoga a la señalada para los hijos, así, por ejemplo cuando no concurra con ninguno descendiente, o concurriendo con alguno, el nieto conviva con el abuelo y dependa económicamente de él; e incluso debería incluirse aquellos supuestos en que el hijo de la víctima hubiera premuerto.

VI. Por otro lado, creemos que pese a que la normativa no contempla qué ocurre con las personas discapacitadas y los incapacitados judicialmente que sean

mayores de edad, y que se puedan considerar perjudicados por el fallecimiento de la víctima deberían tener la misma consideración y protección que los menores de edad, al darse la misma *ratio legis*, que sin duda es la protección integral de estas personas, que normalmente tendrán una dependencia tanto moral como económica de la víctima y que por ello sufren perjuicios (dolor y privaciones), en virtud del vínculo de afectividad que liga al fallecido con aquellos.

VII. También, consideramos que debe admitirse la posibilidad de aplicar el criterio de la Tabla I, e indemnizar en algunos casos a los parientes no incluidos y allegados, en supuestos tales como sobrinos, primos…, o menores en régimen de acogimiento permanente, que hayan sufrido un perjuicio, pues no podemos obviar que los lazos de afectividad que puedan existir entre ellos, en ocasiones, pueden ser mayores que los que provenga de la propia línea descendente o ascendente. Por tanto, y como vienen aplicando algunas Audiencias Provinciales e incluso el Tribunal Supremo en algún supuesto, creemos correcto que se utilice el criterio de la analogía, con el fin de resolver los posibles vacíos que puedan existir dentro del baremo, si bien es verdad, hay que tener presente en todo momento que para la aplicación por analogía ha de haber identidad de razón entre el supuesto objeto de regulación legal y aquel al que se pretende aplicar la norma.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Sentencias del Tribunal Constitucional

- 16 de octubre de 2000 *(RTC* 2000, 244)
- 7 de junio de 2001 *(RTC* 2001, 131)
- 11 de julio de 2001 *(RTC* 2001, 163)
- 7 de julio de 2005 *(RTC* 2005, 190)
- 11 de mayo de 2006 *(RTC* 2006, 149)

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil

- 17 de julio de 1996 *(RJ* 1996, 5676)
- 6 de marzo de 1998 *(RJ* 1998, 1496)
- 10 de mayo de 2005 *(RJ* 2005, 6379)
- 27 de abril de 2009 *(RJ* 2009, 4141)
- 26 de marzo de 2012 *(RJ* 2012, 5580)
- 10 de septiembre de 2012 *(RJ* 2012, 11046)
- 5 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 511)

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo penal

- 14 de febrero de 2003 *(RJ* 2003, 57498)

Sentencias de Audiencias Provinciales

- AP de Asturias de 27 de diciembre de 2000
- AP de Burgos de 20 de abril de 2006

- AP de Ciudad Real de 9 de marzo de 2010
- AP de Córdoba de 19 de abril de 1997
- AP de La Coruña de 12 de febrero de 2007
- AP de Cuenca de 29 de marzo de 1991
- AP de Granada de 17 de marzo de 2006
- AP de Guadalajara de 19 de octubre de 2001
- AP de Islas Baleares de 10 de marzo de 2006
- AP de León de 26 de marzo de 1996
- AP de Lugo de 24 de noviembre de 2011
- AP de Pontevedra de 3 de julio de 2007
- AP de Segovia de 31 de marzo de 2201
- AP de Sevilla de 26 de diciembre de 1997
- AP de Zaragoza de 23 de marzo de 1999

VIII. BIBLIOGRAFÍA

CABALLERO GEA, J. F. (2007). *Las responsabilidades penal, civil y de Administraciones Públicas del accidente de circulación*, Dykinson, Madrid.

COBO PLANA, J. A, (2010). *La valoración del daño a las personas por accidentes de tráfico.* Vol. I, Colección de medicina forense para abogados, Bosch, Barcelona.

FERNÁNDEZ ENTRALGO. J. (1997). *Valoración y resarcimiento del daño corporal. La reforma del sistema resarcitorio de los daños corporales derivados de la conducción de vehículos de motor en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre.* Marcial Pons, Madrid.

FERNÁNDEZ LAGO, B. M. (2013). *El hecho de la circulación*, en Diario La Ley, abril de 2013, pp. 1-13.

MARTIN-CASALS, M. (2011). La «modernización» del Derecho de la responsabilidad extracontractual, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, pp. 11-111.

MAGROT SERVET, V. (2010). *El lucro cesante en la incapacidad permanente en los accidentes de circulación, STS de 25 de marzo de 2010*, Diario La Ley, núm. 7445, 14 de julio de 2010.

MEDINA CRESPO. M., Los principios, normativos del seguro obligatorio y el desvanecimiento de su singularidad, *Documentos Jurídicos,* núm. 81, 1994, pp. 229. y sigs.

— (2000). *La valoración civil del daño corporal: bases para un tratado: análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y jurisprudencia*, T. 4. El fallecimiento, Dykinson, Madrid.

— (2003). La reforma proyectada del baremo básico de las lesiones permanentes (sistema de valoración de los daños corporales casados en accidentes de circulación), *Revista de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros,* núm. 7.

— (2008). Sobre la necesaria reforma del sistema legal valorativo, *Revista de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros,* núm. 27.

— (2011). Nuevo sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Primer borrador parcial de la Comisión de expertos para la reforma del sistema de valoración, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro,* núm. 39, pp. 119-126. www.asociacionabogadosrcs.org

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Derecho de Obligaciones, Principios de Derecho Civil II*, ed., Marcial Pons, Madrid.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., y CALDERÓN PLAZA, O., *Recíproca colisión entre dos vehículos de motor sin prueba de la contribución causal de cada uno de ellos*, en BD http://www.segurdoc.es

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (2013). *Cuestiones actuales sobre Responsabilidad Civil.* Aranzadi.

— (2014) *Manual de la valoración del daño corporal,* Aranzadi, 2 ed.

PANTALEÓN, F., Artículo 1902 en *Comentarios del Código Civil* del Ministerio de Justicia, dirigido por PAZ-ARES, BERCOVITZ, DIEZ-PICAZO, SALVADOR CODERCH.

POUS DE LA FLOR, M. P. (2015). La responsabilidad civil, derivada de la circulación de vehículos a motor, en *Derecho Civil de la Unión Europea,* Colex, Madrid.

PARRA LUCÁN, M. A. (2010). Responsabilidad Civil Extracontractual, *Curso de Derecho Civil,* vol. II. Derecho de Obligaciones, Coordinado por Martínez de Aguirre, Colex, Madrid.

REGLERO CAMPOS, F. (2003). Responsabilidad Civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, en Reglero Campos (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil,* 2.ª ed., Aranzadi Navarra.

— (2014a) *Accidentes de circulación; Responsabilidad civil y seguro*, Aranzadi, Navarra.

— (2014b), Valoración de daños corporales. El sistema valorativo de la Ley de responsabilidad civil y seguro de vehículos a motor, en Reglero Campos (coord.), *Tratado de responsabilidad civil,* 4.ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, vol. 1, cap. IV, pp. 655 y sigs.

— (2000). La sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, de 29 de junio, sobre el sistema de valoración de daños corporales de la LRCSCVM, *Actualidad Jurídica Aranzadi,* julio, p. 1.

RUBIO TORRANO, E. (2013). Responsabilidad civil por colisión recíproca de vehículos: nuevo criterio jurisprudencial, en *Tribuna,* núm. 10/2013, Aranzadi. pp. 1-3.

SANTOS BRIZ. J. (1996). *Responsabilidad Civil en los accidentes de circulación,* Doctrina y Jurisprudencia, La Ley, Madrid, pp. 19 y sigs.

URÍA, J. N. (1995). Problemas fundamentales del seguro automovilístico de responsabilidad civil en *Coloquios sobre la responsabilidad civil del automóvil* 23 aniversario de los coloquios de Bilbao. DJ, núm. 81, pp. 43 y sigs.

VICENTE DOMINGO (2003). El daño, en Reglero Campos (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil* Responsabilidad, 2.ª ed., Aranzadi, Navarra, p. 235.

XIOL RIOS, J. A, ¿Son indemnizables los perjuicios patrimoniales atípicos derivados del daño corporal en Sistema de valoración en materia de accidentes de circulación en *Revista Española de Abogados especializados en Responsabilidad civil y Seguros,* núm. 22, pp. 19 y 20. http://www.asociacionabogadosrcs.org/revistas/revista22.pdf

NOTAS

[1] REGLERO CAMPOS, F. (2013). *Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor.* Lecciones de responsabilidad civil. FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. (1997). *Valoración y resarcimiento del daño corporal. La reforma del sistema resarcitorio de los daños*

corporales derivados de la conducción de vehículos de motor en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. Marcial Pons, Madrid, pp. 22 y sigs. SANTOS BRIZ, J. (1996). *Responsabilidad Civil en los accidentes de circulación,* Doctrina y Jurisprudencia, La Ley, Madrid, pp. 19 y sigs.

[2] LRCSCVM, Ley Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos de motor. BOE núm. 627, de 5 de noviembre de 2004.

[3] PANTALEÓN, F., Artículo 1902 en *Comentarios del Código Civil* del Ministerio de Justicia, dirigido por PAZ-ARES, BERCOVITZ, DÍEZ-PICAZO, SALVADOR CODERCH, pp. 1977 y sigs.

[4] Así quedó establecido en el artículo 39 cuyo tenor literal puede leerse ya «el conductor de un vehículo a motor, que con motivo de la circulación causare daño a las personas o las cosas está obligado a reparar el daño causado, excepto cuando se pruebe que el mal fuera debido únicamente a la culpa o negligencia del perjudicado, o fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. No se considerarán como casos de fuerza mayor los defectos de este ni la rotura o fallo de alguna, de sus piezas o mecanismos». Artículo que se mantuvo en sus redacciones posteriores.

[5] El Real Decreto Legislativo 1301/1986, en su artículo 1, sobre daños indemnizables, queda redactado en los términos que se indican a continuación: «el conductor de un vehículo de motor que con motivo de la circulación cause daños corporales o materiales, estará obligado a repararlos conforme a lo establecido en la presente ley. 2. En el caso de daños corporales, y hasta el límite cuantitativo que reglamentariamente se fije, el conductor quedara exento de responsabilidad si se prueba que los mismos fueron debidos únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. No se considerarán como casos de fuerza mayor los defectos de este ni la rotura o fallo de algunas de sus piezas o mecanismos. 3 En el caso de daños materiales el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, artículo 19 del Código penal, y lo dispuesto en esta ley».

[6] BOGB. Serie A, núm. 143-1 de 17 de abril de 2015.

[7] Este artículo 1.1 de la LRCSCVM se mantiene en el Proyecto de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación de 10 de abril de 2015.

[8] Sobre este error se ha pronunciado la Jurisprudencia en diferentes sentencias como la STS de 6 de marzo de 1998, Sala de lo Civil *(RJ* 1998, 1496). Ponente: Excmo. Sr. FERNÁNDEZ CID DE TEMES, E., núm. de la sentencia 191/1998. La STS de 17 de julio de 1996, Sala de lo Civil *(RJ* 1996, 5676) Ponente: Excmo. Sr. MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J, núm. de la sentencia 618/1996, o la STS de 17 de junio de 1996, Sala de lo Civil, *(RJ* 1996, 5070). Ponente: Excmo. Sr. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. núm. de la sentencia 528/1996, entre otras.

[9] STS de 10 de septiembre de 2012 *(RJ* 2012, 11046). Ponente: Excmo. Sr. XIOL RÍOS, J. A., núm. de la sentencia 536/2012.

[10] REGLERO CAMPOS, F., *Accidentes de circulación: Responsabilidad Civil y Seguro,* Navarra, Thomson Aranzadi, 2013, pp. 380 y sigs.

[11] Además de la LRCSCVM, existen otras leyes, que asimilan en aspectos concretos la relación matrimonial a las relaciones análogas de afectividad, como la Ley 24/1994, de Arrendamientos Urbanos.

[12] POUS DE LA FLOR, M.ª P., *Derecho Civil de la Unión Civil de la Unión Europea,* Colex, 5.ª ed., Madrid, 2015, pp. 498 y sigs. CABALLERO GEA, J. A., *Las Responsabilidades penal y civil dimanantes del accidente de circulación,* Dykinson, 8.ª ed. Madrid, 2002, pp. 1252 y sigs.

[13] Recordemos que a partir de la Ley 13/2005, de 1 de julio (*BOE* núm. 157, de 2 de julio de 2005), se reconoce el matrimonio homosexual, de tal manera que «el matrimonio es la unión estable, de los contrayentes sean del mismo o diferente sexo».

[14] Ponente: Sr. MALDONADO MARTÍNEZ, J. En el mismo sentido debemos resaltar también la SAP de las Islas Baleares de 10 de marzo de 2006, Sección 1.ª *(JUR* 2006, 110299). Ponente: Ilma. Sra. DE LA SERNA PEDRO, M., núm. de la sentencia 71/20006, que incluye a la actual pareja en grupo I de la Tabla I, sin concurrencia con la esposa separada legalmente y la SAP de Pontevedra de 3 julio de 2007, Sección 3 *(JUR* 2007, 33245). Ponente: Ilmo. Sr. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ-MOLDES, A., núm. de la sentencia 290/2007, en la

que se concede indemnización a la pareja de hecho por considerarse que está acreditada su existencia y establece alguno de los requisitos que se exigían hasta ese momento para acreditar la unión extramatrimonial. Resulta también interesante, la SAP de Burgos de 20 de abril de 2006, sección 1.ª, *(JUR* 2006, 207100). Ponente: Ilmo. Sr. MARÍN IBÁÑEZ. F., núm. de la sentencia 128/2006, en la que la víctima mantiene a la vez del matrimonio una relación estable con otra persona, concediéndose exclusivamente al cónyuge la indemnización.

[15] Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 3.ª, núm. 290/2007 de 3 de julio *(JUR*. 2007, 332452). Ponente: Ilmo. Sr. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ-MOLDES, A.

[16] En este sentido puede verse REGLERO CAMPOS, si bien en la redacción de 2004, quien incluso entonces, fue muy criticó, considerando que en este caso debería poderse estar a las circunstancias del caso y demostrarse que se ha producido un perjuicio, debiendo indemnizarse exclusivamente en este último supuesto, p. 385.

[17] *BOE* núm. 163, de 9 de julio de 2005.

[18] SAP de León de 26 de marzo de 1996, Sección 2.ª, *(AC* 1996, 554). Ponente: Ilmo. Sr. MALLO MALLO, L. A. núm. de la sentencia 162/1996. En la: «*Que niega la condición de "perjudicados" que ha de concurrir en los beneficiarios de tal indemnización, condición que, en efecto, ha de ser negada a la apelante, pues, si bien subsistía el vínculo conyugal y era en efecto a la fecha del siniestro esposa del fallecido don Eutimio Q., es lo cierto que en los autos se evidencia que no existía "afectio maritalis" ni convivencia conyugal, pues, al menos desde tres meses antes al accidente, los esposos vivían separados de hecho, haciéndolo el fallecido en compañía de sus padres, habiéndose interpuesto por este demanda de separación contra su esposa en fecha 27 de mayo de 1992, circunstancia que maliciosamente se oculta por la apelante en su demanda y que no podía ignorar, pues consta probado que fue emplazada personalmente (F. 715) en fecha 2 de junio de 1992*».

[19] En la que pese a haberse presentado la demanda de separación por la esposa se concede a la misma el derecho a indemnización, al considerar que a la muerte del esposo no se había disuelto el vínculo conyugal. Citada por BARCELÓ DOMENECH, J., Separación de hecho e indemnización por muerte en caso de accidente de circulación, en *Indret,* 4/2002, p. 12, www.indret.es http://www.indret.com/pdf/100_es.pdf

[20] CABALLERO GEA, J. F., *Las responsabilidades penal y civil del accidente de circulación* Dykinson, Madrid, 2002, pp. 1252 y sigs.

[21] STC de 16 de octubre de 2000, Sala 1.ª, Recurso de amparo 2217/1997, *(RTC* 2000, 241). Ponente: Excma. Sra. CASAS BAAMONDE. M. E., núm. de la sentencia 241/2000.

[22] Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 20 de abril de 2006, núm. 128/2006 *(JUR* 2006, 207100). Ponente: Ilmo. Sr. MARTÍN IBÁÑEZ. F.

[23] Como acertadamente señala LASARTE ÁLVAREZ. C., comúnmente se había reservado el término separación legal para la separación judicial, abandonado de raíz el sistema causalista por parte de la Ley 15/2005, …probablemente sea preferible abandonar la expresión «separación legal» y cargar las tintas en la calificación que para la propia Ley 15/2005, resulta preferible «separación judicial», aunque frecuentemente la ley habla solo de separación a secas. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Familia, Principio de Derecho Civil VI,* 18.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 76 y 77, y sigs. Frente a la separación judicial, está la separación de hecho, como sabemos a partir de la Ley 15/2005, el cónyuge separado ya no le corresponde la cuota legitimaria (art. 834). Es verdad que la Ley 15/2015 de 2 de julio, sobre Jurisdicción Voluntaria en su disposición final primera apartado 69, el legislador, se ha visto obligado a sustituir el término de «separación judicial», por el de «separación legal», pero en nuestra opinión comete el error de enfrentarlo a la separación de hecho. Entendemos que había que sustituir, el término de separación judicial, por un término más amplio, puesto que actualmente la separación se puede decretar también por el notario o el secretario judicial, pero en nuestra opinión debería hablarse simplemente de separación permitida por ley, y de una vez por todas incluir a la separación de hecho que por supuesto también es legal.

[24] Artículo 98 del Código Civil, que establece que: «*El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97*».

[25] CABALLERO GEA, J. A, *Las Responsabilidades Penal y Civil dimanantes de los Accidentes de Circulación,* Dykinson, 8.ª ed., Madrid, 2002.

[26] SAP de Asturias de 27 de diciembre de 2000, Jurisdicción Penal, sección 7 *(JUR* 2001, 120322). Ponente: Ilmo. Sr. CASERO ALONSO. J.L núm. de la sentencia 333/2000.

[27] MEDINA CRESPO. M., (2003), *Daños corporales y Carta Magna,* Dykinson, Madrid.

[28] SAP de la Coruña de 12 de febrero de 2007, Sección 6 *(ARP* 2007, 413). Ponente: Ilmo. Sr. GÓMEZ REY. J, núm. de la sentencia 8/2007.

[29] Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 24 de noviembre de 2011, núm. 165/2011, *(JUR* 2011, 433383). Ponente: FERNÁNDEZ CLOOS, E.

[30] STS de 14 de febrero de 2003, Sala de lo Penal *(JUR* 2003, 57498). Ponente: desconocido.

[31] STS de 27 de abril de 2009, del Pleno. *(RJ* 2009, 4141). Ponente: Excmo. Sr. XIOL RÍOS, J. A., núm. de la sentencia 281/2009.

[32] LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (2013). *Cuestiones actuales sobre Responsabilidad Civil. Aranzadi,* LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (2014). *Manual de la valoración del daño corporal, Aranzadi, 2 ed.*

[33] STS de 5 de febrero de 2015, Sección 1, núm. 30/2015 *(RJ* 2015, 511) Ponente: SALAS CARCELLER, A.

[34] SAP de Segovia de 31 de marzo de 2001, Sala de lo Penal, *(RJ*). Ponente: Ilma. Sra. VILLALAIN RUIZ, M.ª J. núm. de la sentencia 13/2001.

[35] CABALLERO GEA, J. A., *Las Responsabilidades penal, civil y de las Administraciones Públicas, dimanantes de los accidentes de circulación,* Dykinson, 10.ª ed., Madrid, 2007.

[36] Conviene destacar la STC de 11 de mayo de 2006, Pleno *(RTC* 2006, 149). Ponente: Ilmo. Sr. PÉREZ TREMPS, P. núm. de la sentencia 149/2006, a modo de ejemplo, pues clarifica, que la norma establecida en el baremo, no excluye a los hermanos mayores de edad, de los beneficios indemnizatorios, sino que los desplaza frente a otros concurrentes a los que se les considera preferentes.

[37] SAP de Cuenca de 29 de marzo de 1991, citada por CABALLERO GEA, J. A, *Las Responsabilidades penal, civil y de las Administraciones Públicas, dimanantes de los accidentes de circulación,* Dykinson, 10.ª ed., Madrid, 2007, p. 1265.

[38] SAP de Sevilla 26 de diciembre de 1997, Sala de lo Penal *(ARP* 1998, 1392). Ponente: Ilmo. Sr. PAUL VELASCO J. M., núm. de la sentencia 230/1997. Por el Contrario la SAP de Guadalajara de 19 octubre 2011, Sección 1.ª, *(JUR* 2011\397611). Ponente: Ilmo. Sr. REGALADO VALDÉS, núm. de la sentencia 197/2011, no reconoce la indemnización a los cinco sobrinos del fallecido, pues no hay prueba suficiente de que se les causase a los sobrinos unos daños cuantificables económicamente.

[39] STS de 26 de marzo de 2012, Sala Civil, Sección 1.ª, *(RJ* 2012, 5580). Ponente: Excmo. Sr. XIOL RÍOS, J. A núm. 200/2012.

[40] Que pone de relieve que: Para no excluir del derecho a recibir indemnización a los perjudicados no comprendidos en las tablas, doctrina y jurisprudencia han resuelto amparar la reclamación de tales perjudicados atípicos en atención a diversos criterios que van, desde considerar que el SV solo vincula en la cuantificación pero no contiene una lista cerrada o enumeración exhaustiva de todos los posibles perjudicados con derecho a indemnización, a entender que cabe tomar en consideración circunstancias excepcionales para acordar indemnizaciones a su favor, a considerar que cabe eludir la preterición de perjudicados a través de una interpretación sistemática o incluso analógica, del SV. Relación a la posible interpretación analógica del SV, pese a que este omite cualquier referencia a los criterios clásicos de interpretación entre los que se encuentra el analógico, no puede obviarse que el propio texto legal contiene dos referencias indirectas a la analogía, en un caso para prohibirla y en otro para admitirla… Esta interpretación analógica permite reconocer derecho a indemnización a los perjudicados en situación funcional idéntica a la de determinados parientes sí incluidos en las Tablas…

[41] LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., «*La condición del perjudicado en las indemnizaciones por muerte en accidentes de circulación*». www.asociacionabogadosrcs.org

[42] La STC de 7 de julio de 2005, Pleno *(RTC* 2005, 190). Ponente: DELGADO BARRIO, F. J., núm. 190/2005 y la STC de 11 de mayo de 2006, Pleno, *(RTC* 2006, 149). Ponente: PÉREZ TREMPS, P., núm. sentencia 149/2006, relativas a la constitucionalidad de la exclusión de determinados familiares de la condición de perjudicados en caso de fallecimiento

de la víctima a la hora de establecer la indemnización en accidente de tráfico, sin que el sistema de baremo, impida a los excluidos-interesados acceder a un proceso para defender su pretensión de que se declare su perjuicio por fallecimiento de la víctima. El caso concreto que resuelve esta sentencia el supuesto de que los hermanos mayores de edad de la víctima, grupo V de la tabla I, cuando con ellos concurra los contemplados en el concreto grupo IV de la tabla I.

Como destacó la STC 244/2000, de 16 de octubre (RTC 2000, 244) *…lo que se somete a la consideración de este Tribunal sí es una «diferencia de trato entre personas», en concreto, entre los hermanos mayores de edad y los menores que —en ambos casos— hubieran convivido con la víctima: a los primeros no atribuye la Ley la condición de perjudicados-beneficiarios, a los segundos sí. Para la aplicación de esta doctrina en la presente cuestión, hemos de subrayar que las ya aludidas limitaciones cuantitativas de las indemnizaciones corren paralelamente a la determinación de la lista de perjudicados-beneficiarios: así, el grupo IV como hemos visto incluye en aquella los hermanos menores de edad con exclusión de los mayores. Junto a esto, hemos de indicar que la propia tabla I contempla como perjudicados-beneficiarios a los hermanos mayores de edad de la víctima mortal en accidente de circulación en el siguiente grupo de la misma, el V y último, bajo la rúbrica «Víctima con hermanos solamente». Esta previsión evidencia que el legislador no niega el carácter de perjudicados morales a los hermanos mayores de edad de la víctima fallecida en el siniestro circulatorio, sino, antes bien, que caso de que pervivan a la misma sus ascendientes, opta (grupo IV) por concentrar las cantidades resarcitorias en estos y en los hermanos menores de edad. Dicho de otro modo, la ausencia de los hermanos mayores de edad en las previsiones del grupo IV no se debe a ningún propósito del legislador de excluirlos de la condición de perjudicados-beneficiarios, sino a la concreta circunstancia que se describe en la rúbrica de dicho grupo, esto es, a la existencia de ascendientes y eventualmente de hermanos menores de la víctima del accidente de tráfico cuando esta carece de cónyuge e hijos atendiendo a la ratio limitadora de las compensaciones económicas que preside el sistema, y es que la concurrencia con unas u otras personas puede dar lugar a supuestos indemnizatorios diferenciados, dado que «la limitación de las cantidades resarcitorias por víctima mortal en accidente de circulación constituye manifiestamente uno de los pilares del sistema regulado por la Ley sobre responsabilidad civil de vehículos a motor (*RCL *1968, 690).*

Es indudable que perfectamente podría haber optado el legislador por añadir a los familiares previstos en el grupo IV a los hermanos mayores de edad de la víctima fallecida, ya incluyéndolos también como otros perjudicados-beneficiarios más con sus propias cantidades a percibir, ya prorrateando una cantidad global en función de los ascendientes y del resto de hermanos, ya con cualquier otra fórmula. No lo ha hecho así, prefiriendo concentrar en los ascendientes y en los hermanos menores de edad, las cantidades resarcitorias y, a la vista de tal solución, parece difícil que pueda «tildarse de caprichoso o arbitrario el criterio utilizado para anudar a esas desiguales situaciones el efecto limitativo de cuya constitucionalidad se duda» (STC 100/1990, de 4 de junio [RTC *1990, 100], F. 5), cuando tal criterio resulta consistir en un dato tan objetivo como la mayoría de edad, que obviamente comporta para quienes no llegan a ella una situación socio-jurídica sensiblemente distinta de quienes la rebasan, convirtiendo a unos y otros, en principio, en términos que no admiten adecuada comparación.*

A lo expuesto es imprescindible añadir otras consideraciones relativas al sentido de la minoría de edad. «Dado que para el examen de la constitucionalidad de una Ley la interpretación de esta es un prius lógico insoslayable» (STC 83/2005, de 7 de abril [RTC *2005, 83] , F. 3) es necesario llamar la atención sobre una finalidad de los preceptos cuestionados no destacada por la interpretación de los mismos que realiza el Auto de planteamiento de la cuestión. Según este, el único dato considerado relevante por aquellos para atribuir al hermano de la víctima la consideración de perjudicado-beneficiario sería la intensidad de la relación afectiva que derivaría de los elementos típicos de esa relación de parentesco y de la convivencia. Verdaderamente, según esta interpretación, no sería fácil justificar la razonabilidad del trato diferenciado entre el hermano mayor y el hermano menor de edad, porque no es ni mucho menos evidente cómo debe el legislador valorar la edad en relación con el daño afectivo derivado de la muerte de un hermano.*

Se desprende fácilmente de la regulación cuestionada, sin embargo, que a la finalidad de la misma de reparar predominantemente un daño afectivo se añade otra que es la de prestar la

protección derivada del derecho a recibir indemnización a una categoría de personas también típicamente necesitada de una mayor protección: la de los menores de edad (art. 39.3 y 4 CE [RCL *1978, 2836]).*

…Desde la perspectiva del principio de igualdad (tanto en su vertiente de igualdad en la Ley, como en la de igualdad en la aplicación de la Ley del art. 14 CE), esas referencias constitucionales específicas a colectivos personales permiten (y, a veces, imponen) el establecimiento de tratos diferenciadores positivos o favorables que, aunque impliquen una desigualdad, no pueden considerarse contrarios al mencionado artículo 14 CE. Este Tribunal ha hecho uso de los mencionados principios rectores que identifican grupos personales merecedores de especial protección en el sentido expuesto: «la maternidad y, por tanto, el embarazo y el parto son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del artículo 39.2 CE y, por tanto, las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre»…

Así es, como se acaba de transcribir parcialmente en el fundamento anterior y ahora procede recordar en su integridad en relación con la inmatizada aseveración del órgano judicial proponente de la presente cuestión de inconstitucionalidad, dijimos en dicha sentencia que si los hermanos mayores de la víctima mortal en accidente de tráfico no son contemplados como perjudicados/beneficiarios en el grupo IV de la tabla I, sí lo son en cambio en el grupo V y último de la misma. Esta previsión pone de manifiesto «que el legislador no niega el carácter de perjudicados morales a los hermanos mayores de edad de la víctima fallecida en el siniestro circulatorio, sino, antes bien, que caso de que pervivan a la misma sus ascendientes, opta (grupo IV) por concentrar las cantidades resarcitorias en estos y en los hermanos menores de edad. Dicho de otro modo, la ausencia de los hermanos mayores de edad en las previsiones del grupo IV no se debe a ningún propósito del legislador de excluirlos de la condición de perjudicados-beneficiarios, sino a la concreta circunstancia que se describe en la rúbrica de dicho grupo, esto es, a la existencia de ascendientes y eventualmente de hermanos menores de la víctima del accidente de tráfico cuando esta carece de cónyuge e hijos atendiendo a la ratio limitadora de las compensaciones económicas que preside el sistema, y es que la concurrencia con unas u otras personas puede dar lugar a supuestos indemnizatorios diferenciados…

Así las cosas, y —de nuevo en nuestros propios términos— como quiera que, «si la norma de que tratamos no se muestra como desprovista de fundamento, aunque pueda legítimamente discreparse de la concreta solución, entrar en un enjuiciamiento de cuál sería su medida justa supone discutir una opción tomada por el legislador que, aunque pueda ser discutible, no resulta arbitraria ni irracional» (SSTC 131/2001, de 7 de junio *[RTC* 2001, 131], F. 5, o 104/2000, de 13 de abril *[RTC* 2000, 104]*, F. 8), resulta forzoso concluir que, contra lo afirmado por el órgano judicial cuestionante, no puede reputarse injustificado o irrazonable el criterio de la exclusión de los hermanos mayores de edad de víctimas mortales de accidentes de circulación sin cónyuge ni hijos, cuando concurren con los ascendientes (y en su caso hermanos menores de edad) contemplados en el grupo IV de la tabla I, por lo que también ha de descartarse la conculcación del derecho a la integridad moral (art. 15 CE* [RCL *1978, 2836]) de aquellos por los preceptos de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor especificados, aducida en el Auto mediante el que se eleva la cuestión de inconstitucionalidad que aquí se resuelve.*

[43] STS de 10 de mayo de 2005, Sala de lo Civil, *(RJ* 2005, 6379). Ponente: Excmo. Sr. FERRÁNDIZ GABRIEL, J., núm. de la sentencia 313/2005.

[44] XIOL RÍOS, J. A., establece a título de ejemplo diversos supuestos donde se acredita la existencia de una relación de afectividad con el fallecido equiparable a la que se presume por parentesco con los beneficiarios legalmente establecidos como son:

— los perjudicados hermanos menores de 25 años, pero no menores de edad, que concurren con padre o abuelos de la víctima,
— los perjudicados hijastros de la víctima en situación similar a los hijos,
— los perjudicados nietos de la víctima, en caso de premoriencia del progenitor viudo de la misma línea, especialmente cuando quedan en situación de desamparo,
— el perjuicio de los novios prometidos.

1.7. Concursal civil

El tratamiento del sobreendeudamiento de la persona física en Francia mediante procedimientos especiales*

How unsustainable indebtedness in private individuals is dealt with in France by way of special proceedings

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil

RESUMEN: En el presente trabajo la autora analiza los procedimientos de sobreendeudamiento simple y de restablecimiento personal, existentes en Francia para el tratamiento del sobreendeudamiento de la persona física. Estos procedimientos se regulan en el Código de Consumo, estando excluidos de los mismos, los deudores que entran dentro del ámbito de aplicación del procedimiento concursal comercial: comerciantes, artesanos, agricultores y, desde la reforma de 2005, los profesionales liberales. En el procedimiento de sobreendeudamiento simple, que es un procedimiento para el tratamiento de deudas, puede adoptarse como medida recomendada por la Comisión de sobreendeudamiento y homologada por el juez del Tribunal de Instancia, la condonación parcial de deudas, con exclusión de algunas especialmente caracterizadas. En el segundo, que es un procedimiento de liquidación de activos, de tipo concursal, la condonación de la deuda pendiente tras su conclusión, es total, igualmente con exclusión de ciertas deudas especialmente caracterizadas. Cabe también un procedimiento de restablecimiento personal sin liquidación de activos, cuando el deudor no posee bienes embargables, con los mismos efectos de condonación que el anterior.

ABSTRACT: In this work, the author examines the proceedings for simple unsustainable indebtedness and the reinstatement of debtors operating in France in order to deal with unsustainable indebtedness in private individuals. These proceedings are governed by the Consumer Code, and excludes debtors who fall within the scope of application of commercial insolvency proceedings, such as traders, artisans, farmers, and (since the 2005 reform) liberal professionals. Proceedings for simple unsustainable indebtedness (aimed at resolving the debts) may order a partial write-off of the debts (albeit excluding some specially-defined liabilities) following a recommendation by the Unsustainable Indebtedness Commission and validated by the Judge of the

* Este trabajo ha contado con la financiación del Ministerio de Economía y Competitividad, a través del Proyecto DER 2013-46315 «Préstamo responsable y ficheros de solvencia». Investigadora Principal: M. CUENA CASAS.

pertinent Court. In the second proceedings, which are insolvency-type proceedings for the liquidation of assets, the outstanding debt following the conclusion of the proceedings is written off in full, although some specially-defined liabilities are likewise excluded. There is also the possibility of proceedings for the reinstatement of debtors without liquidation of assets where the debtor does not have any assets to seize, with the same write-off effects as the previous proceedings.

PALABRAS CLAVE: Francia. Sobreendeudamiento. Procedimientos especiales. Fresh start.

KEY WORDS: France, unsustainable indebtedness, special proceedings, write-off of debts.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL TRATAMIENTO DEL SOBREENDEUDAMIENTO DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN FRANCIA A TRAVÉS DE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES. 1. El procedimiento de sobreendeudamiento «simple» o subsidiariamente judicial procedente de la reforma de 1995-1998. *A) Requisitos para la apertura del procedimiento. B) Estructura del procedimiento.* a) Inadmisión/admisión de la demanda, instrucción y orientación del expediente. b) Fase amistosa. c) Fase contenciosa. 2. El procedimiento judicial «de restablecimiento personal». *A) El procedimiento de restablecimiento personal sin liquidación judicial. B) El procedimiento de restablecimiento personal con liquidación judicial*. —III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho francés, ante el sobreendeudamiento de los particulares, ha adoptado dos tipos de medidas. Por una parte, ha introducido la noción de préstamo responsable, obligando a las entidades financieras a suministrar información a los prestatarios y a advertirles frente a una asunción excesiva de crédito, imponiendo a aquellas determinadas sanciones si efectúan un préstamo a una persona con sobreendeudamiento previsible. Por otro lado, ha dado un tratamiento especial (diverso del procedimiento concursal comercial, aplicable a las personas jurídicas y a los profesionales) a las situaciones de sobreendeudamiento, desde la adopción de la Ley 89-1010, de 31 de diciembre de 1989, *Relative a la prévention et au règlement des dificultés liées au surendettement des particuliers et des familles* (conocida como Ley Neiertz)[1]. En este trabajo nos centraremos en el estudio de estos procedimientos especiales, dejando para un momento posterior el estudio de la noción de préstamo responsable en Francia (así como los ficheros de solvencia) y su incidencia en los mencionados procedimientos.

II. EL TRATAMIENTO DEL SOBREENDEUDAMIENTO DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN FRANCIA A TRAVÉS DE PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

El Código Civil francés de 1804 no contempló ninguna disposición relativa a la insolvencia de los particulares. Razonando sobre el parámetro del «buen padre

de familia», entendía que por hipótesis, aquel no deviene insolvente. Únicamente, de modo excepcional, el actual artículo 1244-1 y sigs., prevé la posibilidad de que el deudor pueda pedir un plazo de gracia[2]. La Ley 89-1010 (integrada después, en 1993, en los artículos L. 331-1 y sigs. del Código de Consumo)[3], instituyó dos procedimientos para tratar las situaciones de sobreendeudamiento: el «arreglo amistoso» (*règlement amiable*) y el «enderezamiento judicial civil» («*redressement judiciaire civil*»). Entró en vigor el 1 de marzo de 1990. Estos procedimientos fueron muy utilizados por los consumidores[4]. El fenómeno del sobreendeudamiento evolucionó con el paso del tiempo en Francia. Si bien en 1989 el mayor problema era el del sobreendeudamiento activo (o sea, situación de personas que abusaron del crédito), desde los años 1995 - 2000 la mayor parte de los casos de sobreendeudamiento fueron de sobreendeudamiento pasivo (o sea, sobreendeudamiento motivado por accidentes o contratiempos de la vida: paro, enfermedad grave, viudedad…). Esta evolución impuso cambios legislativos. Así, la modificación de la Ley 89-1010, por la Ley 95-125, de 8 de febrero de 1995, *relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale, et administrative* que suprimió la dualidad de procedimientos (arreglo amistoso y enderezamiento judicial civil), creando un procedimiento administrativo único, en que la competencia de la Comisión deviene principal, y la del juez, en adelante, el Juez de la Ejecución, *subsidiaria*. Posteriormente, la Ley 98-657, de 29 de julio de 1998, *D'orientation relative à la lutte contre les exclusions* amplió el marco de las medidas aplicables al deudor sobreendeudado, estableciendo que en los casos más graves el procedimiento podía concluir con una condonación parcial (o incluso, total de deudas), esto es, con un *fresh start*. No solo tuvo en cuenta el sobreendeudamiento activo, sino también el pasivo. Finalmente, se promulgó una tercera Ley, en atención a que la solución arbitrada por la Ley de 29 de julio de 1998 no parecía suficiente para tratar las situaciones más graves. Así, la Ley 2003-710, de 1 de agosto de 2003, conocida como *Loi Borloo* instituyó un procedimiento judicial, el *rétablissement personnel* o restablecimiento personal, que convivía con el procedimiento administrativo creado en 1995-1998[5]. Con esta norma se pasa de un régimen de tratamiento de las deudas a un régimen de revisión del pasivo por liquidación de deudas[6]. La Ley 2003-710 fue objeto de modificación por Ley 2007-290, de 5 de marzo de 2007, *Instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale,* con vistas a mejorar el funcionamiento del procedimiento de restablecimiento personal. Esta Ley instituyó también el derecho a la vivienda, oponible. Una nueva modificación de este procedimiento se produce por Ley 2007-1787, de 20 de diciembre. La ley de modernización de la economía 2008-776, de 4 de agosto de 2008, extendió el procedimiento administrativo de 1995-1998, o procedimiento subsidiariamente judicial, a los garantes de una sociedad, aunque la garantía suscrita en relación con las obligaciones de la sociedad, tuviese un carácter profesional[7]. Un nuevo cambio en profundidad se produce por la Ley 2010-737 de 1 de julio de 2010, *portant réforme du crédit à la consommation* (que transpone en el Derecho Francés la Directiva comunitaria de 23 de abril de 2008 sobre el crédito al consumo)[8], así como por la Ley 2010-1249, de 22 de octubre de 2010, *de régulation bancaire et financière,* que modificó la anterior antes de su entrada en vigor, el Decreto 2010-1304 de 29 de octubre *relatif aux procédures de traitement des situations de surendettement des particuliers,* que complementa a la Ley de 1 de julio de 2010, dando nueva redacción a los artículos R. 331-1 y sigs. del Código de Consumo, a fin de poner en armonía la parte reglamentaria de este Código relativa al sobreendeudamiento con la ley

precitada y la Ordenanza 2010-1512, de 9 de diciembre de 2010, *portant adaptation du Droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement á l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, que precisa aún más las disposiciones relativas al sobreendeudamiento[9]. También cabe mencionar la Ley 2010-1609, de 22 de diciembre de 2010, *relative à la execution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certains professions réglementées et aux experts judiciaires,* que devuelve la competencia al juez del Tribunal de Instancia (*vid*. Decreto 2011-741 de 28 de junio, *relatif au trasfert du contentieux du surendettement du juge de l'execution au juge du tribunal d'instance)*[10]. Finalmente, hay que destacar las Leyes *Hamon y ALUR,* respectivamente, Ley 2014-344, de 17 de marzo de 2014, *relative à la consommation* y Ley 2014-366 de 24 de marzo de 2014, *pour l'accès au logement et un urbanisme rénové,* que han venido acompañadas de la Circular de 5 de mayo de 2014, *de présentation des dispositions des lois n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, relatives au traitement des situations de surendettement,* así como por la Circular de 22 de julio de 2014, *relative à la procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers*[11].

Podemos indicar, pues, que la legislación aplicable actualmente para los casos de sobreendeudamiento de particulares se encuentra regulada en Francia en los artículos L. 330-1 a 341-6 (*Partie législative*, Título III del Libro III), y R.331-1 a 336-8 (*Partie réglementaire*, Título III del Libro III), del Código de Consumo Francés, siendo la rúbrica de ambos títulos «*Traitement des situations de surendettement*», dentro del Libro «*Endettement*» y existiendo dos procedimientos, el subsidiariamente judicial (creado en 1995-1998) y el procedimiento de restablecimiento personal (judicial), creado en 2003.

1. El procedimiento de sobreendeudamiento «simple» o subsidiariamente judicial procedente de la reforma de 1995-1998

Se trata de un mini-procedimiento colectivo para los particulares con exceso de deuda, que les permite cumplir con sus deudas de forma progresiva según un plan o proyecto de liquidación.

A) Requisitos para la apertura del procedimiento

Estos requisitos se subdividen en requisitos relativos a la persona del deudor y requisitos relativos a su endeudamiento. *En relación con el deudor*, solamente puede abrir este procedimiento una persona física (art. L. 330-1), ya sean franceses residentes en Francia o en el extranjero (art. L. 333-3-1). Es preciso, además, que ese deudor persona física sea deudor de buena fe. El sobreendeudamiento es, en principio, el de una persona considerada individualmente, independientemente de su situación familiar. Pero esta se refleja necesariamente sobre la situación de sobreendeudamiento, aunque solo sea por razón de la solidaridad de los esposos en las deudas domésticas y los pequeños créditos utilizados para estas necesidades (art. 220 del Código Civil)[12]. La Ley excluye (art. L. 333-3) a los deudores que entran dentro del ámbito de aplicación del procedimiento concursal comercial: comerciantes, artesanos, agricultores y, desde la reforma de 2005, los profesionales liberales, de manera que no cabe para estos la elección de procedimiento.

Esta exclusión rige, incluso, si se trata de deudas no profesionales, con el fin de evitar la elección de procedimiento[13].

En relación con el endeudamiento, el artículo L. 330-1 define la situación de sobreendeudamiento en que debe encontrarse el deudor como la imposibilidad manifiesta del deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas no profesionales exigibles o que van a vencer o al compromiso de garantizar o de cumplir solidariamente la deuda de un empresario individual o de una sociedad (siempre que no haya sido, de hecho o de derecho, directivo de esta)[14]. Para la tramitación de este procedimiento de sobreendeudamiento simple es necesario que el deudor, a pesar de su sobreendeudamiento, cuente con recursos que permitan estructurar un proyecto de medidas para paliar su situación. Cuando su situación es irremediablemente comprometida, el procedimiento adecuado es el de restablecimiento personal (con o sin liquidación judicial).

B) Estructura del procedimiento

a) Inadmisión/admisión de la demanda, instrucción y orientación del expediente

El procedimiento se inicia mediante solicitud (gratuita) del deudor ante la Comisión de Sobreendeudamiento correspondiente al lugar de su domicilio. Su composición está determinada por el Código de Consumo (art. L. 331-1). El procedimiento tiene carácter administrativo pero si la Comisión no logra que se adopte un convenio, el procedimiento puede adquirir un carácter subsidiariamente judicial. La Comisión decide sobre la *admisibilidad* de la solicitud, es decir, decide acerca de si se cumplen los requisitos del artículo L. 330-1. Si se declara inadmisible la demanda, el deudor puede formular oposición ante el juez del Tribunal de Instancia. Igualmente, los acreedores pueden recurrir ante este juez si consideran que no procedía la admisión de la demanda[15]. La Comisión tiene un plazo de 3 meses (art. L. 331-3) para adoptar dicha decisión, y en caso de admisión proceder a la *instrucción* y *orientación del expediente*[16]. Para determinar la orientación del expediente, el artículo L. 331-3. II, indica que la Comisión debe establecer el estado de endeudamiento del deudor después de, en su caso, hacer publicar un llamamiento a los acreedores[17]. La Comisión puede obtener de las Administraciones Públicas, establecimientos de crédito, sociedades de financiación, establecimientos de dinero electrónico, establecimientos de pago, organismos mencionados en el artículo L. 511-6, párrafo 5.º, del Código monetario y financiero, de los organismos de seguridad y previsión social *así como de los servicios encargados de centralizar los riesgos bancarios y los incidentes de pago, toda información que le permita alcanzar un exacto conocimiento sobre la situación del deudor, la evolución posible de este y los procedimientos de conciliación amistosa en curso.* Las Administraciones Públicas territoriales y los organismos de Seguridad Social proceden, a su solicitud, a realizar averiguaciones sociales[18]. De acuerdo con el artículo L. 331-4, la Comisión informa al deudor del estado del pasivo que ella ha establecido. El deudor que discute dicho estado dispone de un plazo de 20 días para solicitar a la Comisión el sometimiento de la cuestión al juez del Tribunal de Instancia, a fin de verificar la validez de los créditos, de los títulos que los constatan, y del montante de las sumas reclamadas, indicando los créditos discutidos y los motivos que justifican su demanda. La Comisión debe atender esta demanda. Incluso en ausencia de demanda del deudor, la Comisión puede, en caso de dificultades, solicitar el conocimiento del juez del Tribunal de Instancia para los mismos fines.

Si de la instrucción del expediente se desprende que el deudor está en una situación *irremediablemente comprometida* [no es posible la aplicación de las medidas propias del procedimiento de sobreendeudamiento, o sea, las de los artículos L. 331-6, L. 331-7, L. 331-7-1 y L. 331-7-2] pero dispone de otros bienes diversos que los mencionados en el artículo L. 330-1II. 1.º (bienes muebles necesarios para la vida corriente, y bienes no profesionales indispensables para el ejercicio de su actividad profesional o bienes desprovistos de valor de mercado o cuyo precio de venta sería manifiestamente desproporcionado en relación a su valor venal), la Comisión, después de haber convocado al deudor y obtenido su consentimiento, somete el asunto al juez del Tribunal de Instancia a fin de abrir un procedimiento de restablecimiento personal *con liquidación judicial*. La falta de respuesta del deudor a la convocatoria equivale al rechazo de dicho sometimiento. En caso de rechazo del deudor a someterse al procedimiento de restablecimiento personal, la comisión recupera sus competencias en los términos de los artículos L. 331-6, L. 331-7, L. 331-7-1 y L. 331-7-2. Si la situación del deudor es irremediablemente comprometida, y la Comisión constata que el deudor no posee más que los bienes muebles indicados antes, puede recomendar un procedimiento de restablecimiento personal sin liquidación judicial (art. L. 330-1.III.2.º).

Si la decisión de la Comisión considera que la situación del deudor *no está irremediablemente comprometida,* entonces el procedimiento subsidiariamente judicial se desarrolla en dos fases, fase amistosa, y si esta fracasa, fase contenciosa.

b) Fase amistosa

La Comisión busca que deudor y principales acreedores lleguen a un acuerdo con el fin de elaborar un convenio de saneamiento (art. L. 331-6)[19]. El acuerdo a alcanzar no requiere homologación judicial, sino que se firma por las partes bajo el control de la Comisión. El procedimiento puede terminar, pues, sin intervención judicial, en ausencia de recurso contra las decisiones de la Comisión. Basándose en el principio de libertad contractual, y con el límite del orden público, es posible acordar todo tipo de medidas, incluso condonación de deudas[20]. Desde la Ley 98-657, de 29 de julio de 1998, la ley obliga a que el deudor conserve los recursos básicos para hacer frente a los gastos de la vida cotidiana (art. L. 331-2)[21].

El convenio tiene carácter contractual, uniendo a deudor y acreedores, con la condición de que estos formen parte del plan acordado. Se genera, pues, en el deudor el deber de cumplir sus obligaciones respetando las condiciones pactadas y actuando de buena fe, por lo que no debe contraer nuevos préstamos ni realizar actos de disposición patrimonial sin autorización previa de la Comisión. El convenio, con el plan de pagos adoptado, debe prever las modalidades para su ejecución. Si el deudor no respeta las obligaciones contraídas con el plan, este deviene ineficaz de pleno derecho, quince días después de haberse dirigido al deudor una notificación infructuosa de tener que ejecutar sus obligaciones (art. R. 334-3 del Código de Consumo). Si el intento de acuerdo fracasa, la Comisión levanta un acta de no acuerdo, notificándolo a las partes[22].

c) La fase contenciosa

La fase contenciosa también se desarrolla ante la Comisión. «El nuevo artículo L. 331-7 del Código de Consumo, tal como resulta de la ley de 1 de julio de

2010, permite imponer a las partes, en caso de fracaso de la conciliación, unas medidas que son enumeradas en este artículo. Hay aquí un cambio radical por referencia al régimen anterior a la Ley de 2010. En efecto, en el régimen anterior, la comisión no podía más que proceder a recomendaciones (a los acreedores, *ordinarias*, en caso de sobreendeudamiento genérico y *extraordinarias*, en caso de insolvencia pero que no llegaba a ser irremediable) que ella transmitía al juez de la ejecución[23]. Hoy, la Comisión dispone de un poder de constricción [de los acreedores] pero limitado. En efecto, el poder de constricción de la Comisión se limita a las medidas enumeradas en el artículo L. 331-7, lo que no impide que la Comisión se vea en lo sucesivo investida de poderes que hasta ahora no eran concedidos más que a los magistrados [en la medida en que]... la Comisión de Sobreendeudamiento puede *imponer* [ella directamente] todas o parte de las medidas siguientes: A) Reescalonar el pago de deudas. La duración total del reescalonamiento no puede exceder de ocho años. Este plazo no puede ser superior a la mitad del plazo restante de los empréstitos en curso. B) Imputar los pagos primero al capital. C) Reducir la tasa de interés de las sumas correspondientes a los vencimientos aplazados... D) Suspender la exigibilidad de los créditos que no sean los debidos en concepto de alimentos por una duración que no puede exceder de dos años. Al término de estos dos años, la Comisión reexamina la situación del deudor y puede retomar una o varias de las medidas previstas en este artículo, con la excepción de determinar un nuevo periodo de suspensión de la exigibilidad de los créditos. Puede también recomendar un restablecimiento personal sin liquidación judicial o someter al juez una solicitud de restablecimiento personal con liquidación judicial. Salvo decisión contraria de la Comisión, la suspensión de los créditos comporta suspensión del pago de los intereses debidos a título de créditos suspendidos. Durante la suspensión, solo las sumas debidas a título de capital pueden producir intereses al tipo legal o a un tipo inferior (art. L. 331-7. 4.º Código de Consumo). La duración total de estas medidas no puede exceder de ocho años. La nueva ley reduce así dos años dicha duración, porque en el texto anterior, la duración era de 10 años[24]. *Si las decisiones de la Comisión de sobreendeudamiento no son recurridas, las medidas se imponen a los acreedores y al deudor*, salvo a los acreedores cuya existencia no hubiera sido señalada a la Comisión (encontramos aquí una noción próxima a la tercería en oposición). Así, entonces, la Comisión de sobreendeudamiento podrá imponer el plan de restablecimiento que ella había propuesto, en la medida en que las decisiones que haya tomado sean compatibles con el nuevo artículo L. 331-7 del Código de Consumo, y en la medida en que ella no haya sido convencida por los argumentos de unos o de otros de la necesidad de modificar este plan. Ella podrá así vencer la oposición de un acreedor que no quisiera adoptar medidas favorables al deudor»[25]. Para la aplicación del presente artículo, la Comisión tomará en cuenta *el conocimiento que podía tener cada uno de los acreedores, en el momento de la conclusión de los diferentes contratos, de la situación de endeudamiento del deudor. Ella puede igualmente verificar que el contrato ha sido consentido con la seriedad que imponen los usos profesionales. He aquí la noción de préstamo responsable con consecuencias jurídicas en los derechos del acreedor*. Es posible, no obstante, que las decisiones imperativas de la Comisión de sobreendeudamiento sean impugnadas ante el juez del Tribunal de Instancia. «Como las medidas impuestas por la Comisión de Sobreendeudamiento son susceptibles de suponer un atentado contra el principio fundamental de la libertad contractual (art. 1134 del Código Civil), el juez del Tribunal de Instancia es competente en vía de recurso contra las decisiones impuestas por la Comisión (art. L. 332-2 del Código de Consumo).

Una parte, es decir, el deudor y los acreedores (¿pero qué decir para el garante?—se pregunta RAYMOND) dispone de un plazo de quince días para formar este recurso. El juez competente dispone de poderes de investigación: puede publicar un llamamiento a los acreedores, proceder incluso de oficio, a una verificación de los créditos y de los títulos que les constatan, verificar la existencia del carácter irremediablemente comprometido de la situación en la que se encuentra el deudor, y de una manera más general, prescribir toda medida de instrucción que estime necesaria. Puede igualmente, a petición de una de las partes, ordenar la ejecución provisional de cada una de las medidas impuestas por la Comisión. Después de la instrucción que el lleva a cabo, el juez del Tribunal de Instancia puede adoptar cada una de las medidas previstas en los artículos L. 331-7, 331-7-1 y 331-7-2»[26]. La idea de «recomendaciones a los acreedores», homologables por el órgano judicial, resurge en el artículo L. 331-7-1.[27]. Como señala RAYMOND, las recomendaciones intervienen para las afectaciones más graves a las relaciones contractuales acreedor-deudor, afectaciones que la ley ha querido reservar al juez (venta forzosa de la vivienda principal del deudor y condonación parcial de créditos). En todo caso, la Comisión puede subordinar sus recomendaciones al cumplimiento por el deudor de actos que faciliten o garanticen el pago de la deuda (art. L. 331-7-2 del Código de Consumo). «Por las mismas razones que las invocadas para las vías de recurso contra las medidas impuestas por la Comisión de sobreendeudamiento, y porque las medidas recomendadas pueden constituir atentados más graves aún al principio, enunciado en el artículo 1134 Código Civil, según el cual el contrato es la ley de las partes, la decisión se reserva al juez del Tribunal de Instancia. El juez dispone de los mismos poderes de investigación que para el caso de impugnación de las medidas impuestas. Le incumbe homologar o no las recomendaciones formuladas por la Comisión de sobreendeudamiento. El juez es instado por la Comisión… después de que ella haya dado su opinión… De hecho, la decisión del juez dependerá de la existencia, o no, de impugnación de las recomendaciones. En el caso de que no haya sido formulada ninguna reclamación en el plazo reglamentario, el juez del Tribunal de Instancia homologa, por ordenanza, las recomendaciones de la Comisión y les otorga fuerza ejecutoria después de haber verificado su regularidad (y su fundamento, en el caso de la condonación de deudas). … La recomendación deviene entonces un verdadero contrato judicial impuesto a las partes por la decisión del juez. La decisión del juez no tiene la autoridad de cosa juzgada (puede, pues, recurrirse). Si el juez rehúsa homologar, el reenvía el expediente a la Comisión de sobreendeudamiento a fin de que ella pueda modificar sus recomendaciones… En caso de impugnación de las medidas recomendadas por la Comisión de sobreendeudamiento, el juez dispone de los mismos poderes de investigación y de decisión que si se tratara de una impugnación de las medidas impuestas». Es el juez, entonces, el que toma todas o parte de las medidas definidas en los artículos L. 331-7, L. 331-7-1 y L. 331-7-2, debiendo determinar la cuantía reservada para los gastos corrientes como se indica en el segundo párrafo del artículo L. 331-2, la cual será mencionada en la decisión[28].

2. El procedimiento judicial «de restablecimiento personal»

Este procedimiento se regula en el Código de Consumo francés como consecuencia de la reforma introducida en el mismo por la Ley de 1 de agosto de 2003 (art. L. 332-5 a L.332-12). Es un procedimiento judicial, con liquidación

de activos, en su caso, que supone la imposibilidad *ab origine* o el fracaso del procedimiento de sobreendeudamiento y que tiene por fin otorgar un *fresh start* al deudor sobreendeudado. Este nuevo procedimiento coexiste con el anteriormente analizado en el ordenamiento jurídico francés. El procedimiento procede cuando la situación del deudor sobreendeudado es irremediablemente comprometida. Se considera situación irremediablemente comprometida la que se caracteriza por la imposibilidad de poner en práctica las medidas de tratamiento previstas en el marco del procedimiento subsidiariamente judicial (art. L. 330-1), de manera que el deudor no tiene ninguna capacidad de reembolso. Existen dos modalidades de procedimiento, con y sin liquidación judicial.

A) El procedimiento de restablecimiento personal sin liquidación judicial

Como señala RAYMOND, «las condiciones de apertura son las de todo restablecimiento personal (situación irremediablemente comprometida) pero, además, el deudor no debe poseer más bienes que los muebles necesarios para la vida corriente y bienes no profesionales indispensables para el ejercicio de su actividad profesional o bienes desprovistos de valor de mercado o cuyo precio de venta sería manifiestamente desproporcionado en relación con su valor venal. Dicho de otro modo, para simplificar, el deudor no posee bienes embargables. No es ya necesario hacer la constatación de la insuficiencia de activo por un mandatario (nombrado judicialmente), es la Comisión de sobreendeudamiento quien recibe esta misión, lo que simplificará grandemente el procedimiento de restablecimiento personal en numerosos casos». En efecto, la Comisión recomienda al juez del Tribunal de Instancia la apertura de este procedimiento, en la instrucción, al decidir la orientación del expediente (art. L. 330-1.3), a la expiración del periodo de suspensión de la exigibilidad de los créditos (art. L. 331-7.2) y a instancia del deudor, si en el curso de la ejecución de un plan convencional, de medidas impuestas o recomendadas por la Comisión, aparece que la situación del deudor deviene irremediablemente comprometida (art. L. 331-7-3). Pero también es posible que el juez del Tribunal de Instancia que resuelve en aplicación del penúltimo párrafo del artículo L. 330-1, esto es, en caso de impugnación de las medidas impuestas o recomendadas por la Comisión, determine que procede un restablecimiento personal sin liquidación judicial (art. L. 332-5-2). La Comisión de sobreendeudamiento, que constata el estado del activo y del pasivo del deudor, pues, no dispone de poder para pronunciar este restablecimiento personal. La Comisión informa a las partes de su recomendación, la cual puede ser impugnada. En ausencia de impugnación de la recomendación de la Comisión, el juez homologará la recomendación. Esta recomendación no necesita el acuerdo del deudor, pero se puede pensar que si el deudor es convocado a audiencia, el juez no pronunciará la homologación sin haber obtenido su consentimiento. Si la recomendación es impugnada, «el juez competente para conocer de este recurso dispone de poderes de investigación: puede publicar un llamamiento a los acreedores, proceder incluso de oficio a una verificación de los créditos y de los títulos que les constatan, verificar la existencia del carácter irremediablemente comprometido de la situación en la que se encuentra el deudor, y de una manera más general, prescribir toda medida de instrucción que estime necesaria… Se puede pensar que podrá designar un mandatario, como en el procedimiento con liquidación judicial, para cumplir esta misión de instrucción. Esto supondría que la impugnación por una de las partes se refiere a la insuficiencia de la instrucción llevada a cabo por la Comisión de sobreendeudamiento o que

hay ocultación de bienes por el deudor a esta Comisión, o incluso que el deudor ha venido a mejor fortuna. En función de los elementos que le son suministrados, el juez del Tribunal de Instancia, pronuncia, por resolución, o no, un restablecimiento personal sin liquidación judicial. Puede también abrir un procedimiento de restablecimiento personal con liquidación judicial o reenviar el expediente a la comisión de sobreendeudamiento si estima que la situación del deudor no está irremediablemente comprometida. La resolución es susceptible de apelación [art. L. 332-5-1]. Si el restablecimiento personal sin liquidación judicial es decretado, el secretario judicial procede a las medidas de publicidad de la decisión a fin de que los acreedores, que no hubieran sido informados de la decisión de la Comisión de sobreendeudamiento, puedan formar tercería de oposición a la decisión de homologación… Disponen para ello de un plazo de dos meses a contar desde tal publicidad» (art. L. 333-5 Código de Consumo)»[29]. Ya proceda el juez por homologación o por resolución en vía de recurso, el restablecimiento personal sin liquidación judicial produce los mismos efectos. Las deudas no profesionales del deudor son condonadas a excepción de las mencionadas en el artículo L. 333-1 del Código de Consumo (deudas en concepto de alimentos, indemnizaciones debidas a las víctimas de una infracción penal, multas penales, deudas que tiene por origen maniobras fraudulentas cometidas en perjuicio de los organismos de protección social enumerados en el artículo L. 114-12 del Código de la Seguridad Social); las deudas relativas a créditos municipales (art. L. 333-1-2 Código de Consumo) y las deudas cuyo precio haya sido pagado en lugar del deudor por el garante o el codeudor, personas físicas (art. L. 332-5). Son condonados, por el contrario, los compromisos de garantizar o satisfacer solidariamente una deuda que el deudor haya podido adquirir en favor de un empresario individual o de una sociedad (art. L. 332-5 Código de Consumo). «El nuevo artículo L. 322-11 del Código de Consumo precisa que la condonación de deudas por el procedimiento de restablecimiento personal equivale a una regularización en los incidentes de pago en el sentido del artículo L. 131-73 del Código monetario y financiero… Las informaciones son inscritas en el FICP por un periodo de cinco años a contar de la fecha de la resolución de homologación»[30].

B) Procedimiento de restablecimiento personal con liquidación judicial

El juez del Tribunal de Instancia es instado a abrir un procedimiento de restablecimiento personal con liquidación judicial, por la Comisión, en la orientación del expediente, si constata que la situación del deudor es irremediablemente comprometida, pero posee bienes diversos de los indicados en el número 1.º del artículo L. 330-1; tras el periodo de suspensión de la exigibilidad de los créditos (art. L. 331.7.2); la instancia del deudor, si en el curso de una ejecución de un plan convencional, de medidas impuestas o recomendadas por la Comisión, apareciese que la situación del deudor deviene irremediablemente comprometida (art. L. 331-7-3). Igualmente, con ocasión de un recurso planteado ante el juez en aplicación del artículo L. 331-4 (deudor que impugna el estado de pasivo fijado por la Comisión en la instrucción del expediente y antes de decidir su orientación) o bien en aplicación de los artículos L. 331-7 y L. 332-2 (impugnación de las medidas impuestas o recomendadas por la Comisión), el juez puede decidir la apertura de este procedimiento (art. L. 330-1.4). De acuerdo con el artículo L. 332-6 del Código de Consumo, cuando el juez es instado a abrir un procedimiento de restablecimiento personal con liquidación

judicial, el juez convoca al deudor y a los acreedores conocidos a una audiencia. Después de haber oído al deudor, si este se presenta, y apreciar el carácter irremediablemente comprometido de su situación, así como su buena fe, dicta una resolución que decreta la apertura del procedimiento, la cual comporta, hasta la conclusión del procedimiento, la suspensión y prohibición de los procedimientos de ejecución dirigidos contra los bienes del deudor así como las cesiones de remuneración consentidas por este que se refieran a deudas diversas de las debidas en concepto de alimentos. Igualmente entraña la suspensión de las medidas de expulsión del alojamiento del deudor, con la excepción de las fundadas en una resolución de adjudicación recaída en materia de ejecución inmobiliaria así como las ordenadas con fundamento en el tercer párrafo del artículo 2198 del Código Civil. Si en la resolución de apertura el juez constata la insuficiencia de activo a liquidar, puede abrir y cerrar el procedimiento en la misma resolución, comportando la misma los efectos del artículo L. 332-9, párrafo segundo (art. L. 332-6-1) (la condonación de las deudas pendientes en los términos explicados antes). Según la importancia de los activos del deudor, el juez puede nombrar un mandatario o comisario, el cual, o, en su defecto, el juez, procede a las medidas de publicidad necesarias para elaborar la lista de acreedores (entre los que den a conocer sus créditos). El mandatario establece un balance de la situación económica y social del deudor, verifica los créditos y evalúa los elementos del activo y del pasivo. Desde la resolución de apertura, el deudor no puede disponer de sus bienes sin el consentimiento del mandatario, o en defecto de mandatario designado, del juez (art. L. 332-8). El juez resuelve las eventuales impugnaciones de los créditos y ordena la liquidación judicial del patrimonio del deudor. El juez designa un liquidador que puede ser el mandatario (art. L. 332-7). Excepcionalmente, si estima que la liquidación judicial puede ser evitada, el juez establece, en su caso, a propuesta del mandatario, un plan que comporte las medidas de los artículos L. 331-7, L. 331-7-1 y L. 331-7-2. La resolución que fije el plan lo hace oponible a todos, y su duración no puede exceder de 8 años. En caso de falta de ejecución del plan, el juez determina su resolución (art. L. 332-10). La sentencia de apertura de la liquidación produce la desposesión del deudor de sus facultades de disposición de sus bienes (art. L. 332-8), siendo ejercitados sus derechos y acciones patrimoniales por el liquidador durante el tiempo que dure la liquidación. El liquidador dispone de un año para llevar a cabo la liquidación del patrimonio del deudor, para lo cual se procederá a la venta de los bienes muebles e inmuebles del deudor, preferentemente, de manera amistosa. En su defecto, la venta es forzosa, debiendo respetarse en este caso el procedimiento formal (reglas de los procedimientos civiles de ejecución). Se encuentran excluidos de la liquidación los bienes legalmente inembargables a tenor del artículo 14 de la Ley 91-650, de 9 de julio de 1991, de reforma de los procesos civiles de ejecución, aquellos bienes cuyo valor de venta sería manifiestamente desproporcionado en comparación con su valor venal y los que siendo de carácter no profesional, resultan indispensables para la actividad profesional del deudor. El precio de venta se reparte entre los acreedores en función del rango de las garantías con que cuentan sus créditos, otorgándose preferencia a dos categorías de acreedores: el liquidador y el arrendador del deudor, el cual debe de ser pagado con preferencia a los establecimientos de crédito (art. L. 333-1-1)[31].

Si el producto de la venta no es suficiente para el reembolso de los acreedores, el juez decide la conclusión del procedimiento por insuficiencia de activo (art. L. 332-9). *Esta sentencia conlleva la condonación total de las deudas no profesionales del deudor, con excepción de aquellas satisfechas por el garante o codeudor persona*

física, y las deudas indicadas en el artículo L. 333-1 (deudas por alimentos, multas, e indemnizaciones debidas como consecuencia de una condena penal y deudas que tienen por objeto maniobras fraudulentas cometidas en perjuicio de los organismos de protección social enumerados en el artículo L. 114-12 del Código de la Seguridad Social) y en el artículo L. 333-1-2 (créditos municipales). Las deudas profesionales no son, pues, objeto de condonación. Sí son objeto de condonación las deudas resultantes del compromiso de satisfacer solidariamente o garantizar, la deuda de un empresario individual o de una sociedad. La condonación es una medida definitiva que suprime el crédito, de manera que el acreedor, aunque tenga un título ejecutivo, no puede obtener el cobro de su crédito[32, 33].

Estas deudas condonadas equivalen a una regularización de los incidentes de pago en el sentido del artículo L. 131-73 del Código monetario y financiero, como para el restablecimiento personal sin liquidación judicial. Las informaciones son inscritas en el FICP por un periodo de cinco años a contar desde la fecha de la resolución de conclusión. La resolución de cierre pone fin al desapoderamiento del deudor que recobra la plena disposición de los bienes que le resten. Dicha resolución es susceptible de apelación[34].

III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE (Sala cuarta), de 27 de marzo de 2014
- DC 2014-690 de 13 de marzo de 2014
- Cass. Civ. 1ére 31de marzo de 1992
- Cass. Civ. 1ère 27 de octubre de 1992
- Cass. Civ. 1ère 2 de diciembre de 1992
- Cass. Civ. 1ère 5 de abril de 1993
- Cass. Civ. 1ère 12 de enero de 1994
- Cass. Civ. 1ère 3 de marzo de 1998
- Cass. Civ. 1ère 1 de diciembre de 1998
- Cass. Civ. 1ére 11 de octubre de 2000
- Cass. Civ. 1ere 22 de mayo de 2001
- Cass. Civ. 2ème 8 de abril de 2004
- Cass. Civ. 1ére 6 de enero de 2011

IV. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ VEGA, M.ª I. (2010). *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente.* Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi.

ANDRES SANTOS, F. J. (2014). Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares en el derecho europeo. En: A. Núñez Iglesias (dir.). *La protección del deudor hipotecario: aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social,* pp. 99-144.

CUENA CASAS, M. (2015). El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar. En: L. Prats Albentosa y M. Cuena Casas (Coord.), *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia.* Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, pp. 27-115.

FERNÁNDEZ CARRIÓN, C. (2008). *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas.* Navarra: Thomson-Civitas.

MALDONADO, F. (2013). El sobreendeudamiento de los consumidores: procedimientos judiciales, administrativos o mixtos: diversos modelos; primeras aproximaciones. *Revista de Derecho Privado,* núm. 10, 269-286.
PAISSANT, G. (2008). La insolvencia de los consumidores en el Derecho Francés. En: J. Tomillo Urbina (dir.) y J. Álvarez Rubio (coord.), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi (pp. 237-249).
PIEDELIÈVRE, S. (2008). *Droit de la Consommation.* Paris: Economica.
RAYMOND, G. (2011). *Droit de la Consommation.* Paris: Lexis Nexis.
SAINT-ALARY-HOUIN, C. (2009). El tratamiento de las dificultades financieras de los particulares en Francia. En: M. Cuena Casas y J. L. Colino Mediavilla (coord.), *Endeudamiento del Consumidor e Insolvencia Familiar.* Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, pp. 4010-415.
SERRANO GÓMEZ, E.; ANGUITA VILLANUEVA, L.; ORTEGA DOMÉNECH, J. (2010). Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física. En: M. Cuena Casas (coord.), *Familia y concurso de acreedores*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, pp. 23-94.
TOLEDANO BARRERO, V. (1998). La protección del consumidor sobreendeudado: la experiencia francesa. En: U. Nieto Carol (Dir.), *Crédito al consumo y transparencia bancaria.* (pp. 485-516).
TRUJILLO DÍEZ, I. J. (2003). *El sobreendeudamiento de los consumidores*. Granada: Ed. Comares.
VIGNEAU, V. y BOURIN, G-X. (2007). *Droit du surendettement des particuliers*. Paris: LexisNexis Litec.

NOTAS

[1] SAINT-ALARY-HOUIN, 2009, 403.

[2] PAISANT, 2008, 237. ÁLVAREZ VEGA, 2010, 112.

[3] ÁLVAREZ VEGA, 2010, 112.

[4] El «arreglo amistoso» era un procedimiento administrativo y gratuito en el que se trataba de alcanzar un acuerdo entre el deudor y sus principales acreedores. Se iniciaba a instancia de parte mediante una solicitud dirigida a la Comisión (administrativa) de Sobreendeudamiento. Si se concluía el procedimiento con un arreglo amistoso, este constituía un contrato con la fuerza que le es propia y preveía las modalidades de ejecución. Si no se alcanzaba el acuerdo entre deudor y principales acreedores, se podía solicitar la apertura del «enderezamiento judicial civil». Entonces, competía al Juez señalar las medidas a adoptar, entre las previstas por la ley, para el restablecimiento de la situación patrimonial del deudor. (PAISANT, 2008, 238; SERRANO GÓMEZ, ANGUITA VILLANUEVA, ORTEGA DOMÉNECH, 2010, 69).

[5] Esta ley se inspiró en la institución llamada *faillite civil,* propia del Derecho local que rige en Alsace-Moselle desde el 8 de julio de 1879, que a su vez, aplicó el Derecho alemán sobre la quiebra (*Konkursordung*) de febrero de 1877, desde que este territorio fue anexionado a Alemania. En esta ley se destacó como principio «*on efface tout et on recommence*», es decir, volver a comenzar desde cero (*fresh start*). ÁLVAREZ VEGA, 2010, 114.

[6] Esta Ley fue seguida del Decreto 2004-180 de 24 de febrero de 2004, integrado en los artículos R. 331-1 y sigs. del Código de Consumo. En aplicación de estos textos se dio la Circular de 12 de marzo de 2004, que modificaba la de 24 de marzo de 1999.

[7] PAISANT, 2008, 238-239; SAINT-ALARY-HOUIN, 2009, 405; RAYMOND, 2011, 367-368.

[8] En opinión de RAYMOND, «una de las preocupaciones del legislador de 2010 ha sido prevenir el sobreendeudamiento. Por ello ha puesto en marcha un cierto número de medidas que deberían responsabilizar a la vez al establecimiento de crédito y al consumidor

atrayendo la atención de este último sobre la importancia del acto que realiza concluyendo un contrato de crédito… En la discusión parlamentaria que precedió a la Ley 2003-710, de 1 de agosto de 2003, la Asamblea Nacional había adoptado en primera lectura un artículo L. 311-10-1 del Código de Consumo sancionando a los establecimientos de crédito que otorgasen préstamos sin haberse informado suficiente sobre la situación financiera. Pero esta disposición no sobrevivió a la segunda lectura, habiéndose mostrado el Senado desfavorable a ello. La Ley de 1 de julio de 2010 impone a los establecimientos de crédito la obligación de informarse sobre la insolvencia de los futuros prestatarios sin,… [en opinión de RAYMOND]… darles los medios para ello. En compensación, la Corte de Casación ha puesto en su lugar un verdadero deber para los establecimientos de crédito, que consiste en poner en guardia al futuro prestatario contra los peligros del préstamo que quiere contraer, incluso en un verdadero deber de denegar el crédito. El artículo L. 311-8 del Código de Consumo, en la redacción dada por la Ley de 1 de julio de 2010, impone al prestamista la obligación de suministrar al consumidor las informaciones (la Ley no se atreve a decir el «consejo») suficientes para que el futuro consumidor pueda apreciar la adecuación entre los vencimientos de reembolso del préstamo y su solvencia. Pero esta obligación legal no concierne más que a las operaciones de crédito al consumo, no ha sido integrada en las Disposiciones Comunes al crédito al consumo y al crédito inmobiliario. Lo mismo en relación con la obligación del establecimiento de crédito de asegurarse de la solvencia del prestatario. Las sanciones, que pueden aparecer para responsabilizar a los establecimientos de crédito, suponiendo que sean disuasorias, no conciernen entonces más que a los créditos al consumo, no a los créditos inmobiliarios». RAYMOND considera, sin embargo, que «la responsabilidad de los establecimientos de crédito, en el otorgamiento de créditos a los prestatarios, no puede situarse como principio más que si se pone a disposición de estos los medios eficaces de cumplir las obligaciones que les incumben y si se fija un umbral a partir del cual contraen responsabilidad de pleno derecho. En el momento presente, para evaluar la solvencia del deudor, los establecimientos de crédito son invitados a consultar el FICP. Ahora bien, el FICP es en esencia el fichero de las personas que han solicitado la intervención de la comisión de sobreendeudamiento. En lo que concierne a los incidentes de pago caracterizados, es el organismo de crédito quien es dueño de la decisión de inscripción [en tal fichero]. Nada le impide mitigar la falta de cumplimiento del deudor por el otorgamiento de un nuevo crédito y así agravar la situación del deudor; es una práctica corriente en materia de crédito renovable. En el caso de que los incidentes de pago estén inscritos, el deudor, lo más a menudo, se ha sometido ya a la Comisión de sobreendeudamiento o no tardará en hacerlo. El FICP no es, actualmente, atendido inmediatamente, como dice la nueva Ley. Finalmente, para evitar el incidente de pago, el consumidor endeudado contrata nuevos créditos y así no hay inscripción en el FICP. El FICP no constituye entonces un buen medio de evaluar la solvencia de un prestatario. La verdadera media de prevención del sobreendeudamiento activo sería la puesta en marcha de un fichero de créditos, designado generalmente bajo el nombre de fichero positivo, de manera análoga al que existe en Bélgica y no un fichero de deudas, como algunos han propuesto, que sería el repertorio de todas las deudas de los particulares. Un fichero de deudas parece difícil de poner en marcha y más difícil aún de estar constantemente al día. Además, constituiría un atentado intolerable a la libertad individual y a la vida privada. El fichero positivo estaría gestionado por el Banco de Francia, en condiciones similares al FICP y contendría la lista de los créditos contraídos por un mismo consumidor así como los compromisos de garantía asumidos por él. Con vistas a la simplificación, se podría fusionar este fichero positivo y el FICP. La ley de 1 de julio de 2010 no ha tenido la audacia de poner en vigor este fichero y de establecer la responsabilidad de los establecimientos de crédito que concedieran a los consumidores créditos desmesurados en relación a sus recursos. Bajo la presión de los diputados, la Ley se ha contentado con crear una comisión, prevista en su artículo 49, encargada, en el año siguiente a su publicación, de prefigurar la creación de tal fichero y elaborar un informe sobre la cuestión. Es posible que este fichero vea la luz en los años sucesivos. Mientras tanto, habrá que referirse al deber de puesta en guardia que ha sido fijado por la jurisprudencia». (RAYMOND, 2011, 288-289). Las discusiones parlamentarias sobre *le projet de loi portant réforme du crédit à la consommation* (que dio lugar a ley de 1 de julio de 2010), pueden verse

en: *Senat, núm. 447, session ordinaire de 2008-2009. Annexe au procès-verbal de la séance du 2 juin 2009. Rapport fait aun nom de la commission spéciale par M. Philippe DOMINATI (rapporteur).* http://www.senat.fr/rap/l08-447/l08-447.html. En relación con la ausencia de carácter disuasorio de las sanciones previstas por incumplimiento del deber de préstamo responsable, establecidas en el Código de Consumo, a raíz de la ley de 1 de julio de 2010, *vid.,* STJUE (sala cuarta) de 27 de marzo de 2014, asunto C-565/12.

[9] RAYMOND, 2011, 365.

[10] Como señala el artículo L.330-1.5.º del Código de Consumo, «el juez del Tribunal de Instancia conoce del procedimiento de tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento ante la Comisión de sobreendeudamiento de los particulares y del procedimiento de restablecimiento personal». Otras reformas posteriores se han producido por Ley 2011-1906, de 21 de diciembre de 2011, *de financement de la Sécurité-Sociale pour 2012,* el Decreto 2012-783 de 30 de mayo de 2012, *relatif à la partie réglementaire du code des procédures civiles d´exécution,* la Ley 2013-100, de 28 de enero de 2013, *portant diverses dispositions d´adaptation de la législation au droit de l´Union européenne en matière économique et financière,* y la Ordenanza núm. 2013-544 de 27 de junio de 2013, *relatif aux établissements de crédit et aux sociétés de financement*. Particular mención requiere la reforma operada por Ley 2013-672, de 26 de julio de 2013, *de séparation et de régulation des activités bancaires,* seguida del Decreto núm. 2014-190 de 21 de febrero de 2014, *relatif aux procédures de traitements des situations de surendettement des particuliers*

[11] En relación con la Ley 2014-344, de 17 de marzo de 2014, *relative à la consommation,* hay que señalar que su artículo 67 hacía referencia a la creación de un registro nacional que recogiese los créditos al consumo concedidos a personas físicas que no actuasen para satisfacer necesidades profesionales, denominado «*registre national des crédits aux particuliers*» (registro nacional de créditos a los particulares), o sea, un fichero positivo de solvencia. Dicho precepto, en su párrafo III, insertaba en el Código de Consumo una nueva sección, que comprendía los artículos L. 333-6 a L. 333-21, consagrada a este tratamiento de datos de carácter personal. Procediendo en los párrafos I, II, y IV a X, a diversas coordinaciones necesarias. Sin embargo, en las condiciones previstas por el artículo 61 de la Constitución, segundo párrafo, la Ley, antes de su promulgación, fue sometida el 17 de febrero de 2014 al Consejo Constitucional, quien por Decisión núm. 2014-690 de 13 de marzo de 2014, ha considerado contrario a la Constitución dicho artículo 67. De acuerdo con el artículo 61.2.º de la Constitución francesa, las leyes pueden ser denunciadas ante el Consejo Constitucional antes de su promulgación, por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o 60 diputados o 60 senadores. El Consejo Constitucional debe resolver en el plazo de un mes. Otras reformas recientes que han afectado al Título del Sobreendeudamiento del Código de Consumo han sido las verificadas por Ley 2014-617 de 13 de junio, *relatif aux comptes bancaires inactifs et aux contrats d´assurance vie en déshérence y* el Decreto 2014-1315 de 3 de noviembre de 2014, *portant diverses dispositions d´adaptation au droit de la Union européene en matière financière et relatif aux sociétés de financement.*

[12] Lo más frecuente es que en caso de matrimonio la demanda la formulen ambos esposos pero ello no es deseable si, por ejemplo, las deudas de uno de los esposos son anteriores al matrimonio. En este caso, su cónyuge no interviene en el procedimiento pero en el cálculo del pasivo, habrá que tener en cuenta también las deudas solidarias en virtud del artículo 220 del Código Civil. Si uno de los cónyuges tiene profesión comercial, liberal, artesanal o agrícola y el otro es un simple particular, en este caso la jurisprudencia admite que el cónyuge no profesional pueda beneficiarse del procedimiento, si bien será preciso que las deudas de este cónyuge no hayan sido incorporadas en el pasivo del esposo profesional (Cass. Civ. 1ere 31 de marzo de 1992, Bull. civ. 1992, I, núm. 109; 11 de octubre de 2000, Bull. civ. 2000, I, núm. 242; 6 de enero de 2011, arrêt núm. 13. RAYMOND, 2011, 371-372.

[13] ÁLVAREZ VEGA, 2010, 116. La duda podía plantearse en torno al emprendedor individual de responsabilidad limitada. La ordenanza 2010-1512 de 9 de diciembre de 2010, en su artículo 9, que dio lugar al artículo L. 333-7 del Código de Consumo, preciso que el EIRL se puede beneficiar del procedimiento pero solo en cuanto a las deudas no profesionales, es decir, las que resultan del patrimonio no afecto a su actividad empresarial. Si llegase el

caso, el EIRL debe informar a la Comisión de la jurisdicción ante la cual ha sido abierto un procedimiento colectivo. Desde el 1 de enero de 2006, en aplicación de los artículos 97 y 190 de la Ley 2005-845 de 26 de julio de 2005, integrados en el artículo L. 640-2 del Código de Comercio los profesionales liberales [como se ha indicado *ut supra*] se sujetan a los procedimientos colectivos de Derecho Comercial. Solamente, por tanto, los deudores que no se sujetan a procedimientos comerciales, pueden beneficiarse del procedimiento de sobreendeudamiento. RAYMOND, 2011, 370. A partir de 1985, culminando con la Ley de 26 de julio de 2005, los comerciantes, pero también los artesanos, los agricultores y todos los profesionales independientes, incluidas las profesiones liberales: abogados, médicos…, pueden solicitar un procedimiento de *salvaguarda* antes de una cesación de pagos, lo que conlleva la suspensión de las acciones ejecutivas por parte de los acreedores y la adopción de un plan de salvaguarda, que permite una liquidación progresiva del pasivo durante un plazo de hasta dos años. Si la cesación de pagos ya se produjo (y no se solicitó antes el procedimiento de *salvaguarda*), pueden beneficiarse de un *saneamiento judicial* o sea, de un plan de saneamiento que produce los mismos efectos que el plan de salvaguarda. Finalmente, si los profesionales independientes son objeto de una *liquidación judicial,* siempre que no hayan tenido un comportamiento fraudulento o deshonesto, la resolución que pone fin a la liquidación judicial paraliza definitivamente las acciones de ejecución de los acreedores. SAINT-ALARY-HOUIN, 2009, 402-403.

[14] ÁLVAREZ VEGA, 2010, 117. Para determinar si el demandante ante la Comisión está o no sobreendeudado no existe ningún umbral; solo se necesita comparar los elementos de su pasivo y de su activo. En relación con el pasivo solo se pueden tomar en cuenta sus deudas no profesionales. En este momento del procedimiento no se atiende a las deudas profesionales. Para la aplicación de este principio, el Tribunal de Casación define la deuda de carácter profesional como la que nació para las necesidades o con motivo de la actividad profesional del deudor (Cass. Civ. 2ème, 8 de abril de 2004, Bull. civ. II, núm. 190; RTDCom. 2004, p. 820, obs. Paisant). Respecto al activo, se requiere tomar en cuenta el conjunto de los recursos y bienes del deudor (Cass. Civ. 1ère, 27 de octubre de 1992; RTDCom, 1992, p. 369, obs, Paisant), incluso la vivienda familiar (Cass. Civ. 1ère, 1 de diciembre de 1998, Bull. civ. I, núm. 342; RTDCom. 1999, p. 211, obs. Paisant). Pero del valor de dicha vivienda se debe descontar los gastos inherentes a su venta y al nuevo alojamiento (Cass. Civ. 1ere, 22 de mayo de 2001, Bull. civ. I, núm. 148; RTDCom. 2001, p. 780, obs. Paisant). PAISANT, 2008, 241. De acuerdo con el artículo 330-1.1.º *in fine,* el solo hecho de ser el deudor propietario de su residencia principal y que el valor estimado de esta en la fecha de depósito del dossier de sobreendeudamiento sea igual o superior al conjunto de deudas no profesionales exigibles o a exigir, no puede impedir considerar su situación como de sobreendeudamiento.

[15] SAINT-ALARY-HOUIN, 2009, 406-407.

[16] Como indica el artículo L.331-3-1: «La decisión que declara la admisión de la demanda comporta la suspensión y prohibición de los procedimientos de ejecución dirigidos contra los bienes del deudor, así como las de las cesiones de remuneración consentidas por este y que se refieran a deudas diversas de las alimentarias. Los procedimientos y las cesiones de remuneración son suspendidos o prohibidos, según el caso, hasta la aprobación del plan convencional de enderezamiento (*plan conventionnel de redressement*) previsto en el artículo L. 331-6; hasta la decisión [de la Comisión] que impone las medidas previstas por el artículo L. 331-7; hasta la homologación por el juez de las medidas recomendadas en aplicación de los artículos L. 331-7-1, L.331-7-2 y L. 332-5; hasta la resolución judicial que determina un restablecimiento personal sin liquidación judicial o hasta el juicio de apertura de un procedimiento de restablecimiento personal con liquidación judicial. Esta suspensión y esta prohibición no pueden exceder de dos años». Sin embargo, continúa el precepto, «cuando en caso de ejecución inmobiliaria, la venta forzosa ha sido ordenada, la posposición de la fecha de adjudicación no puede resultar más que de una decisión del juez encargado de la ejecución inmobiliaria, encargado a este fin por la Comisión, por causas graves y debidamente justificadas». «Esta suspensión y esta prohibición comportan la prohibición para el deudor de hacer cualquier acto que pudiere agravar su sobreendeudamiento, de pagar, en todo o en parte, cualquier crédito diverso de los debidos en concepto de alimentos, comprendiéndose entre los de imposible pago, los descubiertos mencionados en los números 10.º y 11.º del

artículo L. 311-1, siempre que se trate de créditos nacidos con anterioridad a la suspensión o a la prohibición; comportan igualmente la prohibición de resarcir a los garantes que hubieran satisfecho créditos nacidos con anterioridad a la suspensión o a la prohibición; así como la imposibilidad de hacer un acto de disposición extraño a la gestión normal del patrimonio y la prohibición de buscar toda garantía o fianza. El deudor puede, sin embargo, someter el asunto al juez del tribunal de instancia a fin de que le autorice a realizar uno de los actos mencionados [anteriormente]». «… A pesar de cualquier disposición legal o cláusula contractual existente, la indivisibilidad, ineficacia o resolución de un contrato en curso no puede resultar del solo hecho de la resolución que admite la demanda… Los créditos que figuran en el estado de endeudamiento del deudor determinado por la Comisión no pueden producir intereses o generar indemnizaciones por retraso a contar desde la fecha de admisión y hasta la puesta en práctica de las medidas previstas en el ordinal 1.º y 2.º del párrafo 3 del artículo L. 330-1 [relativos al restablecimiento personal con o sin liquidación judicial] o en los artículos L. 331-6, L. 331-7, L. 331-7-1 y L. 331-7-2 [medidas de enderezamiento del procedimiento de sobreendeudamiento]»… «Cuando un protocolo de cohesión social previsto en los artículos L. 353-15-2 y L. 442-6-5 del Código de la Construcción y de la habitación ha sido concluido con el arrendador con anterioridad a la decisión de admisión de la demanda, el pago de las rentas atrasadas previsto por el dicho protocolo es suspendido hasta la puesta en práctica de las medidas previstas en el ordinal 1.º y 2.º del artículo L. 330-1 o en los artículos L. 331-6 a L. 331-7-2 del presente Código. Cuando estas medidas prevean modalidades de arreglo de la deuda de alquiler, estas se substituyen por las modalidades de reestructuración de la deuda de alquiler prevista en el protocolo de cohesión social, cuya duración se prolonga hasta el saldo de la deuda de alquiler, con el límite de la duración de las medidas de enderezamiento tomadas en aplicación de los artículos L. 331-6 a L. 331-7-2 del presente Código». De acuerdo con el artículo L. 331-3-2: «si la Comisión declara la admisión del expediente, puede solicitar al juez del Tribunal de Instancia que suspenda las medidas de expulsión del deudor de su vivienda… Si la situación del deudor lo exige, el juez decreta la suspensión provisional de las medidas de expulsión de su vivienda, salvo si tales medidas se fundan en una adjudicación decretada en materia de ejecución inmobiliaria o bien en el párrafo tercero del artículo 2198 del Código Civil. Esta suspensión se obtiene por un periodo máximo de dos años y, según el caso, hasta la aprobación del plan convencional de enderezamiento previsto en el artículo L. 331-6, hasta la decisión que impone las medidas previstas por el artículo L. 331-7, hasta la homologación por el juez de las medidas recomendadas en aplicación de los artículos 331-7-1, L. 331-7-2 y L. 332-5, hasta la resolución que determina un restablecimiento personal sin liquidación judicial o hasta el juicio de apertura de un procedimiento de restablecimiento personal con liquidación judicial». Artículo L. 331-5: «A petición del deudor, la Comisión puede someter ante el juez del Tribunal de Instancia, antes de la decisión de admisión contemplada en el artículo L. 331-3, la petición de suspensión de los procedimientos de ejecución dirigidos contra los bienes del deudor, así como las cesiones de remuneración consentidas por este y relativos a deudas diversas de las debidas en concepto de alimentos. En caso de urgencia, dicha solicitud puede formularse a iniciativa del presidente de la Comisión, de su delegado, del representante local del Banco de Francia. La Comisión es enseguida informada de tal solicitud. Cuando tal suspensión es acordada, se aplica en las mismas condiciones y según las mismas modalidades que las previstas en los tres primeros párrafos del artículo L. 331-3-1. Cuando en caso de ejecución inmobiliaria la venta forzosa ha sido ordenada, el retraso de la fecha de adjudicación solo puede resultar de una decisión del juez encargado de la ejecución inmobiliaria, interesado a este fin por la Comisión, por causas graves y debidamente justificadas».

[17] La Comisión puede oír al deudor e igualmente a toda persona cuyo testimonio le parezca útil, bajo reserva de que esta interviene a título gratuito. Después de haber sido informados por la Comisión del estado del pasivo declarado por el deudor, los acreedores disponen de un plazo de 30 días para suministrar, en caso de desacuerdo con este estado, las justificaciones de sus créditos en principal, intereses y garantías accesorias. A falta de ello, el crédito es tomado en consideración por la Comisión a la vista de los solos elementos suministrados por el deudor. Los acreedores indicarán igualmente, si los créditos han

dado lugar a una garantía y si esta ha sido accionada. Cuando la Comisión constate que el reembolso de una o más deudas del deudor principal está garantizada por una garantía, informará al garante de la apertura del procedimiento. El garante puede hacer por escrito observaciones a la Comisión (art. L. 331-3.II).

[18] En todo momento del procedimiento, si la situación del deudor lo exige, la Comisión le invita a solicitar una medida de ayuda o de acción social que puede comprender un programa de educación financiera, y particularmente una medida de acompañamiento social personalizado, en las condiciones previstas por el Libro II del Código de acción social y de las familias (art. L. 331-3.II.7)

[19] Artículo L. 331-6: «I. La Comisión tiene por misión conciliar a las partes en vista de la elaboración de un plan convencional de restablecimiento aprobado por el deudor y sus principales acreedores. El plan puede comportar medidas de aplazamiento o reescalonamiento de los pagos de las deudas, de condonación de deudas, de reducción o de supresión de la tasa de interés, de consolidación, de creación o de substitución de garantías. El plan puede subordinar estas medidas a la realización por el deudor de actos propios para facilitar o garantizar el pago de la deuda. Igualmente puede subordinarlas a la abstención por el deudor de actos que agravarían su insolvencia. El plan preverá las modalidades de su ejecución. Su duración total, comprendiendo en ello el caso de que sea objeto de una revisión o de una renovación, no puede exceder de ocho años. Las medidas del plan pueden exceder estos plazos cuando se trate del reembolso de préstamos contratados para la compra de un bien inmueble que constituye la residencia principal y permitan evitar la venta por el deudor. II. Sin embargo, cuando la situación del deudor, sin que ella sea irremediablemente comprometida en el sentido del párrafo tercero del artículo L. 330-1, no permita prever el reembolso de la totalidad de sus deudas, y la misión de la Comisión parezca por ello destinada al fracaso, la Comisión puede, después de haber permitido a las partes manifestar sus observaciones, y bajo reserva de la aplicación del artículo L. 333-1-1 [*vid.*, *ut supra*], imponer directamente la medida prevista en el numeral 4.º del artículo L. 331-7 [suspensión de la exigibilidad de los créditos] o recomendar las medidas previstas en los artículos L. 331-7-1 y L. 331-7-2».

[20] En relación con la condonación de deudas se considera que no tiene el carácter de condonación voluntaria, en el sentido del artículo 1287 Código Civil. Por lo tanto, dicha condonación no supone la extinción de la fianza, por lo que los créditos son exigibles al fiador. ÁLVAREZ VEGA, 2010, pp. 119-120.

[21] Este precepto establece que el montante de los reembolsos establecido en el convenio, debe fijarse, por referencia a la cuantía embargable del salario, tal como resulta de los artículos L. 3252-2 y L. 3252-3 del Código del Trabajo, de manera que una parte de los recursos necesarios para los gastos corrientes del matrimonio le sea reservado prioritariamente al deudor. Esta parte de recursos reservada no puede ser inferior, para el matrimonio, al montante a tanto alzado mencionado en el párrafo 2.º del artículo L. 262-2 del Código de la acción social y de las familias (renta mínima de inserción). De manera que la cuantía reservada comprenda los gastos de alojamiento, electricidad, gas, calefacción, agua, alimentación, escolarización, guardería y desplazamientos profesionales, así como los gastos de salud. El montante de los reembolsos, con el consentimiento del deudor y dentro de límites razonable, puede exceder de la cuantía inembargable del salario, a fin de evitar la venta de la vivienda principal. Esta cuantía de recursos reservada al deudor y fijada por la Comisión, debe ser mencionada en el convenio del artículo L. 331-6, en las medidas impuestas por la Comisión (art. L. 331-7) y en las medidas recomendadas por la Comisión (art. L. 331-7-1).

[22] PAISANT, 2008, 242-243; SAINT-ALARY-HOUIN, 2009, 407-408; SERRANO GÓMEZ, ANGUITA VILLANUEVA, ORTEGA DOMÉNECH, 2010, 73-74. RAYMOND, 2011, 394.

[23] El deudor y los acreedores podían recurrir ante el juez dichas recomendaciones. Si no existía tal recurso, se presentaban al juez para que este, después de un control meramente formal, les confiriese fuerza ejecutoria a través de una *ordonnance*. Si existía tal recurso, el juez establecía a su arbitrio las medidas convenientes para el restablecimiento del deudor, entre las permitidas por la ley, según su propia apreciación de la situación. Era entonces el juez el que diseñaba el plan de pagos, revisando completamente el expediente de sobreendeudamiento (antiguos artículos L. 332-2 y 3). Su decisión era recurrible ante el

Tribunal de Apelación y, si procedía, ante la Corte de Casación. Sobre el régimen jurídico de esta fase antes de la reforma de 1 de julio de 2010, *vid.,* ÁLVAREZ VEGA, 2010, 120-123, PAISSANT, 2008, 243-245; SAINT-ALARY HOUIN, 2009, 408-410, SERRANO GÓMEZ, ANGUITA VILLANUEVA, ORTEGA DOMÉNECH, 2010, 74-76.

[24] Actualmente, el artículo L.331-7 prevé: «En caso de fracaso de su misión de conciliación, la Comisión puede, a solicitud del deudor, y después de haber permitido a las partes formular sus observaciones, *imponer todas o parte de las medidas siguientes:* 1.º Reescalonar el pago de las deudas de toda naturaleza, comprendiendo, en su caso, el aplazamiento de pago de una parte de entre ellas, sin que el aplazamiento o reescalonamiento pueda exceder de ocho años o de la mitad de la duración del plazo de reembolso restante de los préstamos en curso; en caso de caducidad del término de ejecución, el aplazamiento o reescalonamiento puede alcanzar la mitad de la duración del plazo antes de su caducidad. 2.º. Imputar los pagos, primeramente, sobre el capital [excepcionando el artículo 1254 del Código Civil]. 3.º. Prescribir que las sumas correspondientes a los vencimientos aplazados o reescalonados conllevarán un interés a una tasa reducida que puede ser inferior a la tasa del interés legal del dinero sobre la base de una decisión especial y motivada y si la situación del deudor lo exige. Cualquiera que sea la duración del plan de enderezamiento, la tasa no puede ser superior al interés legal. 4.º. Suspender la exigibilidad de los créditos que no sean debidos en concepto de alimentos por una duración que no pueda exceder de dos años. Salvo decisión contraria de la Comisión, la suspensión de los créditos entraña la suspensión del pago de los intereses debidos por este título. Durante este periodo, solamente las sumas debidas a título de capital pueden producir intereses cuya tasa no excederá la tasa del interés legal. Si, a la expiración del periodo de suspensión, el deudor somete de nuevo su caso a la Comisión, esta reexaminará su situación. En función de esta, la Comisión puede *imponer o recomendar* todas o parte de las medidas previstas en el presente artículo y por los artículos L. 331-7-1 y L. 331-7-2, con la excepción de una nueva suspensión. La Comisión puede, en su caso, recomendar un restablecimiento personal sin liquidación judicial o someter el asunto al juez a fin de abrir un procedimiento de restablecimiento personal con liquidación judicial. Para la aplicación del presente artículo, la Comisión tomará en cuenta *el conocimiento que podía tener cada uno de los acreedores, en el momento de la conclusión de los diferentes contratos, de la situación de endeudamiento del deudor. Ella puede igualmente verificar que el contrato ha sido consentido con la seriedad que imponen los usos profesionales*. La duración total de las medidas no puede exceder ocho años. No obstante, pueden exceder este plazo cuando conciernan al reembolso de préstamos contratados en el momento de compra de un bien inmueble que constituye la residencia principal y dichas medidas de la Comisión permitan evitar la venta del bien. Las deudas fiscales serán objeto de un reescalonamiento en las mismas condiciones que las otras deudas. La solicitud del deudor formulada en aplicación del primer párrafo de este artículo, interrumpe la prescripción y los plazos para actuar. *En ausencia de impugnación por una de las partes, en las condiciones previstas por el artículo L. 332-2, las medidas mencionadas en el presente artículo se imponen a las partes, a excepción de los acreedores cuya existencia no hubiera sido señalada por el deudor y que no hubieren sido avisados de ello por la Comisión. Cuando las medidas previstas por el presente artículo* son combinadas con todas o parte de las previstas por los artículos L. 331-7-1 y L.331-7-2, el conjunto de estas medidas no es ejecutorio más que a partir de la homologación de estas últimas por el juez». La Corte de Casación, para conseguir una mayor eficacia del procedimiento, permite la reestructuración incluso de las deudas de carácter profesional, a pesar de que están excluidas de la definición de sobreendeudamiento del artículo L. 330-1 (Cass. Civ. 1ère 2 de diciembre de 1992, Bull. civ. I., núm. 302. RTDCom. 1993, p., 173, obs. PAISANT). Se prevé también la reducción del tipo de interés en relación con los vencimientos aplazados. La Corte de Casación ha admitido, incluso, la reducción de los intereses a un tipo del 0% (Cass. Civ. 1ère 12 de enero de 1994, Bull, civ. I, núm. 21; RTDCom. 1994, p. 115, obs. PAISANT). El Tribunal de Casación (Cass. Civ. 1ère 5 de abril de 1993) ha dispuesto que, sin perjuicio de que estas medidas sean *numerus clausus,* puedan acumularse, no existiendo además la obligación de respetar la igualdad de tratamiento entre los acreedores (*par conditio creditorum*) (ÁLVAREZ VEGA, 2010, 122).

[25] RAYMOND, 2011, 397-398.

[26] Ibídem, 400-401.

[27] Artículo L. 331-7-1: «La Comisión puede recomendar, por proposición especial y motivada, las medidas siguientes: 1.º: En caso de venta forzosa de la residencia principal del deudor, gravada con una inscripción que beneficia a un establecimiento de crédito o una sociedad de financiación que haya suministrado las sumas necesarias para su adquisición, la reducción del montante de préstamo inmobiliario restante y debido a los establecimientos de crédito o a las sociedades de financiación después de la venta, tras haber imputado el precio de venta al capital restante debido, en proporciones tales que su pago, ajustado a un reescalonamiento calculado conforme el núm. 1 del artículo L. 331-7, sea compatible con las recursos y cargas del deudor La misma medida es aplicable en caso de venta amigable, destinada a evitar una ejecución inmobiliaria, cuya verificación misma así como sus modalidades han sido ejecutadas de común acuerdo entre el deudor y el establecimiento de crédito o la sociedad de financiación. … Estas medidas se pueden combinar con las previstas en el artículo 331-7.- 2.º. La condonación parcial de los créditos combinada con las medidas mencionadas en el artículo L. 331-7. Aquellos créditos cuyo precio ha sido pagado en lugar del deudor por el garante o el codeudor, personas físicas, no pueden ser objeto de condonación. Las deudas fiscales serán objeto de condonación total o parcial en las mismas condiciones que las otras deudas». La reducción de la deuda a que se refiere el artículo L. 331-7-1.1.º puede llegar a cero, según la Corte de Casación (Cass. Civ. 1ère, 31 de marzo de 1992. Bull. civ. I, núm. 103, 3.º; RTDCom.1992, p. 678, obs. PAISANT).

[28] RAYMOND, 2011, 400-401. Artículo L. 331-8: «Las medidas recomendadas en aplicación de los artículos L. 331-7-1 y L. 331-7-2 y hechas ejecutorias por la aplicación del artículo L. 332-1 o del artículo L. 332-2 no son oponibles a los acreedores cuya existencia no hubiera sido señalada por el deudor y que no hubieran sido advertidos de ello por la Comisión». Artículo L. 331-9: «Los acreedores a los que las medidas impuestas por la Comisión en aplicación del artículo L. 331-7 o las medidas recomendadas en aplicación de los artículos L. 331-7-1 y L. 331-7-2 y hechas ejecutorias por aplicación del artículo L. 332-1 o del artículo L. 332-2 son oponibles no pueden ejercitar procedimientos de ejecución contra los bienes del deudor durante el transcurso de la ejecución de estas medidas». Artículo L. 332-1: «*Si no se ha planteado el recurso* previsto en el artículo L. 332-2, el juez del Tribunal de Instancia confiere fuerza ejecutoria a las medidas recomendadas por la Comisión en aplicación del párrafo 1.º del artículo L. 331-7-1 y del artículo L. 331-7-2, después de haber verificado su regularidad, así como a las medidas recomendadas por la Comisión en aplicación del número 2.º del artículo L. 331-7-1, después de haber verificado su regularidad y su fundamento. Si la situación del deudor lo exige, el juez del Tribunal de Instancia le invita a solicitar una medida de ayuda o de acción social que puede comprender un programa de educación financiera, particularmente una medida de acompañamiento social personalizado, en las condiciones previstas por el Libro II del Código de la acción social y de las familias». Artículo L. 332-2: «Una parte puede recurrir ante el juez del Tribunal de Instancia las medidas impuestas por la Comisión en aplicación del artículo L. 331-7 así como las medidas recomendadas por la Comisión en aplicación del artículo L. 331-7-1 o del artículo L. 331-7-2, en el plazo de quince días desde la notificación que se le hace de ello. Cuando las medidas previstas por los artículos L. 331-7-1 y L. 331-7-2 son combinadas con todas o parte de las previstas por el artículo L. 331-7, el juez a quien se ha sometido el recurso debe resolver sobre el conjunto de las medidas en las condiciones previstas en el presente artículo y en el artículo L. 332-3. Antes de resolver, el juez puede, a solicitud de una parte, ordenar la ejecución provisional de una o varias medidas referidas [anteriormente]… Puede hacer publicar una llamada a los acreedores. Igualmente, puede verificar, incluso de oficio, la validez de los créditos, de los títulos que les constatan así como que el montante de las sumas reclamadas y asegurarse de que el deudor se encuentra en la situación definida en el artículo L. 331-2 [va a disponer del mínimo vital]. Puede, igualmente, prescribir toda medida de instrucción que estime útil. Los gastos relativos a esta son de cuenta del Estado. A pesar de cualquier disposición contraria, el juez puede obtener comunicación de cualquier información que le permita apreciar la situación del deudor y la evolución posible de esta». Artículo L. 332-3: «El juez ante el que se interpone el recurso previsto en el artículo L. 332-2 toma todas o parte de las medidas definidas en los artículos L. 331-7, L. 331-7-1 y L.

331-7-2. En todo caso, la parte de recursos necesarios para los gastos corrientes del matrimonio debe determinarse como se indica en el segundo párrafo del artículo L. 331-2. Dicha cuantía será mencionada en la decisión». Artículo L. 332-4: «La condonación de un crédito en aplicación del artículo L. 332-1 o del artículo L. 332-2 equivale a la regularización del incidente de pago en el sentido del artículo L. 131-73 del Código monetario y financiero».

[29] RAYMOND, 2011, 419-420.

[30] RAYMOND, 2011, 420. Artículo L. 332-5: «Cuando la comisión *recomienda* un restablecimiento personal sin liquidación judicial y *en ausencia de recurso*, el juez del Tribunal de Instancia confiere fuerza ejecutoria a la recomendación, después de haber verificado su regularidad y fundamento. El restablecimiento personal sin liquidación judicial que ha devenido ejecutorio por el juez del Tribunal de Instancia entraña *la condonación de todas las deudas no profesionales del deudor, establecidas en la fecha de la ordenanza que confiere fuerza ejecutoria a la recomendación, con la excepción de las deudas referidas en el artículo L. 333-1, de las mencionadas en el artículo L. 333-1-2 y de las deudas cuyo precio ha sido pagado en lugar del deudor por el garante o el codeudor, personas físicas. El restablecimiento personal sin liquidación judicial conlleva también la condonación de la deuda resultante del compromiso del deudor de garantizar o satisfacer solidariamente la deuda de un empresario individual o de una sociedad.* El secretario judicial procede a las medidas de publicidad para permitir a los acreedores que no hubieran sido avisados de la recomendación de la comisión, formar oposición en cuanto terceros al procedimiento, contra la decisión del juez que confiere a aquella fuerza ejecutoria. Los créditos cuyos titulares no hubieran formado dicha oposición en un plazo de dos meses a contar desde la publicidad son extinguidos». Artículo L. 332-5-1: «Una parte *puede recurrir ante el juez del Tribunal de Instancia el restablecimiento personal sin liquidación judicial recomendado por la Comisión* en el plazo de 15 días desde la notificación que se le hace de ello. Antes de resolver, el juez puede hacer publicar un llamamiento a los acreedores. Él puede verificar, incluso de oficio, la validez de los créditos, de los títulos que les constatan así como el montante de las sumas reclamadas y asegurarse de que el deudor se encuentra en la situación definida en el artículo L. 331-2 (conserva un mínimo vital). Él puede igualmente prescribir toda medida de instrucción que estime útil. A pesar de cualquier disposición contraria, el juez puede obtener comunicación de toda información que le permita apreciar la situación del deudor y la evolución posible de esta. *Si constata que el deudor se encuentra en la situación referida en el número 1.º del artículo L. 330-1, el juez pronuncia un restablecimiento personal sin liquidación judicial que conlleva los mismos efectos que los referidos en el artículo L. 332-5*. El secretario judicial procede a las medidas de publicidad para permitir a los acreedores que no hubieran sido avisados de formular oposición contra esta resolución. Los créditos cuyos titulares no hubieran formado oposición, en cuanto terceros al procedimiento, en un plazo de dos meses a contar de dicha publicidad, son extinguidos. No obstante, en este caso, las deudas son decretadas en la fecha de la resolución que determina el restablecimiento personal sin liquidación judicial. *Si el juez constata que el deudor se encuentra en la situación referida en el número 2.º del artículo L. 330-1, abre, con el consentimiento del deudor, un procedimiento de restablecimiento personal con liquidación judicial. Si el juez constata que la situación del deudor no está irremediablemente comprometida, el reenvía el expediente a la comisión*. Artículo L. 332-5-2: «*Cuando el juez del Tribunal de Instancia resuelve en aplicación del penúltimo párrafo del artículo L. 330-1 [en vía de recurso contra las medidas impuestas o recomendadas por la Comisión], el restablecimiento personal sin liquidación judicial comporta los mismos efectos que los mencionados en el artículo L. 332-5.* Sin embargo, en este caso, las deudas son determinadas en la fecha de la resolución que pronuncia el restablecimiento personal sin liquidación judicial. El secretario judicial procede a las medidas de publicidad para permitir a los acreedores que no han sido avisados del recurso, que formen oposición, en cuanto terceros, contra esta resolución. Los créditos cuyos titulares no han formalizado tal oposición en el plazo de dos meses a contar desde esta publicidad, son extinguidos. Antes de resolver, el juez puede hacer publicar un llamamiento a los acreedores. Él puede verificar, incluso de oficio, la validez de los créditos, de los títulos que les constatan así como el montante de las sumas reclamadas y asegurarse de que el deudor se encuentra en la situación definida en el artículo L. 331-2. Él puede igualmente prescribir toda medida

de instrucción que estime útil. A pesar de cualquier disposición contraria, el juez puede obtener comunicación de toda información que le permita apreciar la situación del deudor y la evolución posible de esta».

[31] La preferencia de cobro de los arrendadores frente a los establecimientos de crédito también rige en el procedimiento de sobreendeudamiento, pues el artículo L. 333-1-1 se ubica dentro de las Disposiciones Generales comunes a ambos procedimientos. En caso de venta forzosa, cuando un procedimiento de ejecución inmobiliaria iniciado antes de la resolución de apertura, ha sido suspendido por efecto de esta última, los actos efectuados por el acreedor ejecutante se consideran realizados por cuenta del liquidador que procede a la venta de los inmuebles. La ejecución inmobiliaria puede retomar su curso en el estado en que la resolución de apertura la había suspendido. El liquidador debe rendir cuenta de su misión al juez en las condiciones fijadas por decreto del Consejo de Estado (art. L. 332-7).

[32] El Código de Consumo guarda silencio sobre si al fiador del deudor le beneficia también la condonación. Dado el carácter accesorio de la fianza, parece que tal condonación debería beneficiarle, pero la Corte de Casación ha optado por la solución contraria en el caso de reestructuración de deudas adoptadas dentro del marco del procedimiento de sobreendeudamiento (Cass, Civ., 1ere, 3 de marzo de 1998, Bull. civ. I, núm. 82; D. 1998, p. 421, concl. Sainte-Rose; JCP 1998, ed. G. II. 10117, note Piedelièvre; RTDCom. 1998, p. 423, obs. Paisant).

[33] Si la situación del deudor lo exige, el juez le invita a solicitar una medida de ayuda o de acción social que puede comprender un programa de educación financiera, particularmente una medida de acompañamiento social personalizado, en las condiciones previstas por el Libro II del Código de la acción social y de las familias (art. L. 332-9). En todo momento del procedimiento, el juez puede, si estima que la situación del deudor no está irremediablemente comprometida, reenviar el expediente a la comisión (art. L. 332-12).

[34] RAYMOND, 2011, 427. De acuerdo con el artículo L. 333-2 (ubicado en las Disposiciones Comunes): «Decae del beneficio de las disposiciones del presente título: 1.º— Toda persona que, con conocimiento, haya hecho declaraciones falsas o remitidos documentos inexactos. 2.º— Toda persona que haya desviado o disimulado, o intentado desviar o disimular, todo o parte de sus bienes. 3.º— Toda persona que, sin el acuerdo de sus acreedores, de la Comisión o del Juez, haya agravado su endeudamiento suscribiendo nuevos préstamos o haya procedido a actos de disposición de su patrimonio durante el desarrollo del procedimiento de tratamiento de la situación de sobreendeudamiento o de restablecimiento personal o durante la ejecución de un plan o de las medidas del artículo L. 331-7 o del artículo L. 331-7-1. El decaimiento del beneficio del procedimiento de tratamiento del sobreendeudamiento es decretado contra el deudor por la Comisión, por una decisión susceptible de recurso, o por el juez del Tribunal de Instancia con ocasión de los recursos planteados ante él, así como en el curso del procedimiento de restablecimiento personal con liquidación judicial».

2. MERCANTIL

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

Attorneys-in-fact without proper authority and cases where shareholders' meetings are not authorised to acquire or dispose of essential assets or to contribute such assets to another company

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha resuelto en una serie de resoluciones, cuestiones relativas al problema de la distribución competencial en favor de la Junta General operada tras la reforma del artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, siendo necesario también en estos casos abordar el tratamiento que haya de dársele a la conocida regla de la protección de terceros de buena fe, lo cual dista mucho de gozar de claridad lo que ha motivado la existencia de opiniones diferentes al respecto.

ABSTRACT: The Directorate-General of Registries and Notarial Affairs has issued a series of decisions dealing with issues involving the problem of the distribution of legal competences to shareholders' meetings in the wake of the reform of section 160 of the Spanish Corporation Act. In these cases it is also necessary to address the proper handling of the well-known rule of protection for third parties acting in good faith, a point which remains far from clear. Because of the lack of clarity, there are varying opinions on the subject.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Sociedades. Junta general. Activos Esenciales. Buena fe.

KEY WORDS: Corporate law. Shareholders' meeting. Essential assets. Good faith.

SUMARIO: I. LA INCERTIDUMBRE GENERADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.—II. EL EXISTENTE

DEBATE SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE AUTORIZACIÓN DE LA JUNTA GENERAL EN LOS CASOS DEL ARTÍCULO 160 f) DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL.—III. UNA PROPUESTA INTERPRETATIVA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA INCERTIDUMBRE GENERADA POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

El artículo único.1 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo reformó el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital, introduciendo una nueva competencia de la Junta General de las Sociedades de Capital, con el siguiente tenor en su apartado f): «*La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado*».

Dicha modificación legal fue razonada en la Exposición de Motivos de la mencionada Ley 31/2014, de la siguiente forma: «*Las modificaciones del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que aquí se contienen pueden agruparse en dos categorías: las que se refieren a la junta general de accionistas y las que tienen que ver con el consejo de administración.*

Comenzando por las modificaciones relativas a la junta general de accionistas, se pretende con carácter general reforzar su papel y abrir cauces para fomentar la participación accionarial. A estos efectos, se extiende expresamente la posibilidad de la junta de impartir instrucciones en materias de gestión a todas las sociedades de capital, manteniendo en todo caso la previsión de que los estatutos puedan limitarla. Asimismo, se amplían las competencias de la junta general en las sociedades para reservar a su aprobación aquellas operaciones societarias que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales».

Muchos son los interrogantes que plantea dicha modificación legal, aunque en nuestra opinión y en atención al tráfico jurídico, sobresale el de las consecuencias jurídicas anudadas al negocio jurídico en el que se no se haya recabado con carácter previo la meritada autorización de la Junta General, al cual dedicamos nuestra atención en estos momentos.

Este debate sobre el aspecto consecuencial anteriormente señalado, lejos de atenderse y resolverse por nuestro Centro Directivo, consideramos que ha sido abordado como *obiter dicta* desacertadamente y con inclinación a la tesis del recurso al procedimiento analógico defendida por algunos autores y criticada por otros, sin que a nuestro juicio igualmente pueda recurrirse a dicha analogía, como creemos que incluso las primeras palabras del título del presente trabajo *(falsus procuratus)* permite atisbar.

De esta forma, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de junio de 2015 *(BOE* núm. 190, de 10 de agosto de 2015), en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Alcantarilla a inscribir una escritura de dación en pago de deudas, dedujo al respecto lo siguiente:

«Pero, sin duda, son las consecuencias que haya de tener la omisión de la aprobación de la junta general lo que debe tomarse en consideración para de-

terminar, en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva, la forma de actuar del notario y del registrador.

Ciertamente, no es de aplicación la inoponibilidad frente a terceros de las limitaciones voluntarias al poder de representación de los administradores (arts. 234.1 de la Ley de Sociedades de Capital, al que se remite el artículo 161. Cfr., asimismo, los artículos 479.2 y 489, relativos a la sociedad anónima europea), toda vez que se trata de un supuesto de atribución legal de competencia a la junta general con la correlativa falta de poder de representación de aquellos. Cuestión distinta es la relativa a la posible analogía que puede existir entre el supuesto normativo del artículo 160.f) y el de 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 *ex* artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital (cfr. art. 10.1 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, que se corresponde con el art. 9.1 de la derogada Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968).

Según la sentencia del Tribunal Supremo número 285/2008, de 17 de abril, los consejeros delegados de una sociedad anónima carecen de poderes suficientes para otorgar la escritura pública de transmisión de todo el activo de la compañía (en el caso enjuiciado, las concesiones administrativas de transportes, tarjetas de transporte y autobuses, dejando a la sociedad sin actividad social) sin el conocimiento y consentimiento de la junta. Señala que «excede del tráfico normal de la empresa dejarla sin sus activos, sin autorización de la Junta General para este negocio de gestión extraordinario». Primero, porque la sociedad no se dedicaba a nada más que a las actividades realizadas a través de esos activos. En segundo lugar, porque la enajenación equivalía a una modificación del objeto social. Y lo fundamental de esta sentencia es que en el caso concreto no casa la sentencia recurrida por entender que prevalece «la protección de terceros de buena fe y sin culpa grave ante el abuso de exceso de poderes de los Consejeros-Delegados (art. 129.2 LSA [actual 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital], aplicable por una clara razón de analogía)».

(…) Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del Tribunal Supremo transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos (cfr. artículo 160.f Ley de Sociedades de Capital); todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador o apoderado la responsabilidad procedente si su actuación hubiese obviado el carácter esencial de los activos de que se trate».

Los mismos argumentos anteriormente reseñados se repiten en la resolución de 26 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Albarracín a inscribir una escritura de compraventa *(BOE* núm. 191, de 11 de agosto de 2015); resolución de 26 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del

registrador de la propiedad interino de A Coruña núm. 5 a inscribir una escritura de compraventa *(BOE* núm. 191, de 11 de agosto de 2015); Resolución de 26 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Soria núm. 1 a inscribir una escritura de compraventa *(BOE* núm. 192, de 12 de agosto de 2015); resolución de 8 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Alicante núm. 3 a inscribir una escritura de compraventa *(BOE* núm. 192, de 12 de agosto de 2015); resolución de 10 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles II de Málaga a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada *(BOE* núm. 193, de 13 de agosto de 2015).

Es decir, sin llegar a constituir el objeto propio de las decisiones que adoptan las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado antes expuestas, sí que parecen decantarse 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. EL EXISTENTE DEBATE SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE AUTORIZACIÓN DE LA JUNTA GENERAL EN LOS CASOS DEL ARTÍCULO 160 F) DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Varios autores ya se han pronunciado dentro de la corriente de opinión que estima aplicable la protección del tercero de buena fe, dentro del sistema que nos ofrece el artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital.

FERNÁNDEZ DEL POZO[1] razona lo siguiente: «Por el mero hecho de que el importe de la operación exceda del 25% del activo, la extralimitación de competencia no puede hacerse valer contra el tercero de buena fe que contrata con la sociedad. No existe una carga del tercero de averiguar el importe del activo o de consultar las últimas cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil.

Solamente cuando el tercero es cómplice del fraude de la regla de competencia o cuando la extralimitación competencial es manifiesta y su desconocimiento inexcusable en atención a las circunstancias que concurren en el caso (pensemos en la venta de la totalidad del patrimonio social) la extralimitación podrá oponerse a tercero. El estándar aplicable al tercero de buena fe es el que se infiere de la regla en que se recoge el ámbito legal predeterminado e ilimitable de las facultades representativas de los administradores: cfr. artículo 234 LSC al que, por cierto, se remite, en materia de injerencia de la junta en la gestión el artículo 161 LSC».

SUÁREZ PINILLA, entiende que «Tras haber visto la finalidad de la reforma (consentimiento de las Juntas generales en aquellas operaciones societarias similares a las modificaciones estructurales), junto a una interpretación sistemática de la Ley, así como la inteligencia de esta en el sentido más adecuado para que

produzcan efectos (arts. 3 y 1284 del Código Civil), a nuestro juicio, aún en estos casos, el tercero de buena fe siempre está protegido, porque así lo exige la seguridad del tráfico jurídico, que con toda claridad se plasma en el citado artículo 234 de la LSC»[2].

PÉREZ RAMOS[3], opina que: «Y el examen en perspectiva de la cuestión, alejado de la visión cenital del artículo 234 LSC nos conduce necesariamente a reputar que tanto el objeto social como los activos esenciales son límites externos a las facultades representativas de los administradores; y si hay identidad de razón no hay motivo para negar la aplicación analógica de la protección que al tercero de buena fe dispensa el artículo 234.2 LSC a la hipótesis del artículo 160 f) LSC. En suma, lo sensato es que las consecuencias frente al tercero de su vulneración sean las mismas, ya que idéntica es la problemática, puesto que aunque se aduzca que en el 160 es la Ley quien está limitando las facultades representativas de los administradores al exigir la autorización de la junta general, mientras que en el 234 son los estatutos sociales los que imponen esta limitación, lo cierto es que ambos son límites legales a las facultades representativas, desde el momento que al final es la propia Ley la que ha ordenado que para que la sociedad quede vinculada por un acto realizado por el administrador más allá del objeto social se precisa la autorización de la junta general.

En fin, considero que debe superarse la opinión que reputa el artículo 160 f) como un mero límite interno al poder de representación de los administradores que no afecta a tercero, o como un límite externo que provoca la desprotección absoluta del mismo, aun cuando fuera de buena fe. Y es que a mi juicio estamos ante un verdadero límite externo pero que será inoponible al tercero de buena fe y sin culpa grave. Conclusión reforzada por la apreciación de los intereses en juego por el escurridizo, aunque para algunos sólido, principio de protección de la apariencia».

GONZÁLEZ MENESES[4], razona que «El tercero cocontratante estaría protegido por la norma del artículo 234 LSC, que no se vería afectado por este artículo 160 f). Partiendo de esta interpretación, se piensa que lo más que debemos hacer los notarios es recoger una manifestación responsable del administrador sobre el carácter no esencial del activo objeto del negocio y allá él con su responsabilidad frente a la sociedad, máxime cuando la apreciación del carácter «esencial» del activo exige valorar y ponderar una serie de circunstancias de la sociedad que escapan a nuestro conocimiento. Yo no creo que la eficacia de esta atribución de competencia a la junta quede limitada a la esfera interna (por la equiparación que formula el preámbulo de la ley entre estas operaciones y las «modificaciones estructurales», por la literalidad de este precepto y del nuevo artículo 511 bis, por razones sistemáticas relacionadas con los restantes apartados del artículo 160, por una interpretación a contrario apoyada en el tenor del inmediato artículo 161, reformado por la misma ley, y por el propio tenor del artículo 9 de la Primera Directiva). Pero aunque así fuera, tampoco creo que podamos desentendernos de una norma de la que claramente resulta el deber del administrador de no realizar una determinada operación negocial por sí solo. Por supuesto que el carácter esencial, salvo en casos especialmente notorios, es algo que escapa a nuestra apreciación. Pero la norma aporta un elemento cuantitativo —la presunción de su segundo inciso resultante de comparar el importe de la operación con el valor total de los activos del último balance aprobado— que ha de servir de criterio al propio administrador para guiar su actuación, que deberá ser tenido en cuenta en sede judicial si se plantea una impugnación o una acción de responsabilidad, pero que también debería tener juego en el ámbito extrajudicial, de cara a la protección

de la posición de los terceros y en relación con la actuación del notario, en su caso, a la hora de apreciar los requisitos de regularidad y validez del negocio. Es decir, en caso de duda, el notario debería cerciorarse de ese dato del valor total de los activos del último balance aprobado, ya sea solicitando información del Registro Mercantil sobre el último balance depositado ya sea pidiendo certificación de ese dato por el órgano social competente para emitirla, para tener la seguridad de que no opera la presunción de esencialidad».

ROYO VILLANOVA y SÁNCHEZ SANTIAGO[5], sostienen claramente la aplicación analógica del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital para buscar la protección del tercero de buena fe, argumentando que: «en realidad el legislador, al convertir una especialidad de las cotizadas en una norma de aplicación general, no ha contemplado en ningún momento ni el efecto general sobre el sistema ni en particular el efecto frente a terceros, y que existe una verdadera laguna legal que entendemos que ha de ser integrada si es posible a través de una interpretación analógica del artículo 234 LSC», razonando la identidad de razón que sustenta a su juicio dicha aplicación analógica del siguiente modo: «en ambos casos se trata de proteger el tráfico y los derechos adquiridos por terceros de buena fe. Es cierto que en un caso se trata de un exceso de los administradores respecto del objeto social —que consta en los estatutos y figura en el Registro Mercantil— y en el otro de un exceso respecto de las competencias establecidas en la ley y, por lo tanto, podría pensarse que está justificado no exigir a los socios que consulten el contenido del registro cada vez que contratan, pero que en cambio les es exigible el conocimiento de la ley. Pero la realidad es que —como se ha visto— una cosa es conocer la ley y otra muy distinta, y mucho más difícil, es determinar cuándo un activo es esencial. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, sin que sea sencillo para el tercero saber si opera la presunción, y sin que la no aplicación de esta le proteja. Por tanto, la dificultad para el tercero de determinar si un activo es esencial es al menos tan grande como la de determinar si un acto está comprendido en el objeto social. Además, coincidimos con FERNÁNDEZ DEL POZO que un juez podría tratar de justificar atendiendo al efecto espíritu y finalidad de la Primera Directiva que no es otro que el de la seguridad jurídica y la protección de los terceros que contratan con la sociedad, una interpretación analógica del artículo 234 que cubriera la laguna del artículo 160 f). La Exposición de Motivos de la Primera Directiva indica claramente que uno de sus aspectos esenciales era conseguir la protección de terceros que «deberá quedar garantizada por disposiciones que limiten, todo lo posible, las causas de invalidez de los compromisos contraídos en nombre de la sociedad» (énfasis añadido). En conclusión, entendemos que existe una laguna legal e identidad de razón que permite la aplicación analógica del artículo 234 LSC a este supuesto, por ser lo más adecuado no solo al conjunto de nuestro sistema sino también a la normativa comunitaria»[6].

Por otro lado, CABANAS TREJO[7], razona sobre la protección del tercero de buena fe, aunque sin mencionar el recurso del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, cuando dice que: «No estamos ante una intervención de la JG en asuntos de gestión, sino ante una competencia propia de la JG, que condiciona la actuación de los administradores, en apariencia también en su vertiente externa. Del mismo modo que no hay adquirentes de buena fe que se conviertan en socios por haber suscrito nuevas acciones creadas por los administradores sin el apoyo de un acuerdo de aumento del capital, o de una delegación previa en forma de capital autorizado, parece que tampoco lo habría en estos casos, al menos cuando la operación caiga en el ámbito de la presunción, toda vez que

el acuerdo de la JG se convierte en requisito esencial de un negocio que pasa a ser societario, aunque solo consista en una compraventa por precio elevado. Para el tercero ya no es un simple negocio de compra o de venta, y puede verse envuelto en una singular disputa interna sobre el valor de los activos o la fecha del balance. Por eso, a partir de ahora, y siempre que se trate de operaciones de cierta cuantía, convendrá que la otra parte demande una información específica sobre el cumplimiento de este requisito o por los motivos de su exención, al menos para fundar su buena fe, y en la práctica notarial seguramente se acabará extendiendo algún tipo de declaración específica a requerimiento del notario autorizante (no creo que el registrador, ya sea mercantil o de la propiedad, deba demandar algo más para inscribir)».

Sosteniendo la inaplicabilidad al caso del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, RECALDE CASTELLS[8] analizando las referidas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, estima que: «Hay autores que propugnan una aplicación directa del precepto al nuevo caso; otros consideran que debe aplicarse, pero solo por vía analógica; y quienes piensan (pensamos) que la ley delimita las competencias de los órganos sociales, acotando capacidad y poder de representación, por lo que el artículo 234.2 LSC no es aplicable. Como decimos, esta cuestión no era objeto del recurso, por lo que las afirmaciones de la DGRN han de considerarse *obiter dicta*. La DGRN se inclina por la aplicación analógica de la norma de protección de los terceros, pero lo hace sin acreditar la identidad de razón en la que se sustentaría la analogía. Esta omisión es comprensible, porque, habiéndose omitido el esfuerzo de considerar cada caso de forma específica, difícilmente podrá descubrirse una identidad de razón de casos tan heterogéneos con la *ratio* de la norma del artículo 234.2 LSC».

ALFARO ÁGUILA-REAL[9], entiende que: «Si, como hemos visto, la inclusión de la enajenación o adquisición de activos esenciales entre las competencias de la Junta se basa en su carácter de actos que modifican el objeto social o suponen, en los casos más extremos, la sustitución del objeto social (se «liquida» la sociedad al venderse el activo que resulta esencial para que la sociedad desarrolle el objeto social), el tercero no queda protegido por el artículo 234.2 LSC en el sentido de que no se cumple el requisito de dicho precepto que dice que la sociedad queda vinculada «*aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos* en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social». Porque lo que este precepto dice es, simplemente, que la publicidad positiva del registro (la cláusula de objeto social inscrita) no perjudica al tercero. Pero no dice que sea la misma la consecuencia cuando es el legislador el que delimita lo que constituye el desarrollo del «objeto social». Como dice RECALDE, la enajenación o adquisición de un activo esencial no forma parte del desarrollo o ejecución del objeto social y, por lo tanto, el artículo 234.2 LSC no se aplica porque no estamos ante una discrepancia entre el objeto social *estatutario* y la actuación de los administradores sociales como representantes, supuesto específico en el que el artículo 234.2 LSC valida contratos celebrados por los administradores con «exceso de poder». En el caso del artículo 160 f) LSC estamos ante un caso de «exceso de poder» que no se sana por el artículo 234.2 LSC».

Negando también la aplicación analógica del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES[10] considera que: «Parece sensato pensar que los actos al realizarse por el administrador sin autorización de la Junta, son actos concertados sin poder de representación y la consecuencia es que el tercero no queda amparado por el tenor del artículo 234. Es decir, aunque sea de buena fe, no puede escudarse en su desconocimiento. Lo que conduce, creo,

no a un acto nulo sino incompleto, al menos para las sociedades no cotizadas, que se mueven en distintos parámetros normativos. Aplicando la interpretación más extendida del artículo 1259 del Código Civil, los actos no autorizados por la Junta podrían ser convalidados por ratificación».

En similares términos, PERDICES HUETOS[11] considera al administrador (art. 1259 del Código Civil) que no tiene capacidad para vincular a la sociedad.

III. UNA PROPUESTA INTERPRETATIVA

En nuestra opinión, el debate debe estar presidido por el verdadero propósito del artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital, pero sobre todo por el alcance del mismo. Hasta la fecha, el límite de actuación del órgano de administración ha estado fijado por el objeto social, sin embargo, a nuestro juicio claramente la reforma legislativa supone una distribución legal del contenido de competencias que se atribuyen a los órganos de las sociedades de capital.

Por ello no comprendemos los recursos que se utilizan al Derecho de la Unión Europea (*vid.* art. 9 de la Primera Directiva de 1968) ya que en la actualidad el artículo 10 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, con idéntico tenor a su citado antecesor prevé lo siguiente:

«*Artículo 10*

1. La sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si estos actos no corresponden al objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos excedan los poderes que la ley atribuya o permita atribuir a estos órganos.

No obstante, los Estados miembros podrán prever que la sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social, si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía este objeto o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba».

Es decir, a nuestro juicio, la protección de los terceros de buena fe claro que preside la cuestión, pero no por la aplicación analógica del artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital, sino porque precisamente esta protección de terceros de buena fe es susceptible de aplicación desde la propia doctrina aplicable al supuesto del artículo 1259 del Código Civil, aunque con límites propios de tal categoría, como luego veremos.

Por lo tanto, es la Ley la que atribuye la competencia en esta materia del artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital a la Junta General de la sociedad, excluyéndola pues del ámbito del poder de representación del órgano de administración, configurándose pues cualquier actuación del órgano de administración en esta materia como una auténtica injerencia competencial y como un auténtico exceso de poder, ajeno por tanto al margen de su actuación conforme o no al objeto social. De esta forma, con mayor o menor acierto (eso es objeto de otro debate) el legislador español no realiza ninguna desviación de lo previsto en la citada Directiva, la que le faculta como no podía ser de otra forma a realizar la distribución competencial de las materias propias de los órganos de las sociedades

de capital, estando la propia consecuencia de dicha distribución competencial pero en función de la tradicional regulación de esta materia, conectándose el supuesto a los casos de actuaciones ajenas al objeto social.

Ya en el estudio del antecedente del vigente artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es decir, el artículo 129.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, se opinaba que: «El artículo 129.2 TRLSA se refiere a acto para los que aparece legitimado el representante orgánico de la sociedad. Quedan fuera de dicho supuesto, aquellos actos que exceden de dicha legitimación, es decir, en términos del artículo 9.1.1 de la Primera Directiva, de las competencias que la ley atribuye o permite atribuir al órgano de administración. Dichos actos no podrán concluirse válidamente por dicho órgano, por lo que no existiría ni siquiera una vinculación inicial o provisional de la sociedad. En este sentido, quedaría fuera de la legitimación del órgano de representación los actos para los que sea legalmente competente la Junta General, así como los actos evidentemente contrarios al objeto social o negadores del objeto social»[12, 13].

Pues bien, entendemos que en el artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital la protección del tercero de buena fe no puede buscarse en las normas reguladoras de la actuación del órgano de administración en relación con el objeto social, ya que este no es en este caso el parámetro a tener en cuenta dada la referida atribución competencial legal, debiéndo hallarse por tanto en la aplicación de la doctrina de la conocida como representación aparente, y más concretamente, en su caso, en la especie de dicho género como de hecho se trata a la figura del falso procurador[14].

La aplicación analógica del artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital al caso previsto en el artículo 160 f) de la misma, no colmaría por otro lado la respuesta a buscar por el intérprete jurídico a los posibles casos que ofreciera la realidad. Así, pensemos en que la persona que representa a la sociedad frente al tercero en el acto ubicado en el artículo 160 f) no fuera un representante orgánico o administrador sino un representante voluntario que previamente le hubiera sido un poder suficiente por dicho administrador para el acto genérico (vgr. «enajenación»), pero que sin embargo se juzgara no suficiente para el acto específico (vgr. «activo esencial»). En este caso, ¿dónde habríamos de buscar la protección del tercero de buena fe?, ¿también mediante el recurso a la aplicación analógica del artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital? Sinceramente, no lo creemos así, ya que claramente dentro de la representación voluntaria contamos con el artículo 1259 del Código Civil para la solución de los llamados excesos de poder.

A primera vista, la solución pudiera ser la misma, o sea, la protección del tercero de buena fe, sin embargo una aproximación más detallada a los efectos que produce la ubicación del problema en el ámbito de aplicación del artículo 1259 del Código Civil, sugiere sin duda una respuesta contraria.

El resultado del procedimiento analógico propuesto por algunos autores nos podría conducir a la aplicación de soluciones diferentes en función del carácter del representante (orgánico o voluntario) que apareciere como tal en el negocio jurídico estipulado con intención de vincular la sociedad, lo que no sería coherente con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 Constitución española).

No obstante, si hasta ahora hemos venido haciendo referencias 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-PICAZO[15] 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 la anterior distinción efectuada en sede de doctrina general representativa, encontramos una de las diferencias que apuntábamos con anterioridad en cuanto a las consecuencias de ubicar la respuesta bien mediante la aplicación analógica del artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital donde claramente el centro especial de atención está ubicado en la protección del tercero de buena fe *(«tercero [que no] sabía que el acto excedía este objeto o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba»* en palabras de la propia Directiva a la que ha de acudirse como elemento interpretativo del concepto «*buena fe*» utilizado en el artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital), o bien, en sede de la aplicación supletoria (art. 4.3 del Código Civil) del artículo 1259 del Código Civil, donde como hemos tenido ocasión de exponer, en los casos de ausencia de poder la protección principal reside con carácter general en el *dominus* y no en el tercero.

Otra manifestación contraria, si bien en sede de representación voluntaria, a la primacía de la protección del tercero de buena fe en términos absolutos frente al mandante o principal la encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100007) en interpretación del artículo 1738 del Código Civil[16], de la que se desprende que el tercero no quedará protegido si el mandante no es el que ha creado la situación de apariencia, razonando que:

«*Esta doctrina, plasmada recientemente en la sentencia citada por la parte recurrente de 24 de octubre de 2008, Rc. 1030/2003, ratificada por la de 13 de febrero de 2014, Rc. 200/2012, interpreta el artículo 1738 del Código Civil en el sentido de*

exigir para su aplicación la concurrencia de dos condiciones: en primer lugar, que el tercero con el que contrata el mandatario haya actuado de buena fe, o sea que desconociera la anterior extinción del mandato, condición que se da en el supuesto que enjuiciamos; y en segundo lugar, que dicho mandatario, en el momento de hacer uso del poder, ignorara la muerte del mandante o la concurrencia de cualquier otra de las causas que hacen cesar el mandato, condición esta que no concurre en el presente supuesto en el que el mandatario usó el poder cuando le había sido debidamente notificada su revocación.

Por ello la tesis de la sentencia, en aras a la ultra actividad del mandato por razón exclusivamente de la buena fe del tercero resulta incomprensible con el propio texto de la norma y doctrina de la Sala que lo interpreta. Al no ser aplicable dicho precepto lo realizado por el mandatario tras la extinción del mandato (STS de 24 de octubre de 2008) es nulo (art. 1259 del Código Civil) y como tal no vincula al mandante (art. 1727 del Código Civil) y deja al mandatario como responsable frente al tercero (art. 1725 del Código Civil)».

Pero de nuevo, volvamos sobre los conceptos de *falsus procurator* y representante aparente. En análogo sentido al ya expuesto, GORDILLO CAÑAS[17] 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.

Pero es cierto que lo anterior supone adentrarse en un campo sumamente complicado como es el de la existencia de la apariencia donde se ha discutido si basta para la creación de la mera apariencia una mera implicación del *dominus* sin necesidad de acudir a criterios de imputación culpabilística o no, afirmándose incluso que basta para la creación de la apariencia jurídica que la actuación se encuentre dentro de la esfera de riesgo del *dominus* (*vid.* GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*), lo cual a nuestro juicio, se daría sin lugar a dudas en la hipótesis de actuación del órgano de administración prevista en el artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital bajo el criterio delimitador competencial que presidía dicha actuación, a saber, el objeto social.

Sin embargo, el hecho de que la Ley [art. 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital] haya configurado una reserva competencial en favor de la Junta General supone que la actuación del órgano de administración y con mayor acento la del apoderado voluntario en relación con los supuestos que caen dentro del ámbito de aplicación de la meritada norma, supongan una situación excepcional a la esfera de riesgo del *dominus* (sociedad) que haya de ser tratada en términos diferentes y que por sí sola no justifica la creación de la apariencia jurídica necesaria para que obre la protección del tercero que requerirá una situación de buena fe en cuanto a que la situación haya sido provocada por la información suministrada por el representante de la sociedad (lo que en este caso, normalmente ocurrirá con la manifestación del representante de que el acto no se encuentra reservado a la competencia de la Junta General) quien habiéndolo conocido haya mante-

nido en tal situación al tercero (lo que ya depende más de las circunstancias la apreciación de este hecho) y entendemos que siempre que a este no le sea imputable el desconocimiento competencial producido (lo que no solo supondrá la apreciación de las circunstancias necesarias para la aplicación de la reserva competencial desde el punto de vista de la sociedad, sino también del tercero, lo que requerirá una especial atención a la diligencia debida en cada caso).

Por tanto, no entendemos [por mucho que se quiera esgrimir como remedio en la práctica ante la situación creada por el nuevo artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital] que la mera certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, baste para asentar la creación de la apariencia jurídica y por tanto la protección del tercero, de ahí que sí estemos de acuerdo en que haya que precisarse «*…prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto*» para poder afirmar la existencia de una apariencia jurídica protectora del tercero contratante.

Somos conscientes de que la situación creada con la reserva competencial en favor de la Junta General en los referidos casos, que si bien viene a aclarar en cierta medida supuestos reconocidos como de competencia implícita de la Junta General y la propuesta interpretativa ofrecida pueden suponer determinadas dificultades en la práctica, que bien podrían requerir una reforma de los términos actuales del artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital que ofreciera una solución más clarificadora a los mismos, ya que las ofrecidas en cuanto al juicio de suficiencia notarial en este tipo de negocios no nos parecen que afronten la magnitud del problema en su debida extensión.

En este sentido y como problemas existentes puede plantearse, como ejemplo, los requisitos para la ratificación de lo actuado sin poder y las cuestiones acerca de la retroactividad y su alcance respecto a terceros. Conviene recordar en relación con esto último y al efecto, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de núm. 5850/2013 de 7 de mayo, *RJ* 2013, 5174, que haciendo buen resumen del estado de la cuestión razona:

«*Repárese en que, como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 20 de septiembre de 2012, incluso en los casos en que nuestro ordenamiento admite la ratificación de un negocio con eficacia retroactiva (v.gr. arts. 1259.2 y 1727.2 del Código Civil [LEG 1889, 27]) tal eficacia se limita al ámbito de las partes contratantes, dejando fuera de la misma todo efecto perjudicial respecto de terceros. Así lo ha declarado nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de 12 de diciembre de 1989* (RJ *1989, 8821) al afirmar que: «Es doctrina reiterada de esta Sala, recogida en numerosas sentencias, la de que, tanto en el caso del artículo 1259-2.º del Código Civil como en el caso del artículo 1727-2.º del mismo cuerpo legal, la posterior ratificación del contrato tiene eficacia retroactiva entre las partes contratantes con lo que sus efectos se entenderán válidos y plenamente existentes al momento de la celebración por el representante del negocio en cuestión; ahora bien, tal eficacia retroactiva no puede afectar a los terceros que durante el tiempo de pendencia del contrato dispositivo adquirieron del primitivo dueño algún derecho incompatible con la nueva propiedad y así se reconoce por la doctrina científica y se desprende de la jurisprudencia de esta Sala, que en la sentencia de 31 de enero de 1978* (RJ *1978, 229)… de donde se sigue que la ratificación posterior al mandamiento de embargo y su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad no producirá efectos con carácter retroactivo frente al acreedor que obtuvo el embargo y en este sentido se pronuncia la resolución de la Dirección General de los Registros*

y del Notariado de 3 de marzo de 1953 (RJ *1953, 1682)*». *En el mismo sentido se pronuncia la más reciente sentencia del mismo Tribunal de 22 de octubre de 1999* (RJ *1999, 7621). Y este mismo criterio es asumido, como no podría ser de otro modo, por la doctrina de este Centro Directivo, y en este sentido se pronuncia, entre otras, la resolución de 2 de diciembre de 1998* (RJ *1998, 10481), según la cual «de conformidad con lo previsto en los artículos 1259 y 1727 Código Civil, esa nulidad de lo actuado como poder insuficiente, no excluye la posibilidad de ratificación por el representado… si bien es evidente que la misma no puede retrotraer su eficacia al tiempo de la celebración del autocontrato, cuando ello perjudique los derechos o legítimos intereses de un tercero*».

Es decir, la ratificación opera retroactivamente *inter partes*, extendiéndose la retroactividad respecto de terceros a lo que les beneficia, pero no a lo que les perjudique, con las graves consecuencias que pudiera acarrear dicha falta de retroactividad.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL. http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2015/06/y-mas-sobre-el-art-160-f-lsc.html.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA y SÁNCHEZ SANTIAGO. La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160 f) LSC, *Diario La Ley,* núm. 8546, Sección Doctrina, 25 de mayo de 2015, Ref. D-207, editorial La Ley.

ARANGUREN URRIZA. *Instituciones de Derecho Privado. Tomo VI. Mercantil.* Consejo General del Notariado, Thomson-Civitas, 2004.

CABANAS TREJO. Cambios en el régimen de la Junta General con ocasión de la reforma del gobierno corporativo. *El Notario del Siglo XXI,* enero-febrero de 2015, núm. 59.

DÍEZ-PICAZO. *La representación en el Derecho Privado.* Editorial Civitas, 1979.

ESPEJO LERDO DE TEJADA. La interpretación literal del artículo 1738 del Código Civil y la representación aparente. A propósito de algunas sentencias recientes del Tribunal Supremo. *Indret,* enero de 2015.

FERNÁNDEZ DEL POZO. Aproximación a la categoría de «operaciones sobre activos esenciales», cuya decisión es competencia exclusiva de la Junta [arts. 160 f) y 511 bis LSC]. *La Ley Mercantil,* núm. 11, Sección Sociedades, febrero de 2015.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES. *Una interpretación razonable del artículo 160 f) de la LSC*-www.eleconomista.es

GARCÍA DE ALBIZU. *El objeto social en la sociedad anónima,* Civitas, 1990.

GONZÁLEZ MENESES GARCÍA-VALDECASAS. La reforma de la Ley de sociedades de capital y la función notarial. *El Notario del Siglo XXI,* enero-febrero de 2015, núm. 59.

GORDILLO CAÑAS. *La representación aparente (una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica),* Sevilla, 1978.

PERDICES HUETOS. Las nuevas competencias de la Junta, en las *Jornadas sobre la reforma «Nuevos retos del gobierno corporativo de las sociedades de capital»,* organizadas por la UAM y el Colegio Notarial de Madrid, marzo de 2015.

PÉREZ RAMOS. El 160. *El Notario del Siglo XXI,* mayo-junio de 2015, núm. 61.

RECALDE CASTELLS. http://almacendederecho.org/la-dgrn-no-resuelve-sobre-la-transmision-de-activos-esenciales/. *Vid.* también, RECALDE CASTELLS. *Co-*

mentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas. Javier Juste Mencía (coord.). Editores: Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas, 2015.

SUÁREZ PINILLA. *Nuevas facultades de la junta general. Juicio de suficiencia notarial,* 28 de enero de 2015. www.notariosyregistradores.com.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 22 de enero de 2015.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de núm. 5850/2013 de 7 mayo de 2013.
- 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).
- Resolución de 26 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2015).
- Resolución de 26 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2015).
- Resolución de 26 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2015).
- Resolución de 8 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2015).
- Resolución de 10 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, (BOE núm. 193, de 13 de agosto de 2015).

NOTAS

[1] FERNÁNDEZ DEL POZO. «Aproximación a la categoría de «operaciones sobre activos esenciales», cuya decisión es competencia exclusiva de la Junta [arts. 160 f) y 511 bis LSC]» *La Ley Mercantil,* núm. 11, Sección Sociedades, febrero de 2015.

[2] SUÁREZ PINILLA. Nuevas facultades de la junta general. juicio de suficiencia notarial, 28 de enero de 2015. www.notariosyregistradores.com.

[3] PÉREZ RAMOS. El 160. *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio de 2015, núm. 61.

[4] GONZÁLEZ MENESES GARCÍA-VALDECASAS. «La reforma de la Ley de sociedades de capital y la función notarial». *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero de 2015, núm. 59.

[5] ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA y SÁNCHEZ SANTIAGO. La nueva competencia de la junta general sobre activos esenciales: a vueltas con el artículo 160 f) LSC, *Diario La Ley,* núm. 8546, Sección Doctrina, 25 de mayo de 2015, Ref. D-207, Editorial La Ley.

[6] Dicha identidad de razón ha sido contestada por Alfaro Águila-Real, opinando que: «A nuestro juicio, no hay identidad de razón entre el supuesto del artículo 234.2 (actuación de los administradores no cubierta por el objeto social tal como se describe en los estatutos) y el del artículo 160 f LSC que permita extender la consecuencia jurídica del artículo 234 —la sociedad queda vinculada— a la infracción del artículo 160 f) LSC.

La *regla del artículo 234.2 LSC* se justifica porque muchos de los actos realizados por los administradores con terceros y que obligan al patrimonio separado que es la persona jurídica son actos «incoloros» respecto del objeto social descrito en los estatutos sin que, ni siquiera tras haber leído los estatutos, los terceros puedan saber si el acto está dentro del objeto social o no. Por ejemplo, la compra de material de oficina, la venta de un inmueble, la adquisición de acciones, la contratación de los servicios de un abogado o un enfermero. De ahí que sea razonable presumir que, salvo que haya «(culpa grave) que indiquen al tercero que los administradores están actuando *ultra vires,* se imponga a la sociedad el riesgo de tal actuación. La reducción de los costes de transacción que la norma logra beneficia, al fin y

al cabo, a la propia sociedad que, si no existiera el artículo 234.2 LSC, tendría que exhibir repetidamente a los terceros no ya una certificación del registro en la que conste el nombramiento y vigencia del cargo del administrador sino también las pruebas de la inserción de la operación económica en el objeto social. Por tanto, el artículo 234.2 LSC es una norma que beneficia a la propia sociedad de forma semejante a las normas que establecen una adquisición a non domino, las cuales benefician a los dueños (al *verus dominus* que se ve privado de su propiedad en beneficio del adquirente de buena fe) porque aumentan el valor de liquidación de sus bienes al hacerlos más fácilmente transmisibles (de esta cuestión nos hemos ocupado ampliamente *aquí* y el trabajo más interesante al respecto es el de Barak Medina que puede leerse *aquí* y es la base que permite a Arruñada dar una explicación en la misma línea de la existencia de los registros). Pero esta ponderación no es trasladable a la enajenación o adquisición de un activo esencial por parte de la sociedad.

En realidad, la operación que realizan los autores implica llevar a cabo, previamente a la aplicación analógica del artículo 234.2 LSC, una reducción teleológica de la norma que establece la eficacia anulatoria de los defectos en la formación de la voluntad de las personas jurídicas. Es decir, a nuestro juicio, no hay una laguna abierta sino, a lo más, una laguna oculta.

Cuando, por ejemplo, una sociedad expresa su consentimiento para fusionarse con otra, no hay duda alguna de que las normas sobre distribución de competencias determinan quién y cómo manifiestan el consentimiento de la sociedad a la fusión (aprobación del proyecto de fusión por los administradores y por las juntas de las sociedades implicadas). Y, para reducir teleológicamente el ámbito de aplicación de las normas sobre la formación de la voluntad de las personas jurídicas hay que justificar su necesidad. El artículo 234.2 LSC es, en este sentido, una norma excepcional. La norma general sobre la capacidad de los administradores para vincular el patrimonio social está en el artículo 234.1 LSC que afirma con rotundidad que «La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos». Si del artículo 234.2 LSC pudiera extraerse una regla según la cual, las personas jurídicas tienen capacidad general, habría que haber prescindido de la culpa grave y de la buena fe del tercero y el artículo 234.1 LSC debería rezar algo distinto. Debería decir: «La sociedad quedará obligada frente a terceros por cualquier actuación de los administradores inscritos en el registro mercantil». Pero no es eso lo que dice la regla general que, repetimos, está en el artículo 234.1, no en el artículo 234.2 LSC. El legislador no ha querido proteger ilimitadamente el tráfico y sacrificar, en todo caso, el interés de los socios en tomar decisiones que afectan de forma «esencial» al patrimonio separado que es la persona jurídica. Por tanto, no hay buenas razones para no aplicar las reglas generales sobre la representación y poner a cargo del tercero la averiguación y la obtención de garantías respecto del carácter no esencial del activo o respecto de la obtención de la autorización de la Junta. Como los autores reconocen, en fin, la primera directiva no es un obstáculo a la conclusión que sostenemos puesto que deja a salvo la distribución de competencias establecida por la ley». http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2015/06/y-mas-sobre-el-art-160-f-lsc.html.

[7] CABANAS TREJO. Cambios en el régimen de la Junta General con ocasión de la reforma del gobierno corporativo. *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero de 2015, núm. 59.

[8] RECALDE CASTELLS. http://almacendederecho.org/la-dgrn-no-resuelve-sobre-la-transmision-de-activos-esenciales/. *Vid.*, también, Recalde Castells. *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*. Javier Juste Mencía (coord.). Editores: Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas, 2015.

[9] ALFARO ÁGUILA-REAL. http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2015/02/el-nuevo-articulo-160-f-lsc.html

[10] FERNÁNDEZ-TRESGUERRES. Una interpretación razonable del artículo 160 f) de la LSC - www.eleconomista.es

[11] PERDICES HUETOS. «Las nuevas competencias de la Junta» en las *Jornadas sobre la reforma «Nuevos retos del gobierno corporativo de las sociedades de capital»* organizadas por la UAM y el Colegio Notarial de Madrid, marzo de 2015.

[12] ARANGUREN URRIZA. *Instituciones de Derecho Privado. Tomo VI. Mercantil.* Consejo General del Notariado, Thomson-Civitas, 2004, p. 520. Con carácter previo, el citado autor

(*vid., op. cit.*) páginas 501 y 502 razona adecuadamente lo siguiente: «…En realidad, hay que volver a la referencia expresa que el artículo 9.1.1. de la Primera Directiva hace a la delimitación legal de competencias. Esta constituye el límite del poder. Si dicha referencia falta en el artículo 129 TRLSA, quizás sea como se ha dicho, porque se tiene por sobreentendido, al ser un presupuesto esencial de la organización social el que cada órgano tiene que operar dentro de su competencia. Sin embargo, a nuestro juicio, se trata de un aspecto fundamental, pues, en definitiva consagra la posibilidad de que cada legislación nacional atribuya competencias oponibles al órgano soberano, pero también que pueda establecer el ámbito del poder de representación de los administradores limitado al objeto social, que es lo que cabalmente hace el artículo 129.1 TRLSA, si debemos presuponer que la norma tiene algún sentido. Cierto que, por imperativo de la Directiva comunitaria, no se extraen de dicha norma competencial las conclusiones en el orden externo que sean incompatibles con la protección de tercero que haya actuado de buena fe y sin culpa grave. El ámbito del poder orgánico, por tanto, es el resultante en cada Ley nacional, al configurar las competencias de los órganos sociales, y en la nuestra coincide con el objeto social, salvo los supuestos de atribución específica a la Junta General de competencias en la esfera de este (por ejemplo, art. 41 TRLSA)».

[13] Con anterioridad y para los actos ajenos al objeto social llevados a cabo por el órgano de administración, GARCÍA DE ALBIZU también ubicaba la cuestión como un exceso de poder al razonar que: «Caracterizado el vicio del acto ajeno como un exceso de poder por parte de los administradores que lo realizan, habría que analizar la situación en la que se encuentra dicho acto así como las vicisitudes a las cuales queda sometido. Situando plenamente esta problemática en el terreno de la representación, hay que afirmar, en primer lugar y por muy obvio que ello parezca, que el modo más sencillo de evitar las consecuencias que se derivan del exceso de poder consiste en autorizar previamente la realización del acto; en segundo lugar, cuando esto no hubiera ocurrido, el Código Civil prevé en su artículo 1259.2.º que el representado podrá ratificar el acto realizado por el representante, siempre y cuando dicha ratificación tenga lugar antes de que el tercero contratante revoque el acto». GARCÍA DE ALBIZU. *El objeto social en la sociedad anónima,* Civitas, 1990, pp. 265 y 266.

[14] 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.

[15] DÍEZ-PICAZO. *La representación en el Derecho Privado.* Editorial Civitas, 1979, pp. 214 y 215.

[16] Para un análisis reciente de la norma (su bibliografía y jurisprudencia) aunque con opinión contraria, *vid.,* ESPEJO LERDO DE TEJADA. «La interpretación literal del artículo 1738 del Código Civil y la representación aparente. A propósito de algunas sentencias recientes del Tribunal Supremo». Indret, enero de 2015.

[17] *Vid., op. cit.*

3. URBANISMO

Procesos complejos de gestión urbanística y su acceso al Registro de la Propiedad

Complex Urban Planning Management Processes and Their Qualification for Registration

por

VICENTE LASO BAEZA
Abogado

RESUMEN: La insuficiencia del marco legal urbanístico para encauzar el desarrollo de instrumentos de planeamiento definidores de procesos de gestión complejos para los que los sistemas de ejecución tradicionales carecen de previsiones bastantes en orden a la resolución del conjunto de problemas vinculados con el cumplimiento del principio de equidistribución hace inevitable en ocasiones la opción por fórmulas que, acogidas a la posible definición de esquemas de gestión alternativos admitidos por la Ley, razonablemente no pueden quedar *extramuros* del Registro de la Propiedad, lo que impone una adecuada coordinación para su consiguiente constancia registral según un régimen no solo de publicidad noticia sino también de efectos jurídico-reales dentro en todo caso del pleno respeto a los derechos del titular registral.

ABSTRACT: In zoning, the benefits and burdens assigned to each unit should be distributed fairly. When planning instruments define complex management processes that traditional development systems fail to foresee, however, development systems may not anticipate how to solve all the fair distribution problems that arise, and urban planning legislation is not thorough enough to do a proper job of guiding the implementation of modern, complicated planning instruments. As a result, the authorities may sometimes be forced to use formulas under alternative management schemes allowed by the law. Reasonably speaking, registration of such formulas should not be withheld. Proper coordination is required so that these formulas can be registered according to a procedure that provides disclosure and legal and in-rem effects and at all events preserves full respect for the rights of the registered owner.

PALABRAS CLAVE: Gestión urbanística. Unidad de ejecución. Convenio gestión. Entidad urbanística superpuesta. Equidistribución. Inscripción.

KEY WORDS: Urban planning management. Development unit. Management agreement. Superimposed urban development entity. Fair distribution of benefits and burdens in zoning. Registration.

SUMARIO: I. EL MARCO LEGAL DE LA GESTIÓN URBANÍSTICA SEGÚN LA CONFIGURACIÓN DE LA UNIDAD DE EJECUCIÓN COMO ÁMBITO ES-

PACIAL DE REFERENCIA.—II. LAS LIMITACIONES INTRÍNSECAS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DERIVADAS DEL MARCO LEGAL EXPUESTO.—III. LA RESOLUCIÓN DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2015 COMO REFERENCIA PARA EL REFLEJO REGISTRAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS ADOPTADOS EN EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO EN GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE EQUIDISTRIBUCIÓN.—IV. CRITERIOS PARA LA CONFIGURACIÓN URBANÍSTICA DE MODELOS DE GESTIÓN COMPLEJOS Y SU REFLEJO REGISTRAL.

I. EL MARCO LEGAL DE LA GESTIÓN URBANÍSTICA SEGÚN LA CONFIGURACIÓN DE LA UNIDAD DE EJECUCIÓN COMO ÁMBITO ESPACIAL DE REFERENCIA

Los términos que desde la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 han venido presidiendo la gestión urbanística han descansado generalmente sobre los ámbitos habitualmente identificados como unidades de ejecución o actuación, los cuales han sido presentados como los ámbitos espaciales de referencia en los que la resolución del doble objetivo de la equidistribución y la urbanización debe ser resuelto.

Desde ese esquema básico la consecuencia inherente adicional ha sido la de que todas las técnicas de gestión urbanística precisamente se han acomodado a la lógica del ámbito espacial predefinido, lo que significa que los procesos equidistributivos habían de resolverse en su interior en su totalidad con la salvedad de la existencia de suelos externos afectos a redes públicas vinculados a él a los efectos de su obtención, siguiendo en este caso la fórmula tradicional inicialmente instaurada en el Reglamento de Gestión Urbanística de adscripción de suelos de sistemas generales después recibida como una de las alternativas admitidas desde el marco general como incluidos o adscritos que hizo fortuna a partir de la Ley 8/1990, de 25 de julio. Por lo tanto, tomando como referencia los dos sistemas más utilizados en la práctica, el de compensación y el de expropiación, todo el procedimiento respectivo de tramitación de bases y estatutos, constitución de la Junta de Compensación y proyecto reparcelatorio, así como la tramitación de la expropiación se desenvuelve en el seno del ámbito definido por la línea perimetral cerrada configurada por la unidad de ejecución.

Lo mismo cabe afirmar, a su vez, en cuanto a la ejecución material del planeamiento en la que la urbanización ha sido tradicionalmente urbanización interior de la unidad de ejecución. Ello a pesar de la cierta configuración legal como deber de los propietarios, así por ejemplo por el artículo 16.1.c) de la Ley del Suelo de 20 de junio de 2008 heredero de los artículos 14 y 15 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, del consistente en el costeamiento y, en su caso, ejecución de las obras de conexión, ampliación y refuerzo de las redes «*existentes fuera de la actuación*», extensión sin embargo carente de una regulación legal acabada precisamente en el ámbito de la gestión.

Piénsese, en este sentido, la existencia real de sectores de suelo urbanizable o ámbitos de suelo urbano ya cerrados desde el planeamiento general en cuanto a su delimitación y parámetros básicos y que con motivo de la definición de la ordenación pormenorizada es cuando permiten identificar la demanda real de las referidas obras, momento en el cual es precisamente su aludido carácter cerrado el que impide acceder a la realización de adscripciones sobrevenidas por constituir esta una determinación excluida de las propias del planeamiento de

desarrollo ocasionándose con ello evidentes dificultades de gestión para las que el ordenamiento carece de respuestas claras.

Es cierto, por otro lado, que las conexiones entre unidades de ejecución necesitadas de una gestión interconectada en realidad ha sido en alguna ocasión una imposición directamente deducida de la legislación urbanística cuando, por ejemplo, formando parte de un mismo área de reparto, admitía el supuesto de diferencias de aprovechamiento entre ellas con el límite máximo del quince por ciento, supuesto, también análogo a estos efectos al de la diferencia desequilibrada de cargas entre unidades, para el que sin embargo no existía tampoco previsión alguna sobre el procedimiento para su resolución.

Como contraste cierto, no obstante, han de destacarse las previsiones contenidas en la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, que se sepa de implantación práctica inédita, al ocuparse en su artículo 85 de la denominada «*gestión por áreas de reparto en sectores de suelo urbanizable*», regulación mediante la cual se contempla la forma de alcanzar la que se denomina «*equidistribución exterior*» cuando existen desequilibrios entre los aprovechamientos atribuidos a los distintos sectores existentes en un mismo área de reparto. A tal fin, la equidistribución exterior, cuya consecución ha de quedar resuelta de modo simultáneo a la delimitación de la unidad de ejecución con la consiguiente exigencia de la posposición de su reparcelación a dicha resolución, se alcanza mediante la voluntarista premisa inicial de que los propietarios de los sectores excedentarios adquieran suelos afectos a redes públicas para su posterior cesión a la Administración, premisa después corregida y sustituida por la más pragmática de la monetización de tales redes a su favor. En el caso contrario, esto es, en el de que los sectores fueran deficitarios, la Ley se decanta por la no menos voluntarista cuando no ingenua pretensión de que «*los promotores del sector podrán requerir del Municipio la contribución a los costes de urbanización en la cuantía económica equivalente al valor del defecto de aprovechamiento*».

Identificados con ello los aspectos de la gestión urbanística que interesa aquí destacar, la manifestación registral del proceso urbanístico referido a la unidad de ejecución como ámbito espacial de referencia reproduce, dado su carácter instrumental, idéntica proyección desde el momento en que las fincas registrales afectadas sobre las que ha de dejarse constancia de su vinculación al resultado del sistema en cada caso aplicable son necesariamente tanto las que integran tal unidad como las que siendo exteriores quedan a ella adscritas según lo ya indicado.

Nos referimos en este sentido a la nota marginal de iniciación del procedimiento reparcelatorio a que se refiere el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, así como a la respectiva del procedimiento expropiatorio contemplada en el artículo 22 siguiente, notas cuya distinta relevancia queda respectivamente puesta de manifiesto en los artículos 14 a 17 y 26.4.

II. LAS LIMITACIONES INTRÍNSECAS DEL SISTEMA DE GESTIÓN DERIVADAS DEL MARCO LEGAL EXPUESTO.

Caracterizada, entre otras notas, la gestión urbanística desde un punto de vista estrictamente legal por las circunstancias expresadas, al confrontarse en ocasiones con la realidad de una acción urbanística desenvuelta también dentro del marco legal pero con una mayor diversidad de matices, pone de manifiesto su insuficiencia para dar una respuesta satisfactoria cuando se rompe el molde limitado de la unidad de ejecución como ámbito supuestamente dotado de

plena autonomía para la resolución del conjunto de incidencias inherentes a la ejecución del planeamiento.

El supuesto del que se parte es en realidad sencillo. Se da en concreto en aquellos casos en los que se contempla la presencia de una pluralidad de unidades de ejecución en un mismo ámbito de ordenación, lo que en modo alguno es extraño que tenga lugar respecto de grandes superficies de suelo ordenadas de modo simultáneo que, sin embargo, no admiten fácilmente su desarrollo también de modo simultáneo por circunstancias de diverso orden, bien de carácter técnico, de tipo funcional, de dificultad de gestión, de mera viabilidad económica, etc.

El supuesto, como se dice, no fue en efecto extraño al urbanismo desarrollado en España en los tiempos previos al desencadenamiento de la crisis, escenario económicamente favorable que precisamente permitía desarrollos en bloque ante la certeza de su buena recepción en un mercado inmobiliario que entonces gozaba de una aparente buena salud.

En todo caso, ya fuera por razón de una bonanza del sector no necesariamente descartable en el futuro aun según fórmulas más moderadas, ya por circunstancias más bien de carácter técnico opuestas a la opción por modelos de ordenación reducidos limitadores de una posible visión de conjunto nunca, por definición, desaconsejable, la efectiva opción por grandes modelos de desarrollo sigue siendo una posibilidad siempre abierta que requiere ineludiblemente de respuestas consistentes para hacer efectivo el proceso de ejecución del planeamiento con el simultáneo cumplimiento del principio de equidistribución.

Y es que, en efecto, la manifestación más notoria de las disfunciones que pueden surgir en el desarrollo de una pluralidad de unidades de ejecución comprendidas en un mismo área de reparto, pertenencia que desde la perspectiva de la equidistribución impone un tratamiento homogéneo de todos los propietarios de suelo con la salvedad de los matices no menores derivados de la renta de situación, surge precisamente cuando la definición de cada una de ellas no supone un tratamiento plenamente equilibrado de estos, lo que fácilmente tendrá lugar por la presencia casi inevitable tanto de diferencias en los aprovechamientos como en las cargas respectivamente imputables.

Es justo en estos casos en los que el marco legal se muestra en gran medida insuficiente para responder a disfunciones cuya concurrencia solo puede aceptarse desde una exigible idea de transitoriedad, siempre, por lo tanto, desde la final reconstrucción de una equidistribución plena cuyo cumplimiento no puede ni quedar al albur de un marco de gestión indefinido que se presente como campo abonado para una gestión anárquica ni, en consecuencia, ser abandonada confiando en la consecución de pretendidos reajustes sobrevenidos.

En este sentido no está de más recordar la doctrina más relevante del Tribunal Supremo en materia de equidistribución y su relación con la fase de elaboración del planeamiento de la que de modo indebido ha sido en ocasiones sustraída con base en alguna jurisprudencia previa sin duda poco matizada en ese punto, doctrina de la que es testimonio la reciente sentencia de 27 de mayo de 2015 y de la que, más allá de sus muy relevantes consideraciones en torno al deber de urbanizar extendido también a los suelos de sistemas generales, resulta lo siguiente:

«TERCERO. Efectivamente, en esa nuestra sentencia, transcrita en la recurrida, y en las posteriores de 18 de junio de 2013 (RJ 2013, 5999) (recurso de casación 7028/2009), 28 de abril de 2014 (sic.) (RJ 2015, 2196) (recurso de casación 330/2013), 7 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5887) (recurso de casación 2689/2012) y 4 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6839) (recurso de casación 3439/2012), hemos

declarado que el precepto contenido en el apartado c) del artículo 16.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (RCL 2008, 1260, impone a los propietarios de suelo, a diferencia de lo que establecía el artículo 18.6 de la Ley de Suelo 6/1998, de 13 de abril (RCL *1998, 959), el deber de costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente, lo que, como hemos indicado en esas nuestras sentencias, representa una ampliación de los deberes legalmente impuestos a los propietarios de suelo.*

La cuestión que ahora se suscita por los recurrentes no es tanto la existencia legal del indicado deber cuanto el hecho de si tal deber, que, en principio, resulta desproporcionado al imponer a los propietarios de un concreto ámbito de actuación la obligación de costear las obras de urbanización de un sistema general o dotación pública que beneficia a toda la población y no solo al ámbito en el que se ejecuta, no ha estado justificado y debidamente motivado en la ordenación que lo establece.

(…)

Si partimos, como resulta inexcusable dados los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, de que el citado Parque Fluvial, de 18.689 m², es un sistema general o dotación pública que beneficia a toda la población, el principio general, que subyace en cualquier ordenamiento jurídico justo y como tal rige también en el urbanístico, de equidistribución o reparto equitativo de beneficios y cargas, hemos de llegar a la conclusión de que, si bien en nuestro vigente ordenamiento jurídico básico (art. 16.1 a y c del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008) se establece que los propietarios de un concreto ámbito de actuación urbanística deben ceder el suelo y costear la ejecución de las dotaciones públicas o sistemas generales adscritos a ella, resulta imprescindible una justificación de la adscripción de tal sistema general o dotación pública a ese ámbito singular para evitar cualquier arbitrariedad.

En definitiva, aun cuando forma parte del estatuto básico de la propiedad el que un sistema general pueda ser adscrito a un ámbito concreto de actuación, es incuestionable que la Administración urbanística, que así lo establece, tenga que explicar y justificar la razón de tal proceder, pues, de lo contrario, no sería posible valorar si el referido principio de equidistribución se ha respetado, a pesar de ser el objetivo de la citada Ley de Suelo (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio) al disponer, en su artículo 1, que fija las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio estatal y que, después, al regular el contenido del derecho de propiedad del suelo, en su artículo 8.1.c), establece la facultad de participar en la ejecución de las actuaciones de urbanización a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 14 en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación.

(…)

Esta Sala y Sección del Tribunal Supremo, por el contrario, ha expresado abiertamente, entre otras, en su sentencia, de fecha 23 de febrero de 2012 (RJ *2012, 4225) (recurso de casación 26/2008), que «el principio de equidistribución de beneficios y cargas del planeamiento entre los afectados —como manifestación del derecho de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución* (RCL *1978, 2836)—, ha sido configurado como principio general del urbanismo, de aplicación tanto en la redacción de los planes en que se ejercita la potestad de planeamiento, como en la fase posterior de la ejecución».*

(…)».

La cuestión, por lo tanto, es clara. El principio de equidistribución constituye un principio general del Derecho urbanístico español trasunto del principio constitucional de igualdad; su cumplimiento efectivo ha de quedar garantizado no solo en la que ordinariamente es identificada como estricta fase de gestión del planeamiento ya aprobado sino también en la confección de este en cuanto fuera necesario[1]; y, por fin, vincula al planeamiento a una tarea estricta de justificación[2] de sus decisiones cuando con ellas pudiera producirse algún tipo de afección sobre el mencionado principio.

Dicho en otros términos, también desde el planeamiento han de procurarse cuantos instrumentos sean precisos a fin de garantizar la plena distribución equitativa de beneficios y cargas, permitiendo con ello los esquemas normativos que, sin quebrar el marco legal aplicable, den respuesta a aquellas posibles cuestiones que no reciben un tratamiento *ad hoc* desde tal marco pero que sin embargo se derivan directamente de él.

Pues bien, justo desde este esquema brevemente apuntado es desde el que también la llamada al Registro de la Propiedad como instrumento coadyuvante del conjunto del proceso de gestión adquiere una relevancia de primer orden, llamada que, igual que queda dicho, si bien puede no tener una respuesta unívoca a la problemática suscitada puede sin embargo ofrecer las técnicas que le son propias, además, por otro lado, ya rodadas sobradamente en procesos urbanísticos culminados tomando a tal fin como norma fundamental el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

III. LA RESOLUCIÓN DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2015 COMO REFERENCIA PARA EL REFLEJO REGISTRAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS ADOPTADOS EN EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO EN GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE EQUIDISTRIBUCIÓN

La resolución de 10 de septiembre de 2015 resulta de interés a estos efectos como expresión de una de las manifestaciones del acceso al Registro de la Propiedad de los actos administrativos de naturaleza urbanística, advirtiendo, no obstante, que si bien su contenido alude principalmente al supuesto concreto previsto en el número 4 del artículo 1 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, análogo al previsto en el artículo 65.1.d) 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, no por ello pierde interés cuando los supuestos a los que se pretende dar cobertura encuentran amparo en la referencia genérica de la que se ocupa su número 8 siguiente cuando cita «*cualquier otro acto administrativo que en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de estas*». Lo que, a su vez, se complementa con la posterior consignación en el artículo 74 de las condiciones que procedieran «*con arreglo (…) a los Planes*».

De igual modo, también la regulación contenida en el artículo 27.1 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, mera reproducción del artículo 21.1 de la anterior Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, resulta referencia obligada al disponer que «*el nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por este asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de*

mutación jurídico real», regulación que remite a una política de convenios cuyo mayor sentido justamente se encuentra en el ámbito de la gestión urbanística.

Pues bien, del contenido de la resolución cabe destacar lo siguiente:

«5. Desde el punto de vista registral, nuestra legislación hipotecaria en aras de lograr la progresiva coordinación con la ordenación urbanística, regula hoy un amplio elenco de actos administrativos que pueden y deben tener acceso registral, así como su forma documental y clase de asiento, pues como recuerda la Resolución de 22 de junio de 2013, de esta Dirección General, la redacción actual del artículo 51 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo es fruto de la modificación operada por el artículo 25 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, que bajo el antetítulo de «Protección registral ante títulos habilitantes de obras y actividades» le da nueva redacción con la finalidad expresada en su Exposición de Motivos de «hacer especial hincapié en las medidas de protección registral cuyo objetivo consiste en la protección preventiva y en la depuración a futuro de situaciones que se producen en la actualidad y que están afectando de manera muy negativa a la inversión en el sector inmobiliario, tanto a nivel interno, como internacional».

Así, entre los actos administrativos inscribibles, se hace mención expresa de «las condiciones especiales a que se sujeten los actos de conformidad, aprobación o autorización administrativa, en los términos previstos por las Leyes» —art. 51.1.d de la Ley de suelo y Resoluciones de 14 de mayo de 2005, 14 de julio de 2009, 26 de abril de 2011 y 22 de junio de 2013—.

Tales determinaciones, salvo en los casos que la legislación establezca otra cosa, podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad mediante certificación administrativa expedida por órgano urbanístico actuante, en la que se harán constar en la forma exigida por la legislación hipotecaria las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a que afecte el acuerdo —artículo 52—. Se inscribirán mediante nota marginal, que, salvo que otra cosa se establezca expresamente, tendrá vigencia indefinida, pero no producirá otro efecto que dar a conocer la situación urbanística en el momento a que se refiere el título que la origine.

El artículo 74 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que permite completar la norma legal, añade algún punto que es de interés citar, en primer lugar, alude a las condiciones que han de cumplirse en la finca a la que afectan, con arreglo a las leyes o a los planes, en segundo lugar, la nota marginal se tomará en virtud de instancia del titular de la finca a la que se acompañe certificación administrativa en la que conste literalmente el acuerdo adoptado, y además, en la misma se transcribirá literalmente el acuerdo que da lugar a su práctica y se especificará que no produce otro efecto que el previsto en el artículo anterior.

Es decir, es preciso que en la certificación administrativa, título formal, se contengan unas determinaciones sujetas a calificación registral: expresión del acto administrativo que fundamenta la imposición de condiciones o limitaciones y acuerdo específico de su constancia registral, las condiciones concretas cuya constancia registral se pretende, con expresa referencia a la norma legal o planeamiento que la justifica, específica constancia de la firmeza en vía administrativa del acto —Resolución de 12 de febrero de 2014—, descripción indubitada de la finca registral afectada y circunstancias personales del interesado.

(…).

6. Reiteradamente esta Dirección General ha afirmado (por todas, Resoluciones de 27 de febrero de 2012 y 22 de junio de 2013) que no obstante la presunción de legalidad, ejecutividad y eficacia de que legalmente están investidos los actos admi-

nistrativos (cfr. arts. 56 y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), el artículo 99 del Reglamento Hipotecario faculta al registrador para calificar, respecto de los documentos administrativos, entre otros extremos, la competencia del órgano, la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido, los trámites e incidencias esenciales de este, así como la relación del mismo con el título registral y a los obstáculos que surjan con el Registro.

En consecuencia tratándose de documentos administrativos, uno de los extremos que está sujeto a la calificación registral es precisamente si los trámites del procedimiento están debidamente relacionados con el titular registral o lo que es lo mismo si el titular registral ha tenido en el procedimiento la posición jurídica contemplada por el ordenamiento (cfr. art. 99 del Reglamento Hipotecario).

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. artículos 20 y 40 de la Ley Hipotecaria), 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 Ley Hipotecaria). Este principio deriva de la legitimación registral pues si conforme al artículo 38 de la Ley Hipotecaria la inscripción implica una presunción iuris tantum *de exactitud de los pronunciamientos del Registro a todos los efectos legales en beneficio del titular registral, el efecto subsiguiente es el cierre del Registro a los títulos otorgados en procedimientos seguidos con persona distinta de dicho titular o con persona en la que no se agota la titularidad registral. Por este motivo para tomar razón en el Registro de la Propiedad de condiciones de licencias o de licencias en precario el ordenamiento exige que conste instancia del titular registral o que resulte que el procedimiento ha contado con su audiencia (arts. 74 y 76 del Real Decreto 1093/1997).*

La importancia desde el punto de vista registral del trámite administrativo de audiencia, ha sido destacada recientemente por esta Dirección General —Resolución de 6 de julio de 2015—, pues este trámite basado en la notificación personal conforme a los artículos 58 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, permite al registrador comprobar si el titular registral ha tenido la oportunidad efectiva de intervenir en el procedimiento cuyo resultado en forma de acto administrativo se pretende inscribir, garantizando su defensa ex *ante y permitir a los asientos registrales desplegar su entera eficacia* erga omnes, *ya que, como señaló la Resolución de 7 de septiembre de 1992, no ha de importar, para negar en su caso la inscripción, que los defectos puedan ser causa de anulabilidad, y no de nulidad de pleno derecho, pues al Registro solo deben llegar actos plenamente válidos, máxime si la posible anulabilidad está establecida en interés y garantía del titular registral para evitar su indefensión».*

Como resumen, por lo tanto, la recepción registral de los actos administrativos de naturaleza urbanística pasa por la superación de las exigencias registrales en materia de identificación del título formal inscribible, las circunstancias de su contenido sujetas a calificación registral, la clase de asiento objeto de práctica y, en fin, la verificación del cumplimiento de que los trámites del procedimiento proceden de un título otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él como expresión de la interdicción de la indefensión que impone el artículo 24 de la Constitución.

IV. CRITERIOS PARA LA CONFIGURACIÓN URBANÍSTICA DE MODELOS DE GESTIÓN COMPLEJOS Y SU REFLEJO REGISTRAL

1. Posibles alternativas ante la presencia de modelos de gestión complejos

A) Los convenios de gestión como instrumentos urbanísticos llamados a la resolución de problemas que exceden del funcionamiento ordinario de la gestión reglada

Si la premisa de la que se parte en el análisis de los procesos de gestión ya adelantados es justamente la de la insuficiencia del régimen legal ordinario para poder hacer frente a su resolución, la búsqueda de alternativas que garanticen la ejecución del planeamiento y, además, con plena sujeción al principio de equidistribución constituye una exigencia ante la que el planeamiento no puede quedar al margen.

En este sentido, la apelación a la figura del convenio urbanístico de gestión como modo alternativo de regulación de la gestión se justificaría en razón de las siguientes notas:

a) En primer lugar, por la insuficiencia objetiva de los sistemas de ejecución tradicionales proyectados sobre ámbitos de gestión autónomos para dar respuesta a cuestiones que sobrepasan su particular círculo de acción y competencias propias de sus respectivos entes de gestión.
b) En segundo lugar, por cuanto justamente los convenios de gestión encuentran su razón de ser en la necesidad de dar respuesta a cuestiones no convenientemente resueltas desde el marco legal directamente aplicable, hasta el punto de que, por ejemplo, el artículo 246.2 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, permite que el régimen de ejecución que prevean llegue incluso a apartarse «*de los sistemas de ejecución previstos en la presente Ley*».
c) En tercer lugar, desde un enfoque de mera lógica en la configuración del conjunto del proceso de gestión, por presentarse como instrumento intercalado entre el planeamiento y la tramitación de los procedimientos genuinos propios de tal proceso, constituyendo de este modo un paso intermedio y añadido desde el planeamiento de desarrollo que puede configurar un esquema normativo o de meros principios hasta una gestión con el mayor grado de obligada concreción.
d) En cuanto lugar, por cuanto su cometido propio se situaría de modo dominante en el terreno de la equidistribución para la corrección de posibles desequilibrios transitorios entre unidades de ejecución, función propia de la fase de gestión cuando se actúa a través de sistemas de carácter privado que hace que no solo su formulación no sea extraña sino, más bien, plenamente procedente sin quiebra del sistema legal.
e) A su vez, precisamente con vistas a la plena salvaguarda de los derechos de todos los propietarios afectados, también sería razonable descansar en el carácter abierto de la participación en su firma a cuantos propietarios de suelo hubiera en el ámbito que a tal fin habrían de ser invitados.
f) Por último, la firma del texto definitivo del Convenio debería ser condición necesaria para la adopción de los sucesivos actos de gestión y, a su vez, definiría un marco susceptible de adaptaciones sucesivas en el tiempo en razón de las posibles necesidades que pudieran ir surgiendo no fácilmente identificables *a priori* en toda su extensión.

B) La creación de entidades de gestión superpuestas a las propias de las unidades de ejecución

Como instrumento complementario, la posible constitución de entidades urbanísticas colaboradoras superpuestas a las de las unidades de ejecución con funciones vinculantes de coordinación de aquellas acciones comunes que pudieran proyectarse sobre más de una puede ser otro de los instrumentos interpuestos desde el planeamiento como exigencia para alcanzar una equidistribución final superadora de posibles desequilibrios transitorios mediante la redistribución de los aprovechamientos y las cargas entre ellas.

Es decir, se trataría de entidades urbanísticas de carácter administrativo cuya actuación, como es propio de ellas, se desarrollaría bajo la tutela, fiscalización y control de la Administración urbanística en cada caso actuante dentro del marco definido por el planeamiento y, en su caso, el convenio de gestión.

2. Consideración sobre la constancia en el Registro de la Propiedad de procesos de gestión complejos

De modo correlativo a cuanto queda expuesto, si los instrumentos urbanísticos que han quedado señalados están llamados, como fin último, a garantizar el cumplimiento del principio de equidistribución y este es un objetivo que ha de venir contemplado también desde el planeamiento urbanístico, de igual modo que en el modelo ordinario de gestión se produce una llamada al Registro de la Propiedad para dar cuenta de la existencia de procesos de gestión en curso de tramitación, lo mismo cabría pretender cuando se actuara desde la estructura jurídica advertida.

En este sentido, la aludida susceptibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad de «*cualquier (otro) acto administrativo que en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de estas*», ha de permitir también el respectivo acceso de aquellas otras decisiones administrativas tomadas en ejecución del planeamiento cuando mediante ellas, aun no insertadas en rigor en un marco normativo preestablecido, se cumplen funciones perfectamente homologables a aquellas sí previstas de manera expresa por el legislador en los que hemos venido identificando como modelos tradicionales de gestión urbanística.

Así, sobre la articulación de la gestión urbanística en orden a su acceso al Registro de la Propiedad cabe decir:

a) Los llamados convenios de gestión como marco sustitutorio o complementario de los sistemas de ejecución tradicionales, que es en realidad donde encuentran su acomodo natural una vez limitada su celebración como anticipación del planeamiento, serían susceptibles de acceder al Registro en relación, como dice el artículo 27.1 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, con «*las obligaciones por (el propietario) asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real*».
b) A su vez, precisamente desde la condición del convenio de gestión como marco sustitutorio de los sistemas de ejecución, la posibilidad de su acceso al Registro habría de contemplarse desde el carácter abierto de su

suscripción para la totalidad de los propietarios en cada caso afectados, lo que exigiría para su constancia registral, conforme a la resolución de 10 de septiembre de 2015, que el procedimiento fuera seguido con los mismos a fin de garantizar la salvaguardia de los derechos afectados y la interdicción de cualquier clase de indefensión, habiéndose por lo tanto cumplido el trámite de audiencia.

c) El título inscribible habría de corresponderse con la certificación administrativa acreditativa de la firma del texto definitivo del convenio en cuestión previamente aprobado por el órgano competente, a cuyo fin la Administración estaría legitimada para instar su constancia registral con expresión en todo caso del resto de precisiones exigibles.

d) Por otro lado, en cuanto se refiere a la posible constancia en el Registro de la constitución de entidades urbanísticas superpuestas a las propias de cada unidad de ejecución de un mismo ámbito de planeamiento se entiende que no debería existir objeción para la práctica de la correspondiente nota marginal de inicio del proceso de gestión siguiendo en este punto el mismo modelo previsto por el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, lo que vendría justificado por el hecho de ser su objeto justamente el cumplimiento del principio de equidistribución.

CONCLUSIONES

I. La realidad pone de manifiesto a partir de la constatación de un no siempre pacífico y completo encaje de la gestión urbanística del planeamiento en el marco legal vigente que cuando se está en presencia de modelos complejos los sistemas de ejecución tradicionales se muestran insuficientes para la resolución de problemas directamente relacionados con el cumplimiento del principio de equidistribución.

II. Ante ello, dado que la equidistribución ha de ser ya anticipadamente contemplada desde el planeamiento, en este cabe instaurar marcos normativos que sirvan de referencia para la sucesiva creación de instrumentos de gestión que precisamente contribuyan a cubrir las lagunas apreciables en la Ley por la descoordinación apuntada.

III. A estos efectos, en un plano estrictamente urbanístico la utilización de los convenios de gestión se presenta como figura idónea para definir modelos de gestión complejos sustitutorios o complementarios de los sistemas de ejecución tradicionales, fórmulas susceptibles de ser contempladas mediante la creación de entidades urbanísticas colaboradoras superpuestas a las propias de las unidades de ejecución.

IV. Por fin, si el plan ha de cumplir también la función indicada sin limitarse por ello a un mero cometido ordenador del territorio y si en auxilio del principio de equidistribución cabe acogerse a fórmulas como las apuntadas, parece también razonable que, igual que ocurre con el modelo ordinario de gestión, el Registro de la Propiedad haya de recibir aquellos actos administrativos de naturaleza urbanística en los que se materialicen aquellas.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 27 de mayo de 2015
- RDGRN de 10 de septiembre de 2015

BIBLIOGRAFÍA

LASO MARTÍNEZ, J. L., y LASO BAEZA, V., *El aprovechamiento urbanístico,* Ed. Marcial Pons, Madrid 1995, p. 55.

NOTAS

[1] LASO MARTÍNEZ, J. L., y LASO BAEZA, V., *El aprovechamiento urbanístico,* Ed. Marcial Pons, Madrid 1995, p. 55, donde se sostuvo lo siguiente al tratar de la delimitación de las áreas de reparto: «Se trata, por lo tanto, de una determinación que, siendo propia de la fase de planeamiento, tiene su punto de mira puesto en la fase de gestión urbanística. Desarrolla aquí el planeamiento una función que va más allá de una labor que consista exclusivamente en el diseño técnico de la ordenación urbanística del medio físico, al incidir sobre aspectos cuyo cometido se circunscribe a hacer posible su ejecución dentro del marco de unos principios generales, entre los que el fundamental es la distribución de los beneficios y cargas que tal planeamiento genera».

[2] A estos efectos resulta de interés la cita del artículo 34.1.a) e i) de la reciente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas *(BOE* núm. 236, de 2 de octubre de 2015), el cual mantiene el mismo contenido que el todavía hoy vigente artículo 54.1.a) y f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al señalar, respectivamente, que serán motivados tanto «los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos» como «los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

4. DERECHO BANCARIO

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

Transparency scrutiny of the floor clauses established by the judgments of the Supreme Court rendered on May 9th 2013, September 8th 2014, March 25th 2015 and April 29th 2015

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS
Doctor en Derecho
Abogado colegiado en Madrid y en Nueva York
LLM por la University of California Berkeley

RESUMEN: Las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios han originado una creciente litigiosidad en los últimos años debido a su aplicación por la bajada de los índices de referencia para calcular el interés variable. El resultado de estas controversias había sido desigual dentro de la jurisprudencia menor, hasta el surgimiento de una jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo en la materia. Esta ha establecido un doble control de transparencia y una nulidad sin efectos retroactivos. Según el citado control de transparencia, la mayoría de las cláusulas suelo que sean suscritas por consumidores y reúnan una serie de requisitos (que eran frecuentes en la práctica bancaria) son nulas, por lo que no generan efectos. Aunque tal nulidad no produce una restitución recíproca de las prestaciones realizadas en virtud de la referida cláusula desde que el contrato se concluyó, sino desde la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013.

ABSTRACT: Floor clauses of mortgage loans have provoked an increasing number of lawsuits last years due to its application as a consequence of the relevant lowering of the indexes that are used for calculating the floating interest rate. The outcome of these disputes was varied among the Provincial Courts, till the emergence of an established case law from the Spanish Supreme Court. This case law has created a double transparency test and a voidness which does not have retroactive effects. According to the said transparency test, the majority of floor clauses which are consent by consumers and meet some requirements (which were frequently present in this kind of contracts) are void. Consequently, they do not have any effect. But the said nullity does not create a mutual restitution of the obligations performed as a consequence of the referred clause from the contract was entered into by the

parties, but from the moment that the judgment of the Spanish Supreme Court dated on May 9th 2013 was published.

PALABRAS CLAVE: Cláusula suelo. Control de transparencia. Abusivo. Consumidores. Préstamo hipotecario.

KEY WORDS: Floor clause. Transparency test. Abusive. Consumers. Mortgage loan.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS CLÁUSULAS SUELO. 1. La consideración de las cláusulas suelo como condiciones generales de la contratación a efectos del control de transparencia. 2. Estudio del doble control de transparencia. 3. El tipo de nulidad y la falta de retroactividad. 4. Ausencia de cosa juzgada respecto a las acciones individuales.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

I. INTRODUCCIÓN

Los contratos bancarios han originado en los últimos años mucha litigiosidad. De hecho se llega a sostener que el 97% de la gran banca europea ha registrado gastos por estos motivos[1].

Aunque tradicionalmente no ha sido tratado por los autores[2], una de las cuestiones que más controversia y pleitos está generando son las cláusulas suelo debido a su activación tras la bajada de los tipos de interés de los últimos años[3]. A este respecto hubo un posicionamiento diverso en la jurisprudencia menor[4].

Por ello el objeto del presente artículo consiste en analizar la doctrina establecida por el Alto Tribunal respecto a esta clase de cláusulas en sus pronunciamientos, en los cuales principalmente se ha configurado un doble control de transparencia sobre las cláusulas, que impone una ineficacia estructural, parcial, relativa e insubsanable con efectos desde la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013.

II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS CLÁUSULAS SUELO

Debido a la extensión y número de las sentencias en las que el Tribunal Supremo ha tratado esta cuestión, se va a proceder a realizar un estudio conjunto de las mismas para extraer la doctrina jurisprudencial contenida en ellas. Sin perjuicio de lo anterior, las citas y reproducciones concretas de párrafos se centrarán en la STS de 9 de mayo de 2013, que es la primera que se dictó en la materia, la que más en profundidad ha desarrollado los temas analizados en este artículo y la que más ha sido comentada por autores[5] y sentencias[6].

El estudio de la doctrina emanada del Tribunal Supremo se va a centrar en cuatro aspectos que se van a tratar en apartados separados: la consideración de las cláusulas suelo como condiciones generales de la contratación a efectos del control de transparencia, el análisis del doble control de transparencia establecido

por el Alto Tribunal, el efecto irretroactivo de la nulidad derivada del control de transparencia y la inexistencia de cosa juzgada.

1. La consideración de las cláusulas suelo como condiciones generales de la contratación a efectos del control de transparencia

El control que realiza el Alto Tribunal de las cláusulas suelo se basa en la consideración de las mismas como condiciones generales de la contratación. Para su estimación como tal, sorteando los obstáculos que previamente había identificado parte de la jurisprudencia menor, el Tribunal Supremo ha indicado que[7]:

«*a) el hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición de la contratación, ya que estas se definen por el proceso seguido para su inclusión*[8].

b) El conocimiento de una cláusula —sea o no condición general o condición particular— es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias —singularmente para el imponente— no obligaría a ninguna de las partes.

c) 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»[9].

El cumplimiento de la regulación aplicable[10], incluso el deber informativo contenido fundamentalmente en la Ley 2/2009[11], la Orden EHA/2899/2011[12] y la OM de 5 de mayo de 1994[13] (para los préstamos hipotecarios suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la precitada Orden EHA/2899/2011) no imposibilita la posterior declaración del carácter abusivo de la cláusula[14]. Actualmente, el régimen informativo aplicable sería esencialmente el contenido en el artículo 25 de la Orden EHA/2899/2011, que exige recoger en un anexo a la ficha de información personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima.

Esta doctrina resulta particularmente interesante porque tradicionalmente se venía considerando[15] que el objeto principal del contrato no podía ser objeto de regulación mediante condiciones generales de la contratación por su propia naturaleza, por lo que el cumplimiento de la normativa aplicable evidenciaba la validez de la cláusula controvertida.

A su vez, la STS de 9 de mayo de 2013, rechazando uno de los argumentos de las entidades financieras, aclara que «*el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base en cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor*»[16]. Por consiguiente, conforme a la doctrina expuesta contenida en varias sentencias del Tribunal Supremo[17], las cláusulas suelo son condiciones generales susceptibles del doble control de transparencia según los siguientes criterios:

- Notoriamente se empleaban en el sector bancario con los clientes.
- No se requiere un uso generalizado con los consumidores.
- No es necesario que se haya intentado o que sea factible impedir su imposición.

- No es relevante que la iniciativa de la contratación haya provenido del usuario o que la entidad financiera utilice esas condiciones con un colectivo determinado.
- La negociación individual, que es lo que impediría que se estimara que se trata de una condición general, debe probarse por el banco y consistir en un efectivo poder de negociación del individuo. A estos efectos no resulta suficiente prueba de tal negociación individual la existencia de un epígrafe de «*condiciones particulares*» o menciones «*estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado*»[18].
- Se produce una imposición cuando la incorporación se debe exclusivamente a la voluntad del empresario. A estos efectos se realiza la distinción obvia entre la imposición de contratar de la imposición de un determinado clausulado[19]. Son dos cuestiones diferentes, siendo relevante a estos efectos la imposición de las condiciones generales.
- Para dispensar la protección del doble test de transparencia al usuario es irrelevante la formación del consumidor o que se haya producido una verdadera situación de desvalimiento o ignorancia.
- El hecho de que el consumidor disponga de varias opciones dentro del contrato con cláusulas prerredactadas o que se pueda contratar el mismo producto con varias entidades, no impide la consideración de que nos encontremos ante condiciones generales de la contratación, ni que se aplique la LCGC[20]. En esta línea el Alto Tribunal señala que conforme a la lógica, los criterios de eficiencia social y económica, no puede requerirse al consumidor un examen minucioso y una comparación de las condiciones generales de los contratos, puesto que el usuario dirige su atención a valorar la prestación que se le ofrece y el precio que se le exige por ella[21]. A estos efectos resulta de interés mencionar que algunas Audiencias Provinciales han estimado que no puede cuestionarse en segunda instancia una infracción sobre la falta de prueba de la negociación de la cláusula, cuando este aspecto no ha sido planteado en primera instancia[22]. Lo cual puede ser especialmente relevante, puesto que incluso la STS de 9 de mayo de 2013 es criticada por no ser acorde con el principio dispositivo y las cuestiones instadas[23].
- La concurrencia de una condición general no supone que esta sea ilícita o que haya falta de transparencia.

A estos efectos es preciso comentar que algunas sentencias de Audiencias Provinciales han considerado que el hecho de que el consumidor se subrogue en el préstamo hipotecario es un indicativo claro de tener menor capacidad de negociación de las cláusulas[24]. Otras resoluciones han entendido que tal hecho no constituye obstáculo alguno para estimar que se trata de una condición general en la que procede aplicar el doble control de transparencia[25]. Consecuentemente, en la práctica aplicando esta doctrina que contempla una carga de la prueba no prevista por el legislador, puede ocurrir que la única prueba de la que se disponga sobre la negociación, si es que finalmente se admite, es la testifical de los empleados de la entidad financiera y el interrogatorio de parte actora. Y si la prueba testifical se minusvalora precisamente por su condición de trabajador, se puede generar una cierta indefensión ante la incapacidad real de poder demostrar lo contrario a lo alegado por el consumidor.

Otro aspecto interesante de la doctrina del Alto Tribunal es que rechaza el argumento de que las cláusulas suelo no están sujetas a la LCGC[26] debido a su

amplia regulación en otras normas[27], incluso aunque tal normativa se haya cumplido[28]. A estos efectos no conviene olvidar que el precepto 4.2 de la LCGC expresamente prevé que «*tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes*».

La desestimación se basa en que:

- La normativa aplicable a los contratos de préstamo hipotecario con consumidores se aplica cuando no existe ningún otro acuerdo entre las partes[29].
- La regulación sectorial «*se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresa en el contrato*»[30].

En consecuencia, en palabras del propio Alto Tribunal, «*la existencia de esa normativa sectorial solo puede significar la existencia de requisitos añadidos a los establecidos con carácter general en la contratación con los consumidores mediante cláusulas no negociadas*»[31].

Asimismo, resulta de interés destacar que el Tribunal Supremo ha desestimado la alegación de que las cláusulas suelo no podían someterse a la LCGC porque afectaban a un elemento esencial del contrato[32]. En este sentido resulta pertinente precisar que según la STS de 9 de mayo de 2013, así como conforme a diversos pronunciamientos doctrinales[33] y jurisprudenciales[34], parece que generalmente no es controvertido que la cláusula suelo constituye un elemento esencial del préstamo hipotecario. Aunque algunas sentencias previamente también habían desestimado esta pretensión por considerar que la cláusula suelo no constituía un elemento esencial[35]. Este argumento se amparaba en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 que establece «*la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*».

A este respecto la STS de 9 de mayo de 2013, siguiendo lo sostenido por el IC 2000 y la literalidad de la Directiva citada, concluye que «*las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario*» «*definen el objeto principal del contrato*» «*y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial*»[36].

Sin perjuicio de lo anterior, y tras indicar que la regla general es que no es susceptible de control una cláusula relativa al objeto principal del contrato[37], el Alto Tribunal citando determinados pronunciamientos judiciales[38] declara que estas cláusulas sí pueden ser objeto de un doble control de transparencia en cuanto a la incorporación de las cláusulas al contrato y a la transparencia de las mismas[39]. En consecuencia, como dice la STS de 9 de mayo de 2013, la cuestión a dilucidar «*es si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incompresibles*»[40].

Lo cual no obsta a que como consecuencia de la regla general comentada, se considere que en los casos de cláusulas de condiciones generales que regulen

elementos esenciales como sucede con las cláusulas suelo, no cabe el control sobre su equilibrio[41]. Así de forma especialmente clarividente el Alto Tribunal afirma que «*una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad —este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato—. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor*»[42].

Este posicionamiento es especialmente importante porque, como posteriormente se explicará, la declaración de nulidad de las cláusulas suelo no depende de su equilibrio, sino de su falta de transparencia[43]. Aunque a estos efectos también se debe resaltar que el Alto Tribunal ha entendido que «*la exigencia de transparencia será más acusada mientras más trascendencia tenga la cláusula en la economía del contrato y en las consecuencias de orden jurídico y económico que supongan para el adherente*»[44]. A su vez, en cuanto a las condiciones generales que regulan elementos secundarios el Tribunal Supremo comenta que «*lo determinante es que el contrato predispuesto respete el equilibrio de derechos y obligaciones que el consumidor tiene derecho legítimamente a esperar*», lo que genera una incierta indeterminación sobre el ámbito de protección en estos casos.

2. Estudio del doble control de transparencia

La doctrina jurisprudencial analizada establece un control de transparencia que se proyecta en un doble filtro[45] (sin perjuicio del control previo de incorporación de la condición general al contrato):

a) Una transparencia formal, semántica o gramatical que examina la comprensión de los términos de la cláusula y su significado. Este generalmente se entiende que es satisfecho por las cláusulas suelo[46].
b) Una transparencia sustantiva que controla la posibilidad de que el adherente conozca o pueda conocer tanto la carga económica como la jurídica de los elementos esenciales del contrato.

Así, en su primer pronunciamiento en la materia, el Alto Tribunal analiza genéricamente la satisfacción del requisito de la transparencia con los consumidores[47], asumiendo una labor que podría entenderse que se asemeja a la del legislador[48], señalando que tal requisito se cumple cuando:

- El adherente debe conocer o poder conocer con sencillez tanto la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se pretende obtener («carga económica»), como su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato, como en la asignación o distribución de los riesgos de su ejecución («carga jurídica»)[49]. Es decir, se exige que se informe del real reparto de riesgos[50]. A este respecto es interesante destacar que se requiere que se pueda conocer con sencillez, puesto que la STS de 9 de mayo de 2013 parece reconocer que del contenido de las cláusulas objeto de la controversia, se podía conocer su contenido[51]. Asimismo, es importante resaltar la matización que efectúa el Alto Tribunal de que el conocimiento debe extenderse tanto a la carga económica como a la jurídica.

- La información proporcionada al consumidor debe permitirle percibir que la cláusula regula, incide o puede afectar al objeto principal del contrato, pudiendo incidir en su obligación de pago. El usuario debe tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo opera o puede operar dicha cláusula en la carga económica del contrato[52].
- La ubicación de la cláusula no puede inducir a confusión sobre su impacto en el objeto del contrato y su relevancia. Ilustrativamente, el Tribunal Supremo comenta que «*no pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante*»[53]. Es decir, el Alto Tribunal confirma la existencia de la paradoja que un exceso de información puede originar confusión. Este reconocimiento, si bien parece ajustarse a las limitaciones cognoscitivas del ser humano, plantea una cuestión compleja y de difícil determinación en el caso a caso: no basta con informar de todo conforme a la norma o incluso de más en un exceso de celo, sino que se debe informar de lo señalado por el Tribunal Supremo de forma clara[54]. Lo cual siempre puede ser objeto de una gran subjetividad a la hora de enjuiciar el caso particular.

Estos mismos requisitos han sido confirmados en los pronunciamientos posteriores del Alto Tribunal[55] y aplicados por la jurisprudencia menor[56].

A la hora de estudiar las cláusulas suelo concretas, con el análisis que requiere cada caso como ha enfatizado el magistrado Francisco Javier ORDUÑA MORENO en su voto particular de la STS de 25 de marzo de 2015, el Tribunal Supremo parece reconocer que aisladamente son claras[57], que su ubicación es adecuada[58] y que previsiblemente no entrarían en funcionamiento[59]. Sin embargo, estima que no son transparentes puesto que[60]:

a) No avisan claramente que regulan el objeto principal.
b) Se ofertan conjuntamente con el techo.
c) No se realiza una simulación de funcionamiento con escenarios previsibles[61]. A este respecto, el Alto Tribunal precisa que «*es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo*»[62]. Lo cual está íntimamente relacionado con el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto que exige el Tribunal Supremo[63].
d) No permite comparar el coste con otras opciones[64].
e) Se regula dentro de otra información.

Aunque la concurrencia de estos requisitos parece estimarse con cierto automatismo por los Tribunales[65].

A estos efectos es importante resaltar que a través del Auto de 3 de junio de 2013 que resuelve la solicitud de aclaración, el Tribunal Supremo precisó en relación con los elementos comentados que «*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»[66]. Este carácter abstracto del examen de transparencia también ha sido enfatizado por la jurisprudencia menor[67]. Lo cual puede motivar que, con independencia de unas circunstancias que claramente indiquen que el consumidor necesariamente tenga conocimiento de la existencia y funcionamiento de la cláusula suelo, como cuando ello se desprende indubitadamente de su formación y de la información verbal suministrada, también se declare la nulidad de la cláusula. Esta posible solución jurídica puede resultar criticable cuando la falta de transparencia conforme a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en esta sentencia no desemboca en un desconocimiento real del consumidor. Y es que parece que lo verdaderamente relevante del referido control del carácter abusivo de la cláusula en relación con la transparencia debería centrarse en si el consumidor tuvo un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede operar dicha cláusula[68]. En este sentido, la SAP de Sevilla, Sec. 5.ª, de 7 de octubre de 2011 (que fue casada por la STS de 9 de mayo de 2013) indica que «*resulta dudoso que pueda hacerse una declaración de abuso con carácter general y abstracto. El carácter abusivo de estas cláusulas, en principio legales, ha de verificarse en un análisis individualizado de cada caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y todas las cláusulas del contrato*». Pero como indican los tribunales, se trata de un control abstracto que se centra en sí concurren los requisitos establecidos por el Tribunal Supremo.

No obstante lo anterior, el Tribunal Supremo efectúa la siguiente precisión en relación con el momento y las circunstancias a tener en cuenta a la hora de aplicar el estudiado control de transparencia[69]:

«*Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa*».

«*Estas reglas deben de matizarse en el caso de acciones colectivas de cesación, en las que es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula o de cláusulas impugnadas en el momento de la litispendencia o en el momento posterior a que la cuestión se plantee en el litigio dando oportunidad de alegar a las partes, y sin que puedan valorarse las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente*».

Esta doctrina, con su matización respecto a las acciones colectivas, resulta particularmente interesante porque determina qué circunstancias debe valorar el juez para declarar el carácter abusivo de una condición no negociada. Y los aspectos comentados, como puede observarse, también sirven para determinar la información que debe suministrarse para que dicha provisión sea transparente. Así, la mención a la evolución de las circunstancias en un corto y medio plazo parece estar claramente vinculado con la exigencia particular de proporcionar ejemplos sobre el comportamiento del Euribor y de las cláusulas suelo y techo a corto y medio plazo en el caso de los préstamos hipotecarios con consumidores[70].

También podría resaltarse el pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre el desequilibrio en las obligaciones, puesto que dicho aspecto es recurrente en los

litigios sobre productos financieros[71]. En este sentido, el Alto Tribunal comienza su análisis recordando que es una «*cuestión espinosa*», puesto que no existe en el Derecho de la Unión Europea, ni en el Derecho nacional norma alguna que regule el desequilibrio entre los derechos y obligaciones en los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas[72]. Características que pueden predicarse de muchos contratos financieros[73], además de los préstamos con garantía hipotecaria.

A este respecto, la STS de 29 de abril de 2015 tajantemente rechaza la posibilidad de declarar el carácter abusivo de las cláusulas suelo por la existencia de un desequilibrio en relación con las cláusulas techo, al afirmar que: «*no existiendo una previsión legal relativa al equilibrio o a la proporción que deban guardar las cláusulas «suelo» y «techo», y que fije los criterios conforme a los cuales pudiera apreciarse tal desequilibrio, no puede declararse la nulidad por abusiva de la cláusula suelo por consideraciones relativas a tal desproporción o falta de equilibrio*»[74].

En esa misma línea, en un pronunciamiento que parece constituir el *obiter dicta* de la STS de 9 de mayo de 2013, se indica que «*la finalidad de la normativa de consumo y la generalidad de sus términos imponen entender que el equilibrio de derechos y obligaciones es el que deriva del conjunto de derechos y obligaciones, con independencia de que el empresario haya cumplido o no la totalidad de las prestaciones. El desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos*»[75].

Esta apreciación resulta particularmente interesante porque aclara el concepto de desequilibrio relevante a efectos del carácter abusivo (derechos y obligaciones de las partes con independencia del cumplimiento normativo[76]) y además precisa que la vulneración, y por ende su control, se extiende a todas las fases (precontractual y contractual).

A estos efectos conviene recordar que el artículo 82 del TRLGDCU vincula el desequilibrio con las exigencias de la buena fe. Profundizando en este concepto de la buena fe y su relación con el control de abusividad, la STS de 9 de mayo de 2013 puntualiza que la buena fe «*es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido*»[77]. Más concretamente, sobre los préstamos hipotecarios comenta que «*es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto*»[78]. Por consiguiente, respecto a este tipo de producto, aunque aparentemente tal conclusión podría ser extrapolable al resto de contratos bancarios comercializados en una sucursal de una entidad bancaria, el Alto Tribunal sostiene que es manifiesto que las relaciones entre las partes contractuales están regidas por la confianza. Lo cual tiene especial relevancia para determinar la excusabilidad del error en la contratación de productos financieros, tal y como puede apreciarse en la jurisprudencia menor que ha resuelto ese tipo de pretensiones[79], puesto que una mayor confianza puede suponer exigir una menor diligencia en la contratación por parte del cliente. En este sentido, resulta conveniente precisar que parte de la jurisprudencia menor ha descartado la posibilidad de anular las cláusulas suelo por la concurrencia de un vicio en el consentimiento en esta clase de disputas[80].

Por otro lado, también resulta especialmente interesante el criterio fijado para determinar el incumplimiento de la buena fe: las condiciones de mercado para elementos esenciales y lo que el consumidor pueda legítimamente esperar para aspectos secundarios[81]. Así, a *sensu contrario* parece que puede inferirse que cuando se pruebe que las condiciones ofrecidas en el producto

financiero son de mercado, no puede declararse el carácter abusivo de las mismas por vulnerar la buena fe.

Otra apreciación interesante a este respecto se contiene en la STS de 9 de mayo de 2013, al comentar que «*no es preciso que exista un equilibrio «económico» o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo*»[82]. Por lo tanto, parece establecerse por el Alto Tribunal que el carácter abusivo no tiene por qué estar relacionado con la equidistancia entre el suelo y el techo, así como que la falta de transparencia no implica necesariamente que las cláusulas sean desequilibradas[83]. Lo cual puede entenderse que entra en cierta contradicción con el posicionamiento del Tribunal Supremo previamente expuesto respecto al concepto de desequilibrio y buena fe relacionado con las condiciones de mercado.

En esa misma línea, el Tribunal Supremo continúa diciendo que «*son lícitas las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de las cláusulas suelo y techo cuando se hace en mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo*»[84]. Por consiguiente, el Alto Tribunal precisa que no es necesario que coexistan las cláusulas suelo y techo para considerar que estas no son abusivas, llegando incluso a criticar su cercanía en las estipulaciones del contrato porque pueden hacer creer al consumidor que una provisión es la contraprestación de la otra.

3. El tipo de nulidad y la falta de retroactividad

Esta es una cuestión especialmente controvertida sobre la que no ha habido un claro posicionamiento en la jurisprudencia menor[85]. De hecho se han dictado dos votos particulares de magistrados del Tribunal Supremo sobre esta materia[86] y se han escrito varios artículos postulando diferentes posturas sobre la misma[87].

En este sentido hay que comenzar indicando que en la actualidad se reconoce la existencia de diversos tipos de nulidad, sin que cada uno de ellos tenga que implicar necesariamente el efecto devolutivo previsto en el artículo 1303 del Código Civil[88].

Conforme a la doctrina del Alto Tribunal la nulidad que procede por esta clase de abusividad es funcional y no estructural, puesto que su fundamento no deriva del incumplimiento de los requisitos que configuran el negocio jurídico, sino del control de contenido y de transparencia de las condiciones[89].

Además el Tribunal Supremo ha precisado que se trata de una ineficacia relativa porque sus efectos se producen entre las partes (y no *erga omnes*), parcial porque solo afecta a la cláusula declarada abusiva e insubsanable[90].

No obstante lo anterior, lo particularmente controvertido sobre este tema ha sido el carácter irretroactivo de la nulidad, impidiendo que los consumidores afectados puedan reclamar el dinero abonado en virtud de la cláusula suelo con anterioridad a la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013[91]. Con posterioridad a tal fecha sí se produce la ineficacia puesto que «*no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo estas indagar y establecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo de tipos de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información*»[92].

En este sentido la citada resolución de 9 de mayo de 2013, al igual que las posteriores que han confirmado la referida doctrina[93], establece expresamente la irretroactividad de su eficacia con base en que[94]:

- Las cláusulas suelo son lícitas.
- La inclusión de las mismas en los contratos de préstamo hipotecario responde a la utilidad que tales estipulaciones pueden tener para ambas partes del contrato.
- Son cláusulas habituales.
- Ha sido pacífico su uso durante largo tiempo en el mercado[95]. Aunque sobre este aspecto el Alto Tribunal en su Auto de 3 de junio de 2013 quiso matizar para evitar equívocos que «*la cláusula suelo no queda subsanada por el hecho de que el consumidor se haya visto beneficiado durante un tiempo de las bajadas del índice de referencia*»[96], aclarando que eso «*no la convierte en transparente ni hace desaparecer el desequilibrio en contra de los intereses del consumidor*»[97]. Este posicionamiento parece que podría ser importante no solo en relación con la normativa de consumidores y de condiciones generales de la contratación, sino incluso también respecto a la potencial aplicación de la confirmación tácita para los casos que se planteara la concurrencia de un vicio del consentimiento.
- La nulidad de las cláusulas se decreta por su falta de transparencia y no por la ilicitud intrínseca de sus efectos.
- La falta de transparencia deriva de la insuficiencia de la información y no de la oscuridad interna de la estipulación.
- Se ha cumplido con los requisitos normativos vigentes, como los recogidos en la OM de 5 de mayo de 1994.
- El ordenamiento permite la sustitución del acreedor.
- La retroactividad podría originar unos trastornos graves con transcendencia en el orden público económico.

Este criterio es contrario al mantenido por un relevante número de sentencias de las Audiencias Provinciales en relación con el pago de las cuotas abonadas en virtud de la cláusula suelo[98], así como el postulado por la Comisión Europea. En este sentido, tenemos que recordar que respecto a la eficacia de la resolución de 9 de mayo de 2013, el Auto de 3 de junio de 2013 por el que se resuelve la solicitud de aclaración puntualiza que «*para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real. Y hacia el pasado, no tolera vaciar de contenido la sentencia que condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas*»[99].

Tal posicionamiento ha sido ratificado con posterioridad por las SSTS de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015 respecto a las acciones individuales que se ejerciten, puesto que «*el conflicto jurídico es el mismo y estamos en presencia de una doctrina sentada por la repetida sentencia para todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el Tribunal Supremo entendió que la tiñen de abusiva*»[100].

Como se ha mencionado, la referida matización sobre el efecto «*hacia el pasado*» es lo que ha originado la mayor polémica dentro de la doctrina[101] y las Audiencias Provinciales. Así algunas resoluciones de Audiencias Provinciales, y también algunos autores[102], han estimado que lo procedente es declarar la irretroactividad de la nulidad, no condenando a la devolución de las cantidades ya

ingresadas en virtud de la cláusula suelo[103]. No obstante, otras sentencias han considerado que la declaración de irretroactividad no es aplicable al supuesto que están resolviendo, porque la STS de 9 de mayo de 2013 se dicta en un proceso en el que se ha ejercitado una acción colectiva de cesación, únicamente en relación con las partes de ese proceso en el que no se ejercitó una acción de condena a la restitución[104]. En este mismo sentido, habría que resaltar el posicionamiento mantenido por el magistrado del Alto Tribunal Francisco Javier ORDUÑA MORENO en sus votos particulares de las SSTS de 25 de marzo de 2015[105] y de 29 de abril de 2015, en los cuales postula una eficacia retroactiva con base en:

- La irretroactividad declarada en la STS de 9 de mayo de 2013 no afecta a las acciones individuales, ya que tal pronunciamiento judicial no debería producir efectos de cosa juzgada respecto a las acciones individuales.
- Resulta improcedente e insuficiente asumir en bloque los postulados de la STS de 9 de mayo de 2013 para las acciones individuales.
- Actualmente no hay riesgo de trastornos graves en las entidades financieras debido al saneamiento financiero efectuado.
- No hay regulada una respuesta general y automática en el ordenamiento para esta clase de supuestos, por lo que hay que resolverlos caso a caso.
- Es preciso atender al tipo de contratación, de acción, la finalidad tuitiva de la normativa aplicada y la nulidad funcional, relativa, parcial e insubsanable que resultaría de aplicación.
- La buena fe también es aplicable a la fase de oferta y perfección del contrato.
- El hecho de la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013 no hace perder su condición de cláusula sorpresiva o desconocida para el consumidor adherente.
- Se debería sancionar la vulneración cometida por la cláusula suelo desde el primer momento que se cometió.

Consecuentemente, parece que no hay una posición unánime sobre la irretroactividad de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo ni siquiera dentro del Alto Tribunal. Sin perjuicio de lo anterior, sí existe una doctrina clara y asentada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la clase de nulidad y la falta de retroactividad, aunque se estén ejercitando acciones individuales.

4. Ausencia de cosa juzgada respecto a las acciones individuales

Este es otro de los aspectos que ha suscitado cierta polémica, inicialmente como la posible concurrencia de litispendencia[106] entre al proceso relativo a la controversia instada por la acción colectiva que finalmente resolvió el Tribunal Supremo en su STS de 9 de mayo de 2013[107] y posteriormente sobre la posibilidad de que exista un efecto de cosa juzgada[108] en los procesos que ventilan acciones individuales que solicitan la nulidad de cláusulas suelo[109].

Esta cuestión es tratada con detalle por la STS de 29 de abril de 2015[110], que rechaza la aplicación de los efectos de cosa juzgada puesto que:

- La STS de 9 de mayo de 2013 se pronuncia sobre las cláusulas suelo objeto de ese proceso.

- En la comentada controversia no se solicitó una eficacia *ultra* partes.
- En la referida disputa tampoco se planteó la pretensión de la restitución de las pretensiones.

Este posicionamiento también es compartido por el voto particular de los magistrados Francisco Javier ORDUÑA MORENO y Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ contenido en la citada sentencia[111], que enfatiza que la ausencia de cosa juzgada es una consecuencia inherente de la diferente naturaleza de las acciones colectiva de cesación y la acción individual de restitución.

Por consiguiente, según los pronunciamientos analizados parece que tiene que entenderse que la vía para ejercitar las acciones individuales no puede verse obstaculizada a nivel procesal por la excepción de cosa juzgada respecto a los procesos que ha resuelto el Alto Tribunal en la materia en los que se han ejercitado acciones colectivas. Lo cual no obsta a que la litispendencia y el efecto de cosa juzgada sí puedan plantearse respecto a acciones colectivas posteriores donde sí se pretende la devolución de las cantidades abonadas con motivo de la aplicación de las cláusulas suelo[112]. Así esta problemática se ha complicado por la demanda que en el año 2010 interpuso la asociación de consumidores y usuarios ADICAE, ejercitando una acción colectiva contra prácticamente todo el sistema financiero, por una cantidad ingente de clausulados, todo a ventilar en el mismo proceso y Juzgado (núm. 11 de Madrid) y la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, que eleva al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestiones que directamente afectan a la suspensión y pervivencia de acciones individuales y colectivas por la problemática desatada por la demanda colectiva de ADICAE[113]. En este sentido parecía inicialmente que se había decretado el fin de la posibilidad de entablar acciones eficaces contra las cláusulas suelo, pero ahora aparentemente se ha flexibilizado el criterio en sede cautelar mediante los Acuerdos de los Jueces de lo Mercantil de 21 de noviembre de 2014[114], de modo que se podría permitir en tal sede la suspensión de la aplicación de las cláusulas suelo.

III. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto en este artículo, así como de lo postulado por las fuentes consultadas y analizadas en el mismo, pueden alcanzarse las siguientes conclusiones sobre la doctrina establecida por el Tribunal Supremo sobre las cláusulas suelo insertas en los préstamos hipotecarios:

I. Las condiciones generales que establecen un suelo en los préstamos hipotecarios no son ilícitas o abusivas *per se*.

II. Tales cláusulas están sujetas a un doble control de incorporación al contrato, efectiva claridad y de transparencia necesaria para que haya un efectivo entendimiento del consumidor.

III. A la hora de aplicar el referido control resulta irrelevante el cumplimiento de la normativa aplicable, el desequilibrio entre el techo y el suelo o la formación o trabajo del consumidor.

IV. El momento relevante para aplicar el mencionado control de transparencia es el de contratación, debiendo realizar la entidad financiera el correlativo esfuerzo informativo para que se produzca la efectiva compresión de la carga económica y jurídica del suelo.

V. Se estima que una cláusula suelo no es transparente cuando:

a) No avisa claramente que regula el objeto principal.
b) Se oferta conjuntamente con el techo.
c) No se realiza una simulación de funcionamiento con escenarios previsibles.
d) No permite comparar el coste con otras opciones.
e) Se regula dentro de otra información.

VI. La consecuencia jurídica de la falta de transparencia es una ineficacia funcional relativa, parcial e insubsanable.

VII. La señalada ineficacia no es retroactiva, decretándose la restitución de las cantidades abonadas por la cláusula suelo desde la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013.

VIII. Las acciones colectivas resueltas por el Tribunal Supremo no tienen efectos de cosa juzgada en los pleitos que se ventilan acciones individuales que instan la comentada devolución de las cantidades abonadas por los consumidores. Si bien, otras acciones colectivas y cuestiones prejudiciales planteadas sí pueden llevar aparejadas la estimación de las excepciones de litispendencia o cosa juzgada.

IX. La ausencia de retroactividad sobre las cantidades pagadas por los consumidores sigue generando fuerte controversia, incluso entre los magistrados del Tribunal Supremo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

DE LA OLIVA SANTOS, A. (2012). La cosa juzgada civil. En: DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 299-341.

DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J., El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013 *(BIB* 2013, 1692).

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2012). El inicio del proceso: la demanda. En: DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 59-64.

GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos swap en la jurisprudencia,* Eolas, León.

GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2013). Las modificaciones en el sistema de ejecución hipotecaria en España a la luz del Derecho Comunitario, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013 *(BIB* 2013, 1767).

— (2013). La modificación de la cláusula suelo en las hipotecas, *Revista Actualidad Aranzadi*, núm. 867/2013 *(BIB* 2013, 1268).

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L. (2009). *Tratado de Derecho Mercantil*, V. 5, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

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.

JAVIER CORTES. L. (2014). Los contratos Bancarios (I) y (II). En: Menéndez, A. y Rojo, Á. (dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, V. II, 12.ª ed., Civitas, Madrid, pp. 227-265.

J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación mercantil*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

LÓPEZ GIL, M. (2010). La cosa juzgada. En: Robles Garzón, J. A. (dir.-coord.), *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, 2.ª ed. Tecnos, Madrid, pp. 435-442.

MARÍN NARROS, H. D. (2014). Las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios y la STS de 9 de mayo de 2013. En: Marín Narros, H. D. (coord.), *Compendio y análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia financiera*, Bosch, Barcelona, pp. 107-149.

— (2013). Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los *swaps, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737.

MATEOS FERRES, M. (2013). Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013 *(BIB* 2013, 1766).

MOLINA CABALLERO, M.ª J. (2010). El inicio del juicio ordinario. La demanda. En: Robles Garzón, J. A. (dir.-coord.), *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil,* 2.ª ed., Tecnos, Madrid, pp. 290-292.

ORDUÑA MORENO, F. J. (2013). Control de transparencia y cláusulas suelo, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 871/2013 (BIB 2013, 2180).

PÉREZ CONESA, C. (2013). Condiciones generales de la contratación abusivas: cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 4/2013, *(BIB* 2013, 1407).

SOLA PASCUAL, A. (2013). Cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios ¿condiciones generales nulas? STS de 9 de mayo de 2013 *(RJ* 2013, 3088), *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 3/2013 *(BIB* 2013, 1164).

V. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE de 3 de junio de 2010
- STJUE de 21 de marzo de 2013

Resoluciones del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil

- STS de 1 de julio de 2010
- STS de 21 de noviembre de 2012
- STS de 18 de abril de 2013
- STS de 9 de mayo de 2013
- ATS de 3 de junio de 2013
- STS de 8 de septiembre de 2014
- STS de 12 de enero de 2015
- STS de 25 de marzo de 2015
- STS de 29 de abril de 2015

Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP de Madrid, Sec. 9.ª, de 10 de julio de 2009
- SAP de Huelva, Sec. 1.ª, de 29 de diciembre de 2010

- SAP de Lugo, Sec. 1.ª, de 8 de febrero de 2011
- SAP de Asturias, Sec. 4.ª, de 14 de febrero de 2011
- SAP de Castellón, Sec. 3.ª, de 26 de septiembre de 2011
- SAP de Sevilla, Sec. 5.ª, de 7 de octubre de 2011
- SAP de Murcia, Sec. 1.ª, de 21 de noviembre de 2011
- SAP de Zamora, Sec. 1.ª, de 12 de diciembre de 2011
- SAP de Burgos, Sec. 3.ª, de 2 de febrero de 2012
- SAP de Asturias, Sec. 1.ª, de 4 de marzo de 2012
- SAP de Zaragoza, Sec. 5.ª, de 8 de mayo de 2012
- SAP de Madrid, Sec. 19.ª, de 13 de julio de 2012
- SAP de Alicante, Sec. 8.ª, de 13 de septiembre de 2012
- SAP de Ávila, Sec. 1.ª, de 7 de diciembre de 2012
- SAP de Zamora, Sec. 1.ª, de 22 de enero de 2013
- SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 13 de febrero de 2013
- SAP de La Coruña, Sec. 4.ª, de 5 de marzo de 2013
- SAP de Jaén, Sec. 1.ª, de 14 de mayo de 2013
- SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 18 de junio de 2013
- SAP de Córdoba, Sec. 3.ª, de 18 de junio de 2013
- SAP de Álava, Sec. 1.ª, de 9 de julio de 2013
- SAP de Ciudad Real, Sec. 1.ª, de 11 de julio de 2013
- SAP de Alicante, Sec. 8.ª, de 23 de julio de 2013
- SAP de Cuenca, Sec. 1.ª, de 30 de julio de 2013
- SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 28 de octubre de 2013
- SAP de Álava, Sec. 1.ª, de 21 de noviembre de 2013
- SAP de Murcia, Sec. 1.ª, de 10 de diciembre de 2013
- SAP de Badajoz, Sec. 3.ª, de 14 de enero de 2014
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 27 de febrero de 2014
- SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 4 de marzo de 2014
- SAP de Málaga, Sec. 6.ª, de 12 de marzo de 2014
- SAP de Murcia, Sec. 4.ª, de 13 de marzo de 2014
- SAP de Jaén, Sec. 1.ª, de 27 de marzo de 2014
- SAP de Albacete, Sec. 1.ª, de 28 de abril de 2014
- SAP de Asturias, Sec. 4.ª, de 8 de mayo de 2014
- SAP de Jaén, Sec. 1.ª, de 14 de mayo de 2014
- SAP de Jaén, Sec. 1.ª, de 19 de mayo de 2014
- SAP de Granada, Sec. 4.ª, de 6 de junio de 2014
- SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 7 de julio de 2014
- SAP de Cádiz, Sec. 5.ª, de 20 de noviembre de 2014
- SAP de León, Sec. 1.ª, de 5 de febrero de 2015
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 12 de marzo de 2015
- SAP de Vizcaya, Sec. 4.ª, de 24 de marzo de 2015
- SAP de Segovia, Sec. 1.ª, de 14 de abril de 2015
- SAP de Toledo, Sec. 1.ª, de 28 de mayo de 2015

NOTAS

[1] Cfr. CRESPO, A., El 97% de la gran banca europea registra costes por litigios, *Expansión Digital*, publicado el 12 de julio de 2015.

[2] Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L. (2009). *Tratado de Derecho Mercantil*, V. 5, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, JAVIER CORTES. L. (2014). Los contratos

Bancarios (I) y (II). En: Menéndez, A. y Rojo, Á. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, V. II, 12.ª ed. Civitas:,Madrid, pp. 227-265, J. Jiménez Sánchez, G. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación mercantil*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 120-131.

[3] Cfr. 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, MARÍN NARROS, H. D. (2014). Las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios y la STS de 9 de mayo de 2013. En: Marín Narros, H. D. (coord.), *Compendio y análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia financiera*, Bosch, Barcelona, p. 107.

[4] Cfr. SAP de Zamora, Sec. 1.ª, de 22 de enero de 2013, MARÍN NARROS, H. D. (2014). *op. cit.*, p. 108. A favor de la validez de este tipo de cláusulas *vid.* SSAP de Burgos, Sec. 3.ª, de 2 de febrero de 2012, de Madrid, Sec. 19.ª, de 13 de julio de 2012 y de Ávila, Sec. 1.ª, de 7 de diciembre de 2012 entre otras. En contra, *vid.* SSAP de Zamora, Sec. 1.ª, de 22 de enero de 2013 y de Cáceres, Sec. 1.ª, de 18 de julio de 2012.

[5] Cfr. MARÍN NARROS, H. D. (2014). *op. cit.*, pp. 105-149, PÉREZ CONESA, C. (2013). Condiciones generales de la contratación abusivas: cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 4/2013, *(BIB* 2013, 1407), GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.ª, *op. cit*.

[6] *Vid.* SSAP de Cádiz, Sec. 5.ª, de 20 de noviembre de 2014, de León, Sec. 1.ª, de 5 de febrero de 2015, de Vizcaya, Sec. 4.ª, de 24 de marzo de 2015, de Segovia, Sec. 1.ª, de 14 de abril de 2015, de Toledo, Sec. 1.ª, de 28 de mayo de 2015, entre otras.

[7] Cfr. párrafo 144 de la STS de 9 de mayo de 2013. Sin perjuicio de lo anterior, se pueden observar manifestaciones similares en la SSTS de 8 de septiembre de 2014 y de 29 de abril de 2015.

[8] Este criterio ha sido seguido por la mayoría de las Audiencias Provinciales. Cfr. SAP de Alicante, Sec. 8.ª, de 23 de julio de 2013. Aunque otras Audiencias Provinciales se habían pronunciado en contra. Cfr. SSAP de Sevilla, Sec. 5.ª, de 7 de octubre de 2011 (casada por la STS de 9 de mayo de 2013), de Jaén, Sec. 1.ª, de 14 de mayo de 2013.

[9] En sentido contrario se manifestaban algunas sentencias como la SAP de Sevilla, Sec. 5.ª, de 7 de octubre de 2011.

[10] Que es amplio y ha sufrido numerosas modificaciones (especialmente en aspectos procesales para mitigar los efectos de la crisis económica en los deudores hipotecarios). *Vid.* J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y DÍAZ MORENO, A., *op. cit*., pp. 130-131, que alude 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.

[11] Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Esta norma impone

diversas obligaciones en relación con la transparencia de los contratos y precios (arts. 4 y 5), así como respecto a la publicidad (art. 12), folleto informativo (art. 13), información previa a la contratación (art. 14), la oferta vinculante (art. 16) y el contrato (art. 17). Como puede observarse, dentro de los citados artículos no se encuentran los requisitos de transparencia que ha establecido el Tribunal Supremo en las sentencias comentadas en este trabajo. Así, el artículo 4 respecto a la transparencia del contrato señala:

«1. Las empresas deberán tener a disposición de los consumidores las condiciones generales de la contratación que utilicen. Los consumidores no tendrán que afrontar ningún gasto ni asumir compromiso alguno por su recepción. Esta información deberá estar disponible en la página web de las empresas, si estas disponen de ella, y en los establecimientos abiertos al público u oficinas en que presten sus servicios.

2. La accesibilidad de las personas con discapacidad a la información prevista en el apartado anterior deberá garantizarse en los términos exigidos legal o reglamentariamente».

Por su parte, el precepto 14 relativo a la información precontractual dice:

«1. La empresa deberá suministrar de forma gratuita al consumidor, con una antelación mínima de cinco días naturales a la celebración del contrato y, en todo caso, antes de que asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato de préstamo o crédito hipotecario, al menos la siguiente información:

a) En cuanto a la propia empresa:

• Identidad, número o código de identificación fiscal, razón social, domicilio social y actividad principal de la empresa.

• En su caso, página web de la empresa y su carácter de franquiciado.

• Póliza de seguro de responsabilidad civil o aval y entidad aseguradora o de crédito con la que se haya contratado.

• El Registro, autonómico o estatal, en el que la empresa esté inscrita y su número de registro.

b) En cuanto al préstamo o crédito hipotecario ofrecido:

• Una descripción de las principales características del contrato de préstamo o crédito.

• El precio total que debe pagar el consumidor a la empresa con inclusión de todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través de la empresa o, cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio, así como la tasa anual equivalente expresada mediante un ejemplo representativo.

• Una advertencia que indique que el préstamo o crédito ofrecido está relacionado con instrumentos u operaciones que implican riesgos especiales, tales como que el precio del contrato se incremente de manera significativa, ya deriven de sus características específicas o de las operaciones que se vayan a ejecutar o cuyo precio depende de fluctuaciones en mercados financieros ajenos al control de la empresa y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros. En todo caso, el consumidor, a través de tal advertencia, deberá obtener un conocimiento adecuado de los riesgos asociados a la financiación de estas operaciones, con especial referencia al riesgo de tipo de interés asumido.

• La indicación de que puedan existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través de la empresa o que no los facture ella misma. No obstante en el caso de que estos gastos fueran causados por entidades o personas designadas por la empresa deberá hacerse constar cuáles son y su cuantía.

• Las modalidades de pago y de ejecución.

c) En cuanto al contrato de préstamo o crédito hipotecario:

1.º Los supuestos en que existe el derecho a obtener una oferta vinculante conforme a lo previsto en el artículo 16, su duración y las condiciones y modo para ejercerlo.

2.º Información acerca de cualquier derecho que puedan tener las partes para resolver el contrato anticipadamente o unilateralmente con arreglo a la legislación que resulte aplicable y a las condiciones del contrato, incluidas las compensaciones que pueda contener el contrato en ese caso.

3.º En cuanto a los medios de reclamación, a qué sistemas de resolución extrajudicial de conflictos puede el consumidor tener acceso y cómo puede acceder a ellos.

4.º Lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, en este caso a elección del consumidor, cuando esta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.

5.º Legislación y tratamiento tributario aplicable al contrato.

2. La información prevista en este artículo se prestará por escrito o en cualquier soporte de naturaleza duradera que permita la constancia de la fecha de su recepción por el destinatario y su conservación, reproducción y acceso a dicha información.

3. El incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa que se deriven de los contratos, así como los relativos al suministro de dicha información previa, que se establecen en este artículo, podrá dar lugar a la invalidez de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación civil, sin perjuicio de la integración de los contratos conforme a lo previsto en los artículos 61 y 65 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias.

4. Las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias en materia de consumo, podrán determinar reglamentariamente cualquier otra información, compatible con la legislación comunitaria sobre la materia, que la empresa deba comunicar al consumidor de forma previa al contrato».

[12] Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en lo sucesivo, «Orden EHA/2899/2011»).

[13] Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos. Algunos pronunciamientos de Audiencias Provinciales estimaban que esta normativa evidenciaba que la cláusula suelo era una condición general. Cfr. SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 13 de febrero de 2013.

[14] En contra de lo postulado previamente por diversas Audiencias Provinciales. *Vid.* SSAP de Sevilla, Sec. 5.ª, de 7 de octubre de 2011 (casada por el STS de 9 de mayo de 2013), de Jaén, Sec. 1.ª, de 14 de mayo de 2013. En concreto, la primera sentencia comentada consideraba que el cumplimiento de la referida normativa bancaria garantizaba la plena información, la libre formación de la voluntad, la ausencia de imposición e incluso que las cláusulas suelo no sean contrarias a la buena fe. En sentido opuesto se han pronunciado otras Audiencias Provinciales, generalmente siguiendo el criterio de la STS de 9 de mayo de 2013. *Vid.* SSAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 13 de febrero de 2013 y de 18 de junio de 2013.

[15] *Vid.* SAP de Jaén, Sec. 1.ª, de 14 de mayo de 2013.

[16] Cfr. párrafo 148 de la STS de 9 de mayo de 2013.

[17] Cfr. SSTS de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014 y de 29 de abril de 2015.

[18] Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo de la STS de 29 de abril de 2015 sobre cláusulas suelo y SSTS de 18 de abril de 2013 y de 12 de enero de 2015 en general.

[19] Cfr. STS de 29 de abril de 2015.

[20] Doctrina que ha sido comentada y compartida por los autores. Cfr. PÉREZ CONESA, C., *op. cit.* Aunque también se han producido pronunciamientos en contra como la SAP de Sevilla, Sec. 5.ª, de 7 de octubre de 2011 (casada por el STS de 9 de mayo de 2013).

[21] Cfr. Fundamento de Derecho Undécimo de la STS de 29 de abril de 2015.

[22] *Vid.* SAP de Jaén, Sec. 1.ª, de 14 de mayo de 2013.

[23] *Vid.* MATEOS FERRES, M. (2013), Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013 *(BIB* 2013, 1766), DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J., El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013 *(BIB* 2013, 1692).

[24] Cfr. SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 18 de junio de 2013. De la misma manera se han pronunciado algunas sentencias en relación con la novación, como las SSAP de Zaragoza, Sec. 5.ª, de 8 de mayo de 2012 o de Cáceres, Sec. 1.ª, de 28 de octubre de 2013, en la que se pactó una novación con una bajada del tipo contemplado en la cláusula suelo, pero en todos los contratos se contenía la misma cláusula de limitación de tipos de interés.

[25] Cfr. SAP de León, Sec. 1.ª, de 5 de febrero de 2015.

[26] Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en adelante «LCGC».

[27] Cfr. SSTS de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014 y de 29 de abril de 2015. Doctrina que ha sido analizada y compartida por los autores. Cfr. PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, y las Audiencias Provinciales, como reflejan las SSAP de Sevilla, Sec. 5.ª, de 7 de octubre de 2011 y de Córdoba, Sec. 3.ª, de 18 de junio de 2013. En concreto, la primera sentencia citada comenta en relación con las cláusulas suelo que «*la existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis*», «*su viabilidad legal es incuestionable en cuanto están previstas en la normativa sobre transparencia bancaria. Ello no impide que sean sometidas a un control de abusividad por los Tribunales*».

[28] Cfr. párrafo 203 de la STS de 9 de mayo de 2013.

[29] Siguiendo lo señalado en la STJUE de 21 de marzo de 2013 y el IC 2000. Aunque esos postulados no parecen plenamente aplicables a toda la normativa que regula los préstamos hipotecarios con consumidores que ha sido anteriormente citada.

[30] Cfr. párrafo 174 de la STS de 9 de mayo de 2013 y STS de 29 de abril de 2015.

[31] Cfr. Fundamento de Derecho Noveno de la STS de 29 de abril de 2015.

[32] Doctrina que ha sido estudiada y compartida por los autores. Cfr. PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J., *op. cit.* Aunque también ha habido pronunciamientos en contra de las Audiencias Provinciales. Cfr. SSAP de Sevilla, Sec. 5.ª, de 7 de octubre de 2011 (casada por el STS de 9 de mayo de 2013) y de Jaén, Sec. 1.ª, de 14 de mayo de 2013.

[33] Cfr. GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2013). Las modificaciones en el sistema de ejecución hipotecaria en España a la luz del Derecho Comunitario, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013 (BIB 2013\1767), GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2013). La modificación de la cláusula suelo de las hipotecas, *Revista Actualidad Aranzadi*, núm. 867/2013 *(BIB* 2013, 1268), PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J., *op. cit.*

[34] Cfr. SSAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 13 de febrero de 2013 y de Córdoba, Sec. 3.ª, de 18 de junio de 2013, entre otras.

[35] Cfr. SSAP de Alicante, Sec. 8.ª, de 13 de septiembre de 2012, de Cáceres, Sec. 1.ª, de 13 de febrero de 2013 y RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.ª G., *op. cit*.

[36] Cfr. párrafos 189 y 190 de la STS de 9 de mayo de 2013.

[37] Cfr. párrafo 192 de la STS de 9 de mayo de 2013. Doctrina que ha sido seguida por las Audiencias Provinciales. Cfr. SAP de Córdoba, Sec. 3.ª, de 18 de junio de 2013.

[38] *Vid*. STJUE de 3 de junio de 2010 y STS de 1 de julio de 2010, entre otras.

[39] Doctrina que ha sido estudiada y compartida por los autores. Cfr. PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, GARCÍA DE PABLOS, J. F., «La modificación de la cláusula suelo de las hipotecas», *op. cit.*, centrándose en la claridad de la cláusula y en la comprensión de la carga económica y jurídica. Y también por las Audiencias Provinciales. Cfr. SAP de Alicante, Sec. 8.ª, de 23 de julio de 2013.

[40] Cfr. párrafo 200 de la STS de 9 de mayo de 2013. Criterio seguido por las Audiencias Provinciales, como la SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 18 de junio de 2013, que indica que «*se trata de analizar la información que fue suministrada al consumidor respecto de la cláusula suelo y, sobre todo, su influencia en el precio del préstamo*».

[41] Cfr. párrafo 196 de la STS de 9 de mayo de 2013, SSTS de 8 de septiembre de 2014 y de 29 de abril de 2015. Pero algunas sentencias de las Audiencias Provinciales, como la SAP de Sevilla, Sec. 5.ª, de 7 de octubre de 2011 (casada por el STS de 9 de mayo de 2013), sí analizaban el posible desequilibrio, considerando que el mismo tiene que ser examinado desde una perspectiva jurídica y no económica. Por dicha razón, estimaban que en estos casos no se producía ningún desequilibrio relevante a efectos del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en lo sucesivo «LGDCU»), porque con la introducción de cláusulas suelo y techo se acota la variabilidad de los intereses en ambos sentidos y no existe un derecho del prestatario a la limitación de la variabilidad o a la proporcionalidad de los límites.

[42] Cfr. párrafo 229 de la STS de 9 de mayo de 2013.

[43] Como señala la doctrina que ha analizado esta sentencia. Cfr. GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2013), «La modificación de la cláusula suelo de las hipotecas» *op. cit*.

[44] Cfr. Fundamento de Derecho Noveno de la STS de 29 de abril de 2015.

[45] Cfr. párrafos 201 y sigs. de la STS de 9 de mayo de 2013, SSTS de 8 de septiembre de 2014 y de 29 de abril de 2015 y SAP de León, Sec. 1.ª, de 5 de febrero de 2015.

[46] Cfr. SSTS de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014 y de 25 de marzo de 2015.

[47] Cfr. párrafo 215 de la STS de 9 de mayo de 2013, entre otros. Lo cual parece implicar que toda la doctrina contenida sobre la transparencia de las cláusulas suelo no sería aplicable en casos donde no haya consumidores, como en los supuestos en los que el adherente sea una persona jurídica que contrata el préstamo dentro su actividad empresarial. Así, el Tribunal Supremo comenta que «*las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de interés*». Cfr. párrafo 217 de la STS de 9 de mayo de 2013. Sin embargo, para las Audiencias Provinciales parece no tener gran relevancia el hecho de que el contrato lo haya suscrito

una persona jurídica. Cfr. SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 3 de junio de 2013. Y ello a pesar no solo de que previsiblemente conocen cómo operan estas cláusulas, sino que además sería discutible que conforme a determinada jurisprudencia menor tales mercantiles tengan la condición de consumidor. A su vez habría que indicar que según algunos autores la nulidad de las cláusulas suelo decretada por la STS de 9 de mayo de 2013 se basa en la aplicación de la normativa de consumidores (GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2013), Las modificaciones en el sistema de ejecución hipotecaria en España a la luz del Derecho Comunitario, *op. cit.*). Lo cual reforzaría la conclusión de que el referido control no podría aplicarse en estos casos. *Vid.* a favor de que sea considerado consumidor SSAP de Murcia, Sec. 1.ª, de 21 de noviembre de 2011 y de 10 de diciembre de 2013. Y en sentido contrario, SSAP de Asturias, Sec. 1.ª, de 4 marzo de 2012, de La Coruña, Sec. 4.ª, de 5 de marzo de 2013 y de Cuenca, Sec. 1.ª, de 30 de julio de 2013. Así, la SAP de Córdoba, Sec. 3.ª, de 18 de junio de 2013, estima que la persona jurídica que suscribe el préstamo y las personas físicas que otorgan la fianza no son consumidores, pero aplica igualmente la doctrina contenida en la STS de 9 de mayo de 2013, argumentando que «*no tratándose la prestamista de consumidora, no sería aplicable el doble control de transparencia que se desarrolla en la sentencia TS 241/13 (RJ 2013, 3088), pero ello ni impide que puedan tomarse en consideración las normas generales sobre el consentimiento contractual. (…) En este caso, 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 hostal 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*». Aunque lo cierto es que la citada sentencia alude reiteradamente a la doctrina contenida en la STS de 9 de mayo de 2013. Con un enfoque diferente, la SAP de Cuenca, Sec. 1.ª, de 30 de julio de 2013, aunque también cita a la STS de 9 de mayo de 2013, considera que la falta de condición de consumidor motiva que no resulte de aplicación al caso la Ley 2/2009 ni la Orden de 5 de mayo de 1994. Todo ello sin perjuicio de la relevante precisión que realiza en cuanto al régimen normativo, al no considerar igualmente aplicable la LMV ni la Orden EHA/2899/2011 (esta última por razones temporales relacionadas con su entrada en vigor). Por consiguiente, únicamente entiende que es aplicable la LCGC, lo que debe implicar que solo se efectúe un control de incorporación.

[48] Así algunos autores han señalado que la STS de 9 de mayo de 2013 ha creado «*los parámetros que han de valorarse para determinar la falta de transparencia de una cláusula suelo*». Cfr. MATEOS FERRES, M., *op. cit.*

[49] Cfr. párrafo 210 de la STS de 9 de mayo de 2013. En esa línea algunas resoluciones judiciales ya habían apuntado la relevancia de la reciprocidad y la ausencia de la misma debido a la desproporción económica. Cfr. SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 13 de febrero de 2013. Aunque para ello parece que realizan una valoración retrospectiva de los hechos, incurriendo en el conocido como *hindsight bias*, que ha sido criticado por las Audiencias Provinciales (SAP de Huelva, Sec. 1.ª, de 29 de diciembre de 2010) e incluso parece que por el Tribunal Supremo (STS de 21 de noviembre de 2012).

[50] *Vid.* PÉREZ CONESA, C., *op. cit.* y GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2013), La modificación de la cláusula suelo de las hipotecas, *op. cit.*, reproduciendo

un párrafo de la STS de 9 de mayo de 2013 en el que se trasluce que el Alto Tribunal entendía que el reparto no era equitativo porque previsiblemente la cláusula techo no entraría juego. Lo cual puede suponer una contradicción con lo expuesto en la STS de 9 de mayo de 2013 sobre la irrelevancia del equilibrio entre las cláusulas techo y suelo, que se expone en este artículo.

[51] *Vid.* párrafos 212, 216 y sigs. de la STS de 9 de mayo de 2013.

[52] Cfr. párrafo 211 de la STS de 9 de mayo de 2013.

[53] Cfr. párrafo 212 de la STS de 9 de mayo de 2013.

[54] Cfr. párrafo 212 de la STS de 9 de mayo de 2013.

[55] Cfr. SSTS de 8 de septiembre de 2014 y de 29 de abril de 2015.

[56] Cfr. SSAP de Cádiz, Sec. 5.ª, de 20 de noviembre de 2014, de León, Sec. 1.ª, de 5 de febrero de 2015, de Vizcaya, Secc. 4.ª, de 24 de marzo de 2015, de Segovia, Sec. 1.ª, de 14 de abril de 2015, de Toledo, Sec. 1.ª, de 28 de mayo de 2015, entre otras.

[57] Lo cual no obsta para que haya habido pronunciamientos de Audiencias Provinciales que hayan estimado que las cláusulas suelo no pueden comprenderse tras su lectura, como la SAP de Zaragoza, Sec. 5.ª, de 8 de mayo de 2012.

[58] Cfr. párrafo 218 de la STS de 9 de mayo de 2013, que en concreto dice «*la oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa*».

[59] Cfr. párrafo 218 de la STS de 9 de mayo de 2013, que en particular señala «*el diferencial del tipo de referencia, en que la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor*».

[60] Estos criterios han sido particularmente comentados por la doctrina como parámetros para determinar la falta de transparencia. Cfr. PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, SOLA PASCUAL, A., *op. cit.*, DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J., *op. cit*. Y también por las sentencias de Audiencias Provinciales que se han dictado tras la STS de 9 de mayo de 2013, como las SSAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 18 de junio de 2013, de Córdoba, Sec. 3.ª, de 18 de junio de 2013 y de Cáceres, Sec. 1.ª, de 4 de noviembre de 2013.

[61] Esta exigencia informativa ya fue señalada por el Banco de España y es tenida en cuenta por las Audiencias Provinciales. Cfr. SAP de Córdoba, Sec. 3.ª, de 18 de junio de 2013.

[62] Cfr. párrafo 256 de la STS de 9 de mayo de 2013. A estos efectos el Tribunal Supremo puntualiza que ese deber de información no comprende las previsiones a medio y largo plazo debido a la imprevisibilidad de las mismas. Cfr. párrafo 264 de la STS de 9 de mayo de 2013. En sentido similar se pronuncia algún sector doctrinal, como GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.ª, *op. cit.*

[63] Cfr. párrafos 263 y 264 de la STS de 9 de mayo de 2013. A este respecto, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.ª ha criticado que, a pesar de las afirmaciones contenidas en la STS sobre la imposibilidad de afirmar la abusividad en abstracto o la existencia de un desequilibrio en general, el Alto Tribunal acaba en la práctica efectuando el análisis de dicha manera. Cfr. *op. cit*.

[64] Aspecto especialmente tenido en consideración por algunas Audiencias Provinciales e incluso por el Banco de España. Cfr. SSAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 18 de junio de 2013 y de Córdoba, Sec. 3.ª, de 18 de junio de 2013.

[65] Cfr. STS de 29 de abril de 2015, SSAP de Badajoz, Sec. 3.ª, de 14 de enero de 2014, de Jaén, Sec. 1.ª, de 14 de mayo de 2014, de Granada, Sec. 4.ª, de 6 de junio de 2014 y de Cáceres, Sec. 1.ª, de 7 de julio de 2014 y de León, Sec. 1.ª, de 5 de febrero de 2015.

[66] Cfr. párrafo 12 del Auto citado. El carácter abstracto también ha sido mencionado por resoluciones posteriores como la STS de 29 de abril de 2015. A estos efectos, resulta interesante comentar que algunos autores han interpretado la STS de 9 de mayo de 2013 entendiendo que el Alto Tribunal declara que «*para apreciar la falta de transparencia, bastaba con que uno de los descritos supuestos concurriese de forma clara, siempre que ello no fuese un hecho aislado del resto de circunstancias que hubieren presidido la contratación*». Cfr. DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J., *op. cit.* Lo cual no parece ajustarse exactamente a la literalidad de lo dispuesto en el citado ATS y a la interpretación del mismo que han efectuado algunas sentencias, como la SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 18 de junio de 2013 y otros autores. Cfr. GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2013), La modificación de la cláusula suelo de las hipotecas, *op. cit.* Asimismo, habría que indicar que en línea con lo señalado en el Auto de 3 de junio de 2013, algunas sentencias posteriores han seguido resaltando de necesidad de «acomodar» la doctrina de la STS de 9 de mayo de 2013 al caso concreto (SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 28 de octubre de 2013).

[67] Cfr. SSAP de Alicante, Sec. 8.ª, de 23 de julio de 2013 y de León, Sec. 1.ª, de 5 de febrero de 2015, entre otras.

[68] Cfr. SAP de Alicante, Sec. 8.ª, de 23 de julio de 2013, STS de 8 de septiembre de 2014.

[69] Cfr. párrafos 237 y 238 de la STS de 9 de mayo de 2013.

[70] A este respecto, ilustrativamente la SAP de Alicante, Sec. 8.ª, de 23 de julio de 2013 remarca que «*no consta que el consumidor hubiera recibido información específica acerca del significado económico en diversas situaciones que se pudieran presentar en un futuro previsible a la vista de los datos obrantes en la propia entidad —que ya podía prever por la fecha una clara disminución del interés— y de las consecuencias de los límites que a la baja se establecía sobre la variabilidad del interés remuneratorio*». Aunque parece que algunas Audiencias Provinciales entendían que dicha información no era tan relevante, al estimar que un techo del 12% en un contrato a 30 años puede superarse debido a las variaciones importantes que sufre el elemento de referencia. Cfr. SAP de Jaén, Sec. 1.ª, de 14 de mayo de 2013.

[71] Cfr. MARÍN NARROS, H. D. (2013), Los principales aspectos controvertidos en litigios sobre swaps, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos swap en la jurisprudencia*, Eolas, León, múltiples sentencias como las SSAP de Lugo, Sec. 1.ª, de 8 de febrero de 2011 y de Asturias, Sec. 4.ª, de 14 de febrero de 2011.

[72] Cfr. párrafos 243 y 244 de la STS de 9 de mayo de 2013.

[73] *Vid.* GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, pp. 69 y sigs. en relación con los *swaps*.

[74] Cfr. Fundamento de Derecho Decimotercero de la STS de 29 de abril de 2015.

[75] Cfr. párrafo 245 de la STS de 9 de mayo de 2013.

[76] En consecuencia, parece irrelevante el desequilibrio entre las partes que suelen comentar las sentencias (SSAP de Lugo, Sec. 1.ª, de 2 de mayo de 2011 y de Córdoba, Sec. 3.ª, de 18 de junio de 2013) y parte de la doctrina especializada. Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, pp. 69 y sigs.

[77] Cfr. párrafo 253 de la STS de 9 de mayo de 2013. Sin embargo, las Audiencias Provinciales habían aplicado un criterio más general de la buena fe. Así, la SAP de Zamora, Sec. 1.ª, de 22 de enero de 2013 comentaba «*este último requisito que se refiere a la proporcionalidad, como señala la Audiencia de Cáceres, debe examinarse desde la perspectiva del principio de la buena fe contractual que*

se define como un canon de lealtad, rectitud, honestidad o corrección, una pauta de conducta que debe presidir el comportamiento de los contratantes a través de un conjunto de reglas no escritas pero conocidas por todos, que generan una confianza en que el otro contratante actuará con la misma honestidad y lealtad. En este caso, la buena fe se proyecta en la fase de redacción y celebración del contrato y obliga al predisponente a tratar leal y equitativamente a la parte adherente, cuyos intereses legítimos tiene que tener en cuenta, como se expone en el considerando 14 de la Directiva 933». A su vez, se tiene que comentar que otras Audiencias Provinciales no han aplicado ese criterio de condiciones de mercado, que parece tener un cierto contenido económico, centrándose en el contenido jurídico del contrato (SSAP de Sevilla, Sec. 5.ª, de 7 de octubre de 2011 y de Cuenca, Sec. 1.ª, de 30 de julio de 2013). En este mismo sentido, habría que comentar que la primera sentencia citada también indicaba que la desproporción «*exigiría cuando menos de un riguroso y completo dictamen pericial*», lo cual parece imponer una carga probatoria relativamente estricta, que en ese caso parece entenderse que recaía en el demandante.

[78] Cfr. párrafo 253 de la STS de 9 de mayo de 2013.

[79] *Vid.* a favor de la inexcusabilidad, SSAP de Madrid, Sec. 9.ª, de 10 de julio de 2009 y de Castellón, Sec. 3.ª, de 26 de septiembre de 2011. En contra, SAP de Zamora, Sec. 1.ª, de 12 de diciembre de 2011.

[80] Cfr. SAP de Alicante, Sec. 8.ª, de 23 de julio de 2013.

[81] Cfr. Fundamento de Derecho Noveno de la STS de 29 de abril de 2015.

[82] Cfr. párrafo 257 de la STS de 9 de mayo de 2013. Sin embargo, se habían producido una serie de pronunciamientos dentro de la jurisprudencia menor que sí concedían una especial importancia a la falta de proporcionalidad entre el suelo y el techo. *Vid.* SAP de Zamora, Sec. 1.ª, de 22 de enero de 2013, en la que se critica especialmente que no constara que el consumidor había sido advertido por el fedatario público de la mencionada desproporción. La referida falta de proporcionalidad la fija la sentencia citada en que «*se trata de una cláusula que fija el valor suelo en el 4,45% y el del techo en el 12,50%, habiéndose de tener en cuenta que: 1) en el momento de la fijación de las mismas y su inclusión en el contrato, la entidad bancaria contaba con el historial de los tipos de interés y las previsiones relativas a la variación de los mismos. 3) Que la cláusula suelo estaba, en el momento de firmarse en contrato, en unas cifras muy próximas a las establecidas como suelo y que, como se recoge en la Sentencia recurrida, cualquier variación de la baja iba a implicar la limitación a la bajada de los tipos de interés aplicables al contrato. 4) Que la cláusula techo se establece en un tipo de interés muy alejado del Euribor vigente en el momento de firmarse el contrato (8 puntos de diferencia) y, por tanto, las probabilidades de que se llegara al mismo eran sino imposibles, de muy alta improbabilidad. 5) Que las cláusulas suelo incorporadas en los contratos, se han hecho efectivas en la realidad en la mayor parte de los contratos a los que se han incorporado y no así las cláusulas techo*». De manera similar *vid.* GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.ª, *op. cit.*, aludiendo a sentencias que habían considerado la desproporción tanto en la inexistencia del techo como en su diferencia con el suelo, SSAP de Alicante, Sec. 8.ª, de 13 de septiembre de 2012 y de las Islas Baleares, Sec. 5.ª, de 19 de noviembre de 2012. En el mismo sentido que la STS de 9 de mayo de 2013 se han pronunciado otras sentencias de las Audiencias Provinciales, como la SAP de Alicante, Sec. 8.ª, de 23 de julio de 2013.

[83] Según indica la doctrina a la hora de analizar la STS de 9 de mayo de 2013. Cfr. PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*

[84] Cfr. párrafo 258 de la STS de 9 de mayo de 2013. Esta confusión ha sido calificada como engañosa por algunas sentencias de Audiencias Provinciales. Cfr. SAP de Córdoba, Sec. 3.ª, de 18 de junio de 2013. De forma similar sobre la licitud genérica de la cláusula suelo ya se había pronunciado previamente la jurisprudencia menor, como la SAP de Zamora, Sec. 1.ª, de 22 de enero de 2013, y continúo haciéndolo después de la STS de 9 de mayo de 2013 aunque dicha resolución declarara la nulidad de la cláusula, como la SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 18 de junio de 2013.

[85] Cfr. SAP de Segovia, Sec. 1.ª, de 14 de abril de 2015 y MARÍN NARROS, H. D. (2014). *op. cit.*, p. 108. *Vid.* en contra de la irretroactividad SSAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 27 de febrero de 2014 y de Cáceres, Sec. 1.ª, de 4 de marzo de 2014. A favor de la misma *vid.* SSAP de Málaga, Sec. 6.ª, de 12 de marzo de 2014 y de Jaén, Sec. 1.ª, de 27 de marzo de 2014.

[86] Cfr. SSTS de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015.

[87] *Vid.* ORDUÑA MORENO, F. J. (2013). Control de transparencia y cláusulas suelo, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 871/2013 *(BIB* 2013, 2180), MATEOS FERRES, M., *op. cit.* y DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J., *op. cit.*, entre otros.

[88] Cfr. SSTS de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015, SAP de Segovia, Sec. 1.ª, de 14 de abril de 2015. En concreto el citado artículo 1.303 del Código Civil dispone: «*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*». Dentro de los ejemplos y razones esgrimidos para sustentar la ausencia de efecto retroactivo se encuentran el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, provisiones que imponen la conservación de los efectos consumados como el artículo 68 de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, exigencias del principio de seguridad jurídica impuestas por diversas sentencias del Tribunal Constitucional como las SSTC de 12 de febrero de 1996 y de 28 de marzo de 2011, previos pronunciamientos del Alto Tribunal que justificaban la irretraoctividad en la seguridad jurídica, buena fe y riesgos de trastornos graves como la STS de 13 de marzo de 2012, justificaciones de enmiendas a proyectos de Ley como la presentada por el Grupo Parlamentario Ezquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya verds respecto al artículo 2 del Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo. Aunque estas argumentaciones son rebatidas en gran medida por los votos particulares contenidos en las SSTS de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015.

[89] Cfr. STS de 25 de marzo de 2015, SSAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 12 de marzo de 2015, de Segovia, Sec. 1.ª, de 14 de abril de 2015, ORDUÑA MORENO, F. J., *op. cit.*

[90] Cfr. párrafos 265 y sigs. de la STS de 9 de mayo de 2013 y Fundamento de Derecho Quinto de la STS de 25 de marzo de 2015.

[91] Cfr. SAP de Segovia, Sec. 1.ª, de 14 de abril de 2015 y MARÍN NARROS, H. D. (2014). *op. cit.*, p. 108, ORDUÑA MORENO, J., *op. cit.*, MATEOS FERRES, M., *op. cit.* y DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J., *op. cit.,* entre otros. La fecha de publicación se suele entender que es el 9 de mayo de 2013. Cfr. http://www.aytojaen.es/portal/p_20_contenedor1.jsp?seccion=s_fdes_d4_v2.jsp&contenido=14593&tipo=6&nivel=1400&layout=p_20_contenedor1.jsp&codResi=1&codMenu=207&codMenuPN=4&codMenuSN=100&codMenuTN=197 o http://

www.abogacia.es/2015/04/17/el-ts-declara-que-se-restituira-el-dinero-de-clausulas-suelo-a-partir-del-9-de-mayo-de-2013/. Aunque otras fuentes fijan la fecha de publicación en el 10 de mayo de 2013. http://www.romeroreyabogados.com/pdf/016-Nota-Resumen-ejecutivo-STS-9-de-mayo-de-2013-(14-05-13).pdf. Todas estas webs fueron consultadas el 20 de septiembre de 2015 a las 13:05 h.

[92] Cfr. Fundamento de Derecho Noveno de la STS de 25 de marzo de 2015 y Fundamento de Derecho Decimoquinto de la STS de 29 de abril de 2015.

[93] Cfr. SSTS de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015.

[94] Cfr. párrafo 293 de la STS de 9 de mayo de 2013. *Vid.* PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, que destaca el riesgo de trastornos graves en el orden público sobre los demás aspectos tratados en la citada resolución. Este aspecto también es comentado por otros autores. *Vid.* SOLA PASCUAL, A., *op. cit.*, GARCÍA DE PABLOS, J. F., La modificación de la cláusula suelo de las hipotecas, *op. cit.*

[95] Así la STS de 9 de mayo de 2013 siguiendo al IBE apunta que ya antes del 2004 el porcentaje de préstamos hipotecarios con cláusula suelo alcanzaba casi el 30% de la cartera. Cfr. párrafo 293.

[96] Cfr. párrafo 19 del comentado Auto. De manera similar, *vid.* SAP de Zaragoza, Sec. 5.ª, de 8 de mayo de 2012, de Cáceres, Sec. 1.ª, de 28 de octubre de 2013 (refiriéndose también a una novación) y GARCÍA DE PABLOS, J. F., La modificación de la cláusula suelo de las hipotecas, *op. cit.*, comentado la STS de 9 de mayo de 2013. Aunque algunas Audiencias Provinciales habían tenido especialmente en cuenta este factor y el hecho de que el inmueble adquirido no constituyera una vivienda habitual para desestimar esta clase de pretensiones. Cfr. SAP de Jaén, Sec. 1.ª, de 14 de mayo de 2013.

[97] Cfr. párrafo 18 del citado Auto.

[98] Cfr. SSAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 13 de febrero de 2013, de Álava, Sec. 1.ª, de 9 de julio de 2013, de Ciudad Real, Sec. 1.ª, de 11 de julio de 2013, de Alicante, Sec. 8.ª, de 23 de julio de 2013, de Álava, Sec. 1.ª, de 21 de noviembre de 2013, de Málaga, Sec. 6.ª, de 12 de marzo de 2014, de Murcia, Sec. 4.ª, de 13 de marzo de 2014, de Albacete, Sec. 1.ª, de 28 de abril de 2014, de Jaén, Sec. 1.ª, de 19 de mayo de 2014, de Asturias, Sec. 4.ª, de 8 de mayo de 2014.

[99] Cfr. párrafo 13 del Auto referenciado, que es también citado por las Audiencias Provinciales que resuelven esta clase de disputas, como la SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 18 de junio de 2013. Esta misma preocupación de la imposibilidad de una nulidad automática generalizada ya la habían manifestado las Audiencias Provinciales, como refleja la SAP de Sevilla, Sec. 5.ª, de 7 de octubre de 2011 y lo ha comentado la doctrina, como GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2013), La modificación de la cláusula suelo de las hipotecas, *op. cit.* Aunque en la práctica, algunas sentencias de las Audiencias Provinciales sí parece que están decretando la nulidad con cierto automatismo. *Vid.* SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 3 de junio de 2013.

[100] Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo de la STS de 25 de marzo de 2015. En la citada resolución además se precisa en cuanto a la concurrencia del riesgo de trastornos graves en el caso de las acciones individuales que «*la afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto*». Cfr. Fundamento de Derecho Noveno de la citada resolución.

[101] Particularmente crítica se ha mostrado MATEOS FERRES, M., *op. cit.*, que analizando algunos pronunciamientos de primera instancia como las sentencias del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 19 de junio de 2013, del Juzgado

núm. 4 de Orense de 13 de mayo de 2013 o del Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Barcelona de 7 de junio de 2013, comenta esencialmente que:

• La aplicación del artículo 1303 del Código Civil necesariamente debe implicar la restitución. No obstante, podría entenderse que dicho artículo está previsto para la nulidad de todo el contrato, que no es la consecuencia jurídica que declara la doctrina del Tribunal Supremo analizada ni la que habitualmente se pretende en este tipo de litigios, puesto que en caso contrario el consumidor tendría que abonar todo el dinero percibido en virtud del préstamo. Y es que la aplicación del referido precepto solamente a una cláusula quizá debería conllevar un análisis más profundo de lo que implica la restitución recíproca, puesto que podría sostenerse que la entidad bancaria también realizó concesiones al incorporar la cláusula suelo.

• Con base en el artículo 223.2 de la LEC (en lo sucesivo, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) entiende que la STS de 9 de mayo de 2013 no puede extender los efectos de cosa juzgada hasta el punto de impedir la restitución de lo abonado al amparo de tales cláusulas en los posteriores juicios que puedan iniciar otros consumidores. Esta opinión es compartida por el voto particular de la STS de 25 de marzo de 2015.

• La referida STS de 9 de mayo de 2013 no es un único cuerpo dogmático ni tiene efectos *ultra* partes.

• No procede la aplicación analógica realizada por el Tribunal Supremo de otras normas que prevén la irretroactividad, ya que (i) no existe laguna legal que lo justifique, (ii) no existe igualdad jurídica entre el caso cuestionado y las normas analógicas aplicadas, (iii) la analogía no puede implicar tergiversar la ley o cambiar su sentido, (iv) no resulta de aplicación la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Constitucional que cita el Alto Tribunal en su sentencia de 9 de mayo de 2013.

• La nulidad de la cláusula suelo no crea un trastorno grave al orden público, sino que únicamente tiene efectos perjudiciales para la banca. El voto particular de la STS de 25 de marzo de 2015 declara en la actualidad tal riesgo ha desaparecido debido al saneamiento financiero que se ha venido efectuando en los últimos años.

• Vulneración del principio de congruencia y de justicia rogada, puesto que entiende que la retroactividad no fue una cuestión planteada en todo el proceso.

De forma similar se pronuncian otros autores, como DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J., *op. cit.*, indicando que los bancos no deben beneficiarse de la nulidad originada por ellos en virtud del principio general del Derecho *Nemo Auditur Propriam Turpitudinem Allegans,* y que en este supuesto ha habido mala fe por parte de las entidades de crédito, por cuanto según este autor (i) estas incorporaron las cláusulas techo a sabiendas que jamás operarían, mientras que introdujeron las cláusulas suelo sabiendo que con toda probabilidad se acabarían aplicando, (ii) a pesar de que desde el año 2010 se habían dictado «numerosas» sentencias declarando la nulidad de las cláusulas suelo, los bancos continuaban empleándolas. No obstante, durante ese tiempo también se habían dictado sentencias de Audiencias Provinciales que desestimaban este tipo de pretensiones. De hecho, esto es reconocido por los citados autores (*op. cit.*). A su vez es preciso señalar que algunas Audiencias Provinciales han estimado que la aludida mala fe es irrelevante a estos efectos (SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 4 de noviembre de 2013). Estos autores además de los pronunciamientos de primera instancia previamente citados, también aluden a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga, de 20 de mayo de 2013.

[102] A este respecto, el magistrado del Tribunal Supremo Francisco Javier ORDUÑA MORENO (*op. cit.*) comenta que:

• La ineficacia parcial del contrato declarada en la STS de 9 de mayo de 2013 resulta coherente con la aplicación excepcional de la nulidad radical que contempla nuestro sistema jurídico (STS de 15 de enero de 2013) y con el hecho de que la nulidad no derive de un vicio estructural del consentimiento prestado, sino de la señalada falta de transparencia.

• La propia legislación habilita al juzgador a aclarar la eficacia del contrato o integrar el contrato (arts. 9.2 y 10 de la LCGC y 83.2 del TRLGDCU). Es decir, mediante este argumento se rebate el posicionamiento antes expuesto de MATEOS FERRES sobre la vulneración del principio de congruencia y de justicia rogada. En esa línea, Francisco Javier ORDUÑA MORENO indica que la acción de cesación ejercitada está dirigida a obtener una condena de cesar una conducta y prohibir su reiteración futura. Aunque algún autor curiosamente sostuvo que el Alto Tribunal en su STS de 9 de mayo de 2013 precisamente prohibía a los juzgados integrar o moderar el contrato. Cfr. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.ª, *op. cit.*

• La moderación de la ineficacia en relación con la irretroactividad con base en el principio de seguridad jurídica se ha sostenido por el Tribunal Constitucional (STC de 28 de marzo de 2011) y el Tribunal Justicia de la Unión Europea (STJUE de 21 de marzo de 2013) en sentencias anteriores.

• «*La retroactividad de la declaración de nulidad de una determinada cláusula no opera como una regla general, ni debe ser aplicada de forma autónoma sin relación de continuidad con la estructura de eficacia contractual ya desplegada*».

• La ineficacia funcional contemplada en el artículo 8.1 de la LCGC no se rige por el régimen típico de la nulidad del contrato, y es que dicho tipo de nulidad únicamente se aplica cuando no se ha podido evitar la subsistencia del contrato.

• La eficacia funcional establecida en la regulación aplicada se realiza desde y por la validez del contrato en toda su unidad sistemática.

• Desde la perspectiva analítica que rige en esta materia se comprende que la nulidad radical no opera en la contratación bajo condiciones generales de la contratación como una auténtica regla general de aplicación autónoma, sino que debe adaptar su sanción al peculiar juicio de la ineficacia funcional.

Sin perjuicio de lo anterior, se tiene que comentar que posteriormente este mismo autor rechaza el efecto retroactivo en el caso de las acciones individuales en sus votos particulares de las SSTS de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015.

[103] *Vid.* SSAP de Cádiz, Sec. 5.ª, de 13 de mayo de 2013, de Cáceres, Sec. 1.ª, de 3 de junio de 2013, de Cáceres, Sec. 1.ª, de 18 de junio de 2013, de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 27 de febrero de 2014 y de Cáceres, Sec. 1.ª, de 4 de marzo de 2014.

[104] Cfr. SSAP de Alicante, Sec. 8.ª, de 23 de julio de 2013, de Málaga, Sec. 6.ª, de 12 de marzo de 2014 y de Jaén, Sec. 1.ª, de 27 de marzo de 2014.

[105] En este caso junto al magistrado Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ.

[106] Sobre el concepto y configuración de la litispendencia *vid.* artículos 222, 400, 416 y 421 de la LEC y MOLINA CABALLERO, M.ª J. (2010). El inicio del juicio ordinario. La demanda. En ROBLES GARZÓN, J. A. (dir.-coord.), *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, 2.ª ed. Tecnos, Madrid (pp. 290-292) y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2012). «El inicio del proceso: la demanda». En: DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 59-64.

[107] Cfr. SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 13 de febrero de 2013 que desestimaba esta excepción, SÁNCHEZ GARCÍA, J. M.ª, Comentarios a las sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 24 y 25 de marzo de 2015 disponible en http://www.pgprocuradores.com/noticias/Pradera_Gonzalez_Procuradores_Barcelona_Comentarios_sentencias_TS_24_25_marzo_2015.pdf, consultado el 20 de septiembre de 2015 a las 12:56 h.

[108] Sobre el concepto de cosa juzgada *vid.* artículo 222 de la LEC, LÓPEZ GIL, M. (2010). La cosa juzgada. En: ROBLES GARZÓN, J. A. (dir.-coord.), *Conceptos básicos de Derecho Procesal Civil*, 2.ª ed. Tecnos: Madrid, pp. 435-442, y DE LA OLIVA SANTOS, A. (2012). «La cosa juzgada civil». En: DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 299-341.

[109] Cfr. sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao, de 19 de junio de 2013.

[110] Cfr. Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto de la citada sentencia.

[111] Cfr. apartado segundo del señalado voto particular de la STS de 25 de marzo de 2015.

[112] Cfr. SAP de SAP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 13 octubre de 2014, que es analizada en el siguiente blog http://www.fernandezboira.com/blog/cosa-juzgada-y-litispendencia-accion-individual-vs-accion-colectiva-en-clausulas-suelo-comentario-la-sentencia-de-131014-de-la-seccion-15-de-la-audiencia-provincial-de-barcelona/ consultado el 20 de septiembre de 2015 a las 13:55 h.

[113] En concreto se formulaban las siguientes preguntas:

1. ¿Puede considerarse un medio o mecanismo eficaz conforme al artículo 7.1 de la Directiva Comunitaria 93/13/CE?

2. ¿Hasta qué punto ese hecho suspensivo supone un obstáculo para el consumidor y, por tanto, una infracción del artículo 7.1 de la citada Directiva a la hora de denunciar la nulidad de aquellas cláusulas abusivas incorporadas a su contrato?

3. El hecho de que el consumidor no pueda desvincularse de la acción colectiva, ¿supone una infracción del artículo 7.3 de la Directiva Comunitaria 93/13/CE?

4. ¿O, por el contrario, el efecto suspensivo del artículo 43 LEC es ajustado al artículo 7 de la Directiva 93/13/CE al entender que los derechos del consumidor están plenamente salvaguardados por esa acción colectiva, arbitrando el ordenamiento jurídico español otros mecanismos procesales igualmente eficaces para la tutela de sus derechos y por un principio de seguridad jurídica?.

[114] Disponible en http://icater.org/pdfs/UH/AcordMercBCN_211114.pdf, consultada el 20 de septiembre de 2015 a las 14:00 h.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

AA.VV. *Anuario de Derecho de Fundaciones 2014*, editorial Iustel, Madrid, 2015, 827 pp. ISSN: 2172-6051

por

JUAN-CRUZ ALLI TURRILLAS
Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho administrativo. UNED

La consagrada batuta de los profesores José Luis PIÑAR y Santiago MUÑOZ MACHADO, en colaboración de la Asociación Española de Fundaciones y bajo la financiación de La Caixa, nos presenta una nueva edición del Anuario de Derecho de fundaciones, con un amplio y rico contenido que vamos a desgranar en sus aspectos más básicos y generales.

Este *Anuario de Derecho de Fundaciones de 2014* sigue fiel al estilo ya consolidado en ediciones anteriores, formado por cuatro o cinco grandes secciones: estudios temáticos normalmente en torno a uno o dos temas comunes, seguidos de una crónica legislativa comentada de las Comunidades autónomas, una crónica de la Unión europea, otra crónica sobre Iberoamérica y una reseña jurisprudencial. Además, en este caso, se incluye un anexo de documentación muy completo donde se recogen los sucesivos borradores e informes sobre el nonato Proyecto de Ley de fundaciones (2014) que, como es conocido, no llegó siquiera a quedar aprobado de manera definitivamente por el Consejo de Ministros. Lo cual ha sido muy positivo por cuanto se trataba, de manera muy resumida y simplificada, de un proyecto que aunque contenía aspectos interesantes —y no es el menor la unificación de Registro y Protectorado; vieja demanda del sector—, la mayor parte contenía disposiciones excesivamente prolijas y de un código sancionador, todo ello en una línea demasiado interventiva (sobre las propuestas del sector para una futura, y necesaria, reforma de las leyes de fundaciones y de mecenazgo, puede verse el interesante estudio firmado por R. de LORENZO, J. L. PIÑAR, T. SANJURJO, Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro, en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, Iustel, 2011). Muy importante, al respecto, es la propuesta de la Comisión general de codificación de constituir un Protectorado y un registro únicos de fundaciones. Tal y como se señaló durante la presentación pública de este Anuario, parece que esta idea en particular, por fin, sale adelante.

Con todo y pese a todo, todo ello significa también que poco a poco, y no sin algún momento crítico, parece que las autoridades van aceptando que una legislación de mínimos —que no por ello fue positiva y correcta— dictada durante los años noventa del pasado siglo debe dejar paso a una nueva legislación, más moderna, eficaz, incentivador y, por supuesto, respetuosa con las fundaciones: «*que confíe en las fundaciones y que crea en su misión*», tal y como solicita PE-

TITBÒ. Pues incluso, visto desde el prisma público, que las fomente y las mejor acomode a la necesidad —de la que la crisis de la que estamos saliendo ha sido gran testigo; tal y como se expone en varios estudios del pasado Anuario de 2013— de contar con una sociedad civil fuerte que sirva de colchón en ausencia de unos poderes públicos que ni tienen recursos suficientes, ni medios para obtenerlos, ni seguramente es oportuno que lleguen a más.

El primer estudio se titula «*Fundaciones, conectividad social y libertad*» y lo firma la resuelta pluma de A. PETITBÒ, quien ya ha sido citado, con un artículo de principios y bases. Este artículo pone los-puntos-sobre-las-íes de lo antes apuntado: la urgencia de una relación de comprensión y respeto, de fomento y supervisión razonable por parte de las autoridades y el legislador. En tal sentido con datos muestra los poderes y flaquezas del sector y los aspectos que deberían mejorar con este «mejor acuerdo». A continuación, C. ÁLVAREZ, veterano analista y gestor del sector, en «*Solidaridad y sociedad del bienestar. ¿Qué sociedad queremos construir?*» dicta una auténtica lección magistral sobre el avance que supone la presencia de un sector fuerte y consolidado y su manera de enfocar estos fines en uno de los mayores logros sociales que hemos construido en Europa: la sociedad del bienestar. Para ello contextualiza acertadamente la prestación social que hace el sector fundacional en general en un marco de las virtudes sociales y personales, y de los resultados.

Tras estas lecciones basilares e introductorias comienza uno de los dos hilos conductores de los estudios monográficos del Anuario de este año 2014: la fiscalidad. El primer análisis del profesor MARTÍN DÉGANO («*Los tres tipos de actividades económicas exentas de las fundaciones y su conexión con los fines de interés general*») estudia brillantemente la sucesión de cambios que, sin ser sustantivos, han modificado bastantes parámetros impositivos para las fundaciones y para las donaciones: las actividades económicas de las fundaciones y sus conexiones con el fin de interés general. Se trata de un estudio teórico de detalle y a la vez pragmático esencial de un tema que apenas había sido analizado en nuestro país y que requería este primer análisis actualizado. Lo realiza de un modo práctico y riguroso, como corresponde a un tema tan crucial en la legislación que sobre las fundaciones existe en Francia, en Inglaterra y, por supuesto, en Estados Unidos (*related Business activities*). En la medida en que las fundaciones gozan de ventajas fiscales para actuar en sus fines de interés público que les son propios, las actividades lucrativas en pro de tales fines que realicen, deben estar atadas y justificadas en ellos. De otro modo se produciría una ventaja competitiva que falsearía el mercado de la competencia. De ahí que desde el célebre Macarroni Co. & NYU case, el sistema vigile muy bien y bajo unas muy complejas líneas cuándo la actividad comercial/industrial está relacionada o no con el fin y, en consecuencia, qué régimen tributario le corresponde. MARTÍN DÉGANO nos narra cómo están las cosas en la legislación actual y qué problemas presenta.

A continuación, CRESPO GARRIDO («*Fiscalidad de las fundaciones como entidades no lucrativas: tras la reforma por ley 27/2014*») realiza un análisis pormenorizado y de gran interés para el sector sobre las reformas fiscales introducidas por la Ley 27/2014 que, simplificadamente, han tratado de incentivar el micromecenazgo, algunas fórmulas del denominado *crownfunding* y la permanencia en los donativos a lo largo de años fiscales. Es, sin duda, otro estudio fundamental puesto que, aunque la reforma no sea grande en su dimensión —es, más bien, discreta—,supone un ligero cambio de tendencia en la fiscalidad donativa a las fundaciones. En tal sentido se enmarca en algunas de las propuestas que realizara BLAZQUEZ LIDOY en su magnífico estudio sobre la fiscalidad de las fundacio-

nes americanas en comparación con la nuestra para el *Anuario de Derecho de fundaciones* de 2012.

Con el mismo hilván el último artículo de esta parte del Anuario lo realiza se sitúa el la Doctora y abogada PEÑALOSA ESTEBAN (*«La reforma de los incentivos sociales al mecenazgo: luces y sombras»*) quien pone un acento crítico sobre lo indicado y, sobre todo, lo enmarca en un contexto histórico, del origen y motivación de la reforma. Resulta especialmente interesante su exposición de todo el contexto parlamentario de esta reforma y de otras anteriores, con las posiciones de los grupos y los estudios y comisiones. También expone el desarrollo normativo sustantivo —¿qué son y para que sirven los donativos?— y lo hace, además, de un modo muy actualizado y muy vinculado a las necesidades más reales del sector.

También destaca, especialmente, cómo está influyendo en el sector fundacional y este en el mercantil bajo el paraguas de la denominada «responsabilidad social corporativa», así como de contexto internacional que lo hacen especialmente atractivo (véase al respecto, recientemente, M.ª DEL MAR ANDREU MARTÍ [coord.], *La empresa social y sus organización jurídica*, Marcial Pons, 2014 y también algunos estudios contenidos en: A. EMPARANZA SOBEJANO [dir.], *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones*, Marcial Pons, 2014). Quiero resaltar la importancia que tiene el haber estudiado el concepto de donativo bajo los parámetros de la DGT por el tema de prestación de servicios a cambio de donativos; instrumentos muy generalizados en el extranjero para *fidelizar* donativos que, en cambio, en nuestro sistema suponen un cierto fraude que exigiría alguna consideración más proporcionada por parte de la Agencia Tributaria. Este artículo es el mejor broche de los estudios anteriores pues, además, presenta una visión «sobre el terreno» del propio sector, dada la condición de la autora como responsable del área en la Asociación Española de fundaciones.

La otra línea de estudios está centrada en las fundaciones universitarias. Sector convulso casi en la misma medida que las «fundaciones públicas», sobre las cuales el informe CORA de 2012 fue inmisericorde (¡mucho antes debiera haberse acometido su reforma y ordenación!). Las soluciones dadas para su «recomposición» han sido dispares, inconsistentes y, en ocasiones, desacertadas. Estas fundaciones —quizá con una naturaleza propia— son sin duda necesarias y más que debieran serlo a futuro pues si un ámbito está necesitado de colaboración público-privada es la enseñanza superior y la investigación (y no solo para fondos). Por eso y por mucho más, su análisis puede, además, dar muchas pistas a las fundaciones públicas en general; tema sobre lo cual hay varios estudios interesantes en VV.AA. *Fundaciones. Problemas actuales y reforma legal*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011 y por supuesto el artículo sobre la reforma del sector público fundacional del pasado *Anuario de Derecho de fundaciones* de 2013 firmado por J. GARCÍA-ANDRADE, de brillante factura, como siempre.

El primer artículo de PEDREIRA MENÉNDEZ (*«la normativa de las entidades sin finalidad lucrativa y la aplicación de sus beneficios fiscales a las Universidades»*) realiza una aproximación fiscal sobre la aplicación de los beneficios fiscales a las Universidades. Posteriormente DE ANDRÉS CASTRO (*«Una visión reciente de las fundaciones universitarias: propuestas de futuro»*) expone, primero, el *status questionis* y luego raliza un análisis muy completo sobre qué ha sido de las diversas fundaciones universitarias, para mostrar el gran caos producido. El autor finaliza con un importante apartado de conclusiones y propuestas entre las cuales destaca, por enmarcar a todas las demás, mucho más concretas, la

idea de promover fundaciones universitarias que sean el lugar de encuentro de la sociedad civil y los entes mercantiles con la investigación y el desarrollo que deben promoverse en las Universidades (cual fue el caso de las fundaciones universitarias, partenariales y de investigación científica creadas en Francia en la década anterior).

Fuera de los dos ámbitos expuestos otro estudio, solo en su especie, dedica sus páginas a contextualizar el origen y desarrollo de la fundación británica —la *charity*— y explicar la reforma en ciernes de una figura tan atractiva y con un desarrollo histórico tan fuerte. Tanto en su forma jurídico-social como en la regulación de su motivación, como en la de la supervisión pública, la *charity* tiene una larga tradición que se remonta a 1601 y la organización pública supervisora, la *Charity Commission*, se remonta a finales del siglo XIX. Tal estudio hay que ponerlo en relación con otros realizados por el mismo autor, como el dedicado en el Anuario de 2014 a la *Private foundation* americana, así como otro sobre las reformas legales y fiscales en USA, publicado en la *Revista Española del Tercer Sector* (núm. 21, 2012) y un último artículo sobre el régimen de las fundaciones comparadas (Alemania, USA, Inglaterra, Francia e Italia) en la *Revista de Derecho público comparado* (núm. 12, 2014). Todos ellos, por otra parte, son desarrollos nuevos y actualizados del trabajo que comenzara la *La fundación, ¿una casa sin dueño?* (Iustel, 2012).

La segunda parte del libro la constituye la crónica de las Comunidades autónomas. Esta parte es mucho más que un mero recorrido panorámico. Nos encontramos con varios trabajos que son verdaderos estudios condensados del panorama legal y real de las fundaciones en tales lugares, por lo que su interés va mucho más allá del estudio local, para ser algo de interés general. De hecho contienen información sobre el sector en su ámbito local pero también sobre algunas soluciones legislativas especiales que pueden resultar de especial interés para su aplicabilidad en otros lugares. Este es el caso de Aragón, Canarias, Extremadura y Cataluña, especialmente. Se nota, indudablemente, la pluma de consagrados profesores de Derecho administrativo particularmente en todos ellos. Prácticamente en casi todos los estudios sobrevuela, además, la larga sombra de la transformación de las Cajas de Ahorros en fundaciones. Tema que, como recordará el lector, ocupó varios estudios en el Anuario de 2013 y que, desde entonces, ha sido también estudiado con brillantez y detalle (M. SALVADOR ARMENDÁRIZ, «Las fundaciones bancarias. El caso navarro», en *RJN* núm. 58 (julio-diciembre 2014; y C. ALONSO LEDESMA, «Las fundaciones bancarias», en A. EMPARANZA SOBEJANO, *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración de las fundaciones*, Marcial Pons, 2014).

Del resto del Anuario destaca, como siempre, la crónica jurisprudencial realizada por MATO PACÍN, que resulta muy útil por el esfuerzo de «albañilería jurídica» —no siempre justamente apreciada, pero no por ello menos meritoria— que supone poner en orden y clarificar las sentencias y darlas, así, a conocer de manera unívoca. Es especialmente interesante su índice analítico por temas tratados. Una vez más podemos apreciar cómo la única Sentencia del TS versa, en su temática general, sobre una fundación bancaria-Caja de Ahorro (Caja Navarra y La Caixa) y cómo otras sentencias más se dedican a problemas derivados de las fundaciones «en mano pública».

La crónica europea de GALLEGO y NAVAS ponen de relieve la definitiva defunción del Estatuto europeo de fundaciones. Se trata de un penoso suceso pues los múltiples y variados esfuerzos que las autoras ponen de relieve iban y fueron muy bien encaminados. Más aún, considero que son todavía aprovecha-

bles no solo en términos conceptuales o doctrinales, sino como mecanismos de integración filatrópica. Tales estudios y el propio borrador de Estatuto común, ponen de relieve cómo puede hablarse de la fundación como una institución que, pese a sus enormes diferencias, tiene un alma común que puede apreciarse en todos los países europeos. Pues bien, tal y como se expone, un problema de agenda política y poco compromiso sin demasiada justificación ha paralizado y herido casi mortalmente a este Proyecto. No obstante los trabajos ahí están a disposición de cualquiera. Y eso ya es mucho.

Un estudio del sector en Argentina (R. HARA) que faltara en la completa crónica iberoamericana que se realizara en el Anuario pasado de 2013. Finalmente cierra esta parte del libro la crónica de veinte y cinco años de Encuentros iberoamericanos que nos expone los principales logros y avances de este cuarto de siglo de esfuerzos comunes. Esperemos que también pueda ser el arranque del necesario estudio de legislaciones conjuntas que pueda empezar a impulsarse en el futuro para promover una sociedad civil justa, fuerte y honorable. La asistencia personal a alguno de ellos me permite señalar que bajo los aparentes problemas de sociedades tan convulsas, navega una fuerte y comprometida sociedad civil que trata de paliar los innumerables problemas sociales, económicos, políticos y de seguridad que existen y que los poderes públicos no pueden o no quiere acometer.

Toda la parte final del Anuario está dedicada a recoger los Proyectos de ley señalados y los informes correspondientes de varias instancias, generalmente muy críticas como se señaló. Contiene el borrador del Anteproyecto de Ley de fundaciones; el Informe al borrador que hiciera la Asociación Española de fundaciones; el Borrador en su 2.ª versión; el nuevo Informe de la AEF; el Anteproyecto de agosto de 2014 y, finalmente, el Dictamen del Consejo Económico y social sobre tal Anteproyecto. Es un acierto recoger en un libro todo ello a efectos de verdadera memoria histórica.

M.ª Eugenia Serrano Chamorro: «Las parejas de hecho y su marco legal», Editorial Reus. 2014. Colección Familia y Derecho. 347 pp.

por

ALBERTO LÓPEZ SOTO
Abogado. Valladolid

En este libro de reciente publicación se contempla una trayectoria de la evolución que han ido alcanzando las parejas de hecho en nuestra sociedad. Teniendo en cuenta la cantidad de uniones que se encuentran en esta situación, la dispersidad legislativa y la falta de regulación estatal al respecto, esta obra resulta de gran utilidad tanto para los expertos jurídicos en la materia que deben tratar de resolver estos temas como a la hora de aconsejar a las personas que la integran o que quieren unirse como pareja.

Es de agradecer la existencia de estos libros que ayuden a dar respuesta a los múltiples interrogantes que pueden aparecer en estas situaciones de convivencia, donde verdaderamente asesoran los expertos es: o al iniciarse una unión de pareja o en la mayoría de los casos, a la hora de la ruptura de la unión;

pues como bien dice esta autora es cuando surgen las disputas, problemas y reclamaciones.

El Tribunal Supremo ha definido las uniones *more uxorio* como una realidad social que cuando reúnen determinados requisitos —constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial— han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia. Siguiendo esta definición la autora analiza los requisitos necesarios para hablar de estas uniones, teniendo en cuenta que son muchas las terminologías utilizadas tanto legal como jurisprudencialmente, así se habla de parejas, uniones, convivencia, etc. Comparto con la autora este concepto, pues normalmente estas personas suelen llamarse «mi pareja», y son de hecho, porque conviven sin haber contraído matrimonio civil que es el eje de nuestro ordenamiento jurídico.

La estructura del libro es fácil de comprender, se estructura en dos partes: la parte primera rubricada «Entorno que rodea a las parejas de hecho» pretende enfocar y centrar el estudio de estas parejas, brevemente y con ayuda de las principales sentencias del Tribunal Constitucional ofrece un recorrido de la trayectoria histórica que han tenido estas situaciones especiales de convivencia hasta llegar a su reconocimiento estatal y autonómico, como es revelador el dato de que prácticamente todas las Comunidades Autónomas han legislado al respecto. También se contempla los requisitos necesarios para hablar de las mismas, así como la posibilidad y conveniencia de estipular entre sus miembros pactos que ayuden a una estabilidad en la pareja o traten de resolver posibles desacuerdos y disputas que surjan tras la ruptura de la misma, que será fuente de numerosos conflictos, debiendo en múltiples casos acudir a la vía judicial sobre todo reclamando indemnizaciones o perjuicios sufridos cuando no se han deslindado bien los patrimonio de ambos integrantes.

La parte segunda lleva por título «Estudios de las pretensiones más demandadas por los convivientes», explicando la autora que los problemas que se derivan de la ruptura son muy abundantes y delicados por la falta de regulación estatal y la dispersidad legislativa con tratamientos diferentes según los casos. Es por ello que se acompaña de numerosas citas jurisprudenciales para ir viendo las diversas soluciones que se han aplicado según el caso concreto, pues el tratamiento que se da no debe ser el mismo que en el caso de las parejas casadas, de hecho se rechaza la aplicación de la analogía, al entender que las partes expresamente han rechazado sus normas, cuando pudiendo casarse no lo han hecho. Los asuntos que abarca son: efectos de carácter personal como patrimonial en la ruptura de la pareja (relativos a filiación, régimen de guarda y custodia, levantamiento de cargas, etc.); el uso de mecanismos jurídicos que amparan la protección de las parejas de hecho, acudiendo a los principios generales o a la teoría del enriquecimiento sin causa; liquidación del régimen patrimonial de la convivencia, problema muy frecuente en la práctica; régimen económico, muy unido a lo anterior, pues presenta el problema de saber si los cónyuges querían tener un patrimonio conjunto o separado y son muchas las sentencias que se ocupan de este tema; compensación patrimonial, para averiguar si procede o no la pensión compensatoria y la valoración del trabajo en el hogar en caso de ruptura; atribución de la vivienda en que convivían y problemas derivados en caso de arrendamiento. Termina con una referencia a los derechos *mortis causa*, siendo el ámbito sucesorio diverso en función del tratamiento normativo autonómico. Hace una brevísima referencia a la indemnización por causa de muerte. Finalizando con una aproximación a la pensión de viudedad, tema que

a mi modo de ver ha sido la verdadera causa de la reclamación de derechos de estas parejas y que el legislador ha tenido que resolver acudiendo a una norma estatal para dar un tratamiento homogéneo a nivel nacional.

Para tratar de resolver las situaciones de conflicto surgidas, es necesario ver en primer lugar si estamos ante algunos de los tipos de unión más usados, en su conclusión tercera esta autora habla de matrimonios, pareja de hecho propiamente dicha o mera convivencia sin someterse a ningún formalismo ni cumplir ninguna exigencia legal, incluyendo en este tipo el matrimonio bajo el rito gitano o las convivencias no reconocidas por leyes, y parejas de hecho formalizadas, o lo que es lo mismo las parejas que han cumplido las exigencias legales.

La preocupación de la regulación de las parejas de hecho por parte de los legisladores autonómicos se pone de relieve a lo largo de todo este libro, pues analiza esta cuestión en primer lugar siguiendo la evolución de las distintas sentencias que se han dictado por nuestro Tribunal Constitucional al respecto, cuestionando el uso que han hecho algunas Comunidades Autónomas en base a la legislación aprobada, en base a su competencia en base reflejada en el artículo 149 CE. Contempla un epígrafe sobre la diversidad de normas aplicables en las CA y el principio de igualdad seguido de otro sobre complejidad práctica a la hora de aplicar estas leyes.

Es de alabar que el libro termine con una serie de conclusiones que ayudan a comprender la postura de esta autora, la cual comparto, aunque como bien sabemos en derecho todo es oponible siempre que se razone jurídicamente, y a lo largo de este libro vemos como hay variedad de opiniones. Hay muchos autores que critican el que no exista una normativa estatal sobre las parejas de hecho, pero esta autora cree que si no se ha hecho es porque no se puede, ya que solo existe en España una forma de unión: la matrimonial y dado que las personas son libres para casarse o no, si no se acogen a esta unión no deben exigir unos derechos y obligaciones que consciente y voluntariamente han rechazado.

El enfoque ofrecido y la redacción utilizada, así como la estructura y citas jurisprudenciales ayudan mucho a la hora de poder buscar soluciones a los supuestos prácticos que van apareciendo y demandando los interesados, por lo que resulta un manual muy útil para todos los que queramos aprender o resolver estas cuestiones.

La visión teórica y práctica de este libro resulta gratificante, pues si en nuestra jurisprudencia podemos encontrar múltiples supuestos del asunto a tratar es porque realmente se dan en nuestra sociedad. Resulta acertada su exposición y estructura recogiendo los pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo y de la DGRN con una indicación previa de su contenido. Todo trabajo que se precie debe ir acompañado de estas citas como ocurre en la presente obra.

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 0210-0444