REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCVIII • Julio-Agosto • Núm. 792

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 XCVIII • Julio-Agosto 2022 • Núm. 792

REVISTA BIMESTRAL

FECYT-177/2022
Fecha de certificación: **4ª Convocatoria (2014)**
Válido hasta: **22 de julio de 2023**

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

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

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

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Francisco Javier Gómez Gálligo
Registrador de la Propiedad adscrito
a la DGSJFP

Comisión ejecutiva

María Emilia Adán García
Decana del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Basilio Aguirre Fernández
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

Francisco Javier Gómez Gálligo
Presidente de la Revista Crítica
de Derecho Inmobiliario

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad

Secretario

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad

Consejeros

Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

José Poveda Díaz
Ex Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGSJFP

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

Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Carmen Alonso Ledesma
Catedrática Emérita de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Andrés de la Oliva Santos
Catedrático Emérito de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

Fernando de la Puente Alfaro
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGSJFP

Joaquín Delgado Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Manuel Espejo Lerdo de Tejada
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Antonio Fernández de Buján y Fernández
Catedrático de Derecho Romano
Universidad Autónoma de Madrid

María Paz García Rubio
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Santiago

Eugenio Gomeza Eleizalde
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGSJFP

Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático Emérito de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Cristina Martínez Ruiz
Registradora de la Propiedad y Mercantil

Fernando Pantaleón Prieto
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

María Ángeles Parra Lucán
Magistrada de la Sala Primera
del Tribunal Supremo
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

Juana Pulgar Ezquerra
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Encarnación Roca Trías
Magistrada del Tribunal Constitucional

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera
del Tribunal Supremo

Ignacio Tirado Martí
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Ángel Valero Fernández-Reyes
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Fátima Yáñez Vivero
Catedrática de Derecho Civil
UNED Madrid

Manuel Ballesteros Alonso
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos
Secretaria General del Consejo de Estado

Piedad García-Escudero Márquez
Catedrática de Derecho Constitucional
de la UCM y Letrada de las Cortes
Generales

Pilar Palazón Valentín
Registradora de la Propiedad y Mercantil

Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

SUMARIO / *SUMMARY*

Págs.

ESTUDIOS / *STUDIES*

BOSCH CAPDEVILA, Esteve: «La sucesión *inter vivos* en el contrato de arrendamiento» / *Succession* inter vivos *in the lease* 1937

MATEO VILLA, Íñigo: «De la fundamentación económica de los medios adecuados de resolución de controversias» / *Of the economic foundation of the adequate means of dispute resolution* 1989

TOMÁS TOMÁS, Salvador: «Reflexiones en torno a la respuesta del ordenamiento ante la insolvencia y su sanción jurídica» / *Reflections on the response of the legal system to insolvency and its legal penalty* 2037

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / *LEGISLATIVE STUDIES*

BERNAD MAINAR, Rafael: «Incidencia de la Ley 8/2021 en el derecho de obligaciones» / *Impact of Law 8/2021 on the law of obligations...* 2095

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

RUIZ-RICO ARIAS, Mª Dolores: «La renuncia anticipada a la legítima y la renuncia anticipada a la herencia y al *"ius delationis"*» / *The early renounce to the inheritance and the early renounce to the reserved portion or to the "ius delationis"* 2135

Págs.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA / *RESOLUTIONS OF THE GENERAL DIRECTORATE OF LEGAL SECURITY AND PUBLIC FAITH*

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública, coordinado por Juan José JURADO JURADO 2197

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— Responsabilidad parental y violencia de género. Examen tras de un año de vigencia de la Ley 8/2021, de 4 de junio / *Parental responsibility and gender violence. Examination after one year of effectiveness of Law 8/2021, of June 4*, por Isabel DE LA IGLESIA MONJE..... 2267

1.2. Derecho de familia:

— Hacia la igualdad de trato en el acceso a la pensión de viudedad de las parejas estables: algunas consideraciones sobre el concepto de pareja de hecho y las novedades de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones / *Towards equal treatment in access to the widow's pension for stable partners: some considerations on the concept of unmarried partners and the new features of Law 21/2021 of December 28 on guaranteeing the purchasing power of pensions,* por Mª Teresa DUPLÁ MARÍN 2291

1.3. Derechos reales:

— Vivienda, nuevas formas de tenencia y Registro de la Propiedad / *Housing, new forms of tenure and property land register*, por María GONI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA..... 2312

Págs.

1.4. Sucesiones:

— Legítima, sustitución vulgar, acrecimiento e interpretación del negocio testamentario [a propósito de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (1ª) de 18 de enero de 2022] / *Legitime, vulgar substitution, growth and interpretation of testaments (about the Resolution (1st) of the Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública of 18th January 2022)*, por Ángel JUÁREZ TORREJÓN 2330

1.5. Obligaciones

— La mora del acreedor: consecuencias y cese / *The creditor delay: consequences and cessation, por* Francisco MILLÁN SALAS..... 2352

1.6. Responsabilidad civil:

— La responsabilidad civil en la cirugía estética / *Civil Liability in Plastic Surgery,* por Esther MONTERROSO CASADO 2394

1.7. Concursal:

— La venta extrajudicial de finca hipotecada. Cuestiones sustantivas. Especial referencia a la vivienda habitual / *The extrajudicial sale of a mortgaged property. Substantive issues. Special reference to habitual residence*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS..... 2415

2. MERCANTIL:

— La inscripción de la prenda en el libro registro de acciones nominativas / *The registration of the pledge in the registry book of nominative shares*, por Francisco REDONDO TRIGO..... 2436

3. URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.

— Declaración responsable y obra nueva / *Responsible declaration and new building*, por Vicente LASO BAEZA 2447

Págs.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

La afectación de bienes en el ámbito del derecho de la persona, la familia y la sucesión. Una propuesta de regulación para el derecho español, de Sonia MARTÍN SANTISTEBAN, por César HORNERO MÉNDEZ 2461

DÉCIMO PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

Se ha fallado el Décimo Premio de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario al mejor trabajo publicado en ella por autores jóvenes durante los años 2020/2021. Dicho Premio se otorgó a D. HÉCTOR SIMÓN MORENO, por su trabajo «*La ocupación de viviendas sin título habilitante y los derechos fundamentales y humanos en conflicto*», publicado en el número 786, correspondiente a julio-agosto de 2021.

El Jurado estuvo compuesto por las siguientes personas: Presidente: Don Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Presidente a su vez del Consejo de Redacción de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario;* D. Francisco MARÍN CASTÁN; D. Celestino PARDO NÚÑEZ; así como por Don Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ, Consejero-Secretario de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* que actuó a su vez como secretario del Jurado. El premio *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* fue instituido en 2004 al mejor trabajo publicado en ella, en cualquiera de sus Secciones, por autores de edad inferior a cuarenta años.

ESTUDIOS

La sucesión *inter vivos* en el contrato de arrendamiento

Succession inter vivos in the lease

por
ESTEVE BOSCH CAPDEVILA
Catedrático de Derecho civil
Universitat Rovira i Virgili

RESUMEN: El presente estudio analiza las consecuencias que produce en el contrato de arrendamiento el cambio de titular del bien arrendado, ya sea por la enajenación del bien o por la extinción, resolución o ineficacia del derecho del arrendador. El régimen del Código Civil español parte del principio *venta quita renta*, con las únicas excepciones del pacto en contrario o que el arrendamiento esté inscrito en el Registro de la Propiedad, sin atender a la buena o mala fe del adquirente. En cambio, la legislación especial sobre arrendamientos rústicos y urbanos obliga al nuevo propietario a respetar, cuando menos, la duración legal mínima del contrato.

ABSTRACT: This paper analyzes the consequences that the change in ownership of the leased property produces in the lease contract, either due to the alienation of the property or due to the extinction, resolution or ineffectiveness of the lessor's right. The regime of the Spanish Civil Code is based on the principle of «venta quita renta», with the sole exception that the contrary had been agreed or that the lease was registered in the Land Registry, without regard to the good or bad faith of the purchaser. On the other hand, the special legislation on rural and urban leases obliges the new owner to respect, at least, the minimum legal duration of the contract.

PALABRAS CLAVE: Arrendamiento. Contratos.

KEY WORDS: Lease. Contracts.

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN.—II. LA ENAJENACIÓN DEL BIEN ARRENDADO Y LA SUBSISTENCIA DEL ARRENDAMIENTO: 1. ANTECEDENTES: *A) El origen romano de la regla venta quita renta. B) Referencia al derecho histórico de Castilla. C) Los primeros códigos:* a) Código Civil francés. b) Otros códigos de la primera mitad del siglo XIX. c) Primeros proyectos de Código Civil en España. d) Proyecto de Código Civil de 1851. e) Otros códigos latinos posteriores. f) La legislación hipotecaria. g) La redacción del Código Civil español de 1889. 2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1571 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: *A) El ámbito de aplicación de la regla del artículo 1571: ¿solamente a la compraventa o también a otras enajenaciones? B) La regla general: el derecho del comprador a «que termine el arriendo». C) Las excepciones a la regla general:* a) El pacto en contrario. b) La remisión a la Ley Hipotecaria: b') El arrendamiento inscrito podrá perjudicar a tercero: b'') Crítica. La irrelevancia de la mala fe del adquirente: b''') El arrendamiento inscrito no es un derecho real: b'''') La inscripción registral del arrendamiento fundamenta la cesión del contrato al adquirente del bien arrendado. c) La adquisición verificada por el comprador con pacto de retraer. 3. LA LEGISLACIÓN ESPECIAL EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS URBANOS: *A) Presentación. B) El régimen de la Ley 4/2013:* a) Transmisión de fincas urbanas. b) Transmisión de viviendas. c) Comparativa acerca la eficacia del arrendamiento no inscrito. d) Finca no inscrita. *C) El régimen del Real Decreto Ley 7/2019:* a) Presentación. b) La remisión al artículo 34 de la Ley Hipotecaria. c) Los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para la protección (limitada) del tercero. d) Las consecuencias de la transmisión de la vivienda arrendada si el adquirente reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. e) El pacto de extinción del arrendamiento de vivienda. 4. REFERENCIA A LEGISLACIÓN ESPECIAL SOBRE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS.—III. CAMBIO DE TITULARIDAD DEL BIEN ARRENDADO POR LA EXTINCIÓN, RESOLUCIÓN O INEFICACIA DEL DERECHO DEL ARRENDADOR: 1. PRESENTACIÓN. 2. EXTINCIÓN DEL DERECHO DEL ARRENDADOR POR SU CARÁCTER TEMPORAL. 3. EXTINCIÓN DEL DERECHO DEL ARRENDADOR POR EL EJERCICIO O LA EFECTIVIDAD DE UN DERECHO PREEXISTENTE: *A) La regla general. B) Las excepciones a la regla general*: a) La subsistencia de los arrendamientos de fincas rústicas tras el ejercicio del pacto de retroventa. b) La legislación especial de arrendamientos urbanos. 4. REVOCACIÓN O RESOLUCIÓN DEL DERECHO DEL CONSTITUYENTE. 5. LA FALTA DE TITULARIDAD DEL ARRENDADOR.—IV. APUNTE FINAL

¿UN DERECHO REAL DE ARRENDAMIENTO?: 1. Planteamiento. 2. El paralelismo con la opción y el principio de *Numerus apertus*. 3. Arrendamiento y usufructo. 4. Conclusión.—V. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS: 1. Sentencias del Tribunal Supremo. 2. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.—VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. PRESENTACIÓN

El artículo 1543 del Código Civil define el arrendamiento como el contrato en virtud del cual «una de las partes *se obliga* a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto». La naturaleza obligacional de la relación hace que el contrato de arrendamiento produzca sus efectos entre las partes que lo otorgan y sus herederos» (art. 1257.I CC)[1], pero no frente a los terceros. Resulta por ello coherente que el artículo 1571 del Código Civil establezca la regla general de que «el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta».

Sin embargo, los intereses de las partes, y en especial la protección del derecho del arrendatario, justifican que se impongan excepciones a la regla *venta quita renta*. El propio artículo 1571 contempla la salvedad del «pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria», y la legislación especial sobre arrendamientos de fincas urbanas y rústicas prevé, en determinados supuestos y dentro de unos límites, la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones del arrendador. El análisis de ambos regímenes constituye el objeto del presente trabajo, que incluye también una referencia a los casos en los que el bien arrendado cambia de titular no por su enajenación, sino por la extinción, resolución o ineficacia del derecho del arrendador.

II. LA ENAJENACIÓN DEL BIEN ARRENDADO Y LA SUBSISTENCIA DEL ARRENDAMIENTO

1. Antecedentes

La regla *venta quita renta* tiene su origen en el derecho romano, y fue recogida en el derecho histórico de Castilla. La adoptó asimismo el Código Civil español, aunque su seguimiento en los distintos textos legislativos que le precedieron distó de ser unánime; sin ir más lejos, el Proyecto de Código Civil de 1851, a semejanza de lo dispuesto en el Código Civil francés, estableció la subsistencia del arrendamiento en caso de enajenación de la

finca arrendada. Ahora bien, ni en uno ni en otro caso se trataba de reglas absolutas, sino que ambas admitieron importantes matizaciones, como a continuación se señalará.

A) El origen romano de la regla venta quita renta

El origen de la regla *venta quita renta* se suele situar en el Derecho romano, en textos de GAIO y ULPIANO, y en una Constitución de ALEJANDRO SEVERO recopilada en el Código de Justiniano 4.65.9. Este último es el texto que más claramente formula tal principio: «El comprador de un fundo no está ciertamente obligado a conservar el colono a quien el dueño anterior lo dio en arrendamiento, si no compró con esta condición. Pero si se probare que en algún pacto consintió que permaneciera en el mismo arrendamiento, aunque haya sido sin escritura, está obligado por acción de buena fe a cumplir lo que se pactó»[2]. La regla general era, por tanto, que el comprador no estaba obligado a respetar el contrato de arrendamiento, si bien admitía el pacto en contrario. Y en Digesto 19.2.25.1 GAIO disponía que «El que dio en arrendamiento a alguno un fundo para disfrutarlo, o la habitación, si por alguna causa vendiera el fundo, o la casa, debe cuidar de que también con el comprador les sea lícito al colono disfrutar, y a inquilino habitar por el mismo pacto; de otra suerte, aquel a quien se le hubiere prohibido ejercitará contra él la acción de conducción» [3]. Ambos textos muestran que, si bien se partía de la superioridad del derecho del comprador frente al del arrendatario, el vendedor debería intentar alcanzar un pacto con el nuevo propietario para que mantuviese al arrendatario en el disfrute del bien, de manera que en otro caso respondería por el incumplimiento del contrato[4].

B) Referencia al derecho histórico de Castilla

El derecho histórico castellano establecía asimismo el derecho del comprador a hacer cesar el arrendamiento[5]. La Ley 19, título 8, Partida 5 preveía las siguientes reglas principales[6]:

1.ª) Si el arrendador vendía el bien arrendado, el comprador podía desahuciar al arrendatario. A este respecto, Antonio GÓMEZ, ante la cuestión de si «an contractus locationis transeat ad emptorem, vel particularem successorem rei, tam activè, quam passivè», contestaba de manera breve y tajante que no: «Unde si dominus qui locavit rem vendidit eam alteri, non tenetur stare colono, sed poterit conductorem expellere, licet dominus, qui locavit, teneatur ad interesse, & è converso conductor potest recedere à

conductione»[7]. Por tanto, el comprador podía expulsar al arrendatario, en tanto que era quien tenía el dominio del bien, mientras que entre arrendatario y vendedor solo existía una relación de carácter personal, y por tanto era este último el único que se encontraba obligado frente al arrendatario y contra quien este podía dirigir su acción[8].

2.ª) En caso de expulsión, el arrendatario solamente tenía derecho a que le fuese devuelta la parte proporcional del precio satisfecho correspondiente al tiempo que faltaba para su conclusión[9]. MARTÍ DE EIXALÀ, SANPONTS y FERRER señalaban que el vendedor estaba obligado a pagar al arrendatario los daños e intereses, dado que «habiendo podido el vendedor salvar en el acto de la venta los derechos del colono o inquilino, justo es que le indemnice»[10].

3.ª) La regla general de que el comprador podía desahuciar al arrendatario tenía dos excepciones: que vendedor y comprador hubiesen pactado que este debería respetar el arrendamiento, y cuando el arrendamiento se hubiese pactado para toda la vida del arrendatario o «para siempre»[11]. En cuanto al pacto entre comprador y vendedor, MARTÍ DE EIXALÀ, SANPONTS y FERRER afirmaban que el colono o inquilino no podía ser despedido «aun cuando se le ofreciese la reparación de perjuicios»[12]. Y con respecto a si el arrendamiento hecho por un tiempo superior a los diez años podía equipararse al arrendamiento hecho para toda la vida, MARTÍ DE EIXALÀ, SANPONTS y FERRER expresaban sus dudas. Por una parte, si se seguía la opinión de la doctrina clásica, el colono o inquilino no podía ser despedido por el comprador, en tanto que se consideraba que «tiene derecho en la cosa»[13]; en virtud de dicho arrendamiento se entendía que se transmitía el dominio útil, salvo disposición en contrario. Pero el hecho de que en la Partida no se hiciese referencia a este plazo de diez años dejaba la duda de si los compiladores de las Partidas quisieron indicar que el tiempo no sería módico en este caso»[14].

C) Los primeros códigos

a) Código Civil francés

El artículo 1743 del Código Civil francés de 1804 estableció que «Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail». Por tanto, salvo que se hubiese pactado lo contrario, el comprador no podía desalojar al agricultor o al arrendatario que tuviese un contrato de arrendamiento auténtico o cuya fecha fuera cierta.

En la doctrina francesa hubo un debate acerca de si el arrendatario tenía un derecho personal o un derecho real. POTHIER, siguiendo la tradición jurídica francesa, afirmó la naturaleza personal del derecho del arrendatario; el contrato de arrendamiento ni transfería la propiedad, ni la posesión de la cosa, y en ello se diferenciaba del derecho del usufructuario[15]. En cambio, tras la publicación del Code, y dada la imposibilidad de desahuciar al arrendatario, TROPLONG consideró que el arrendamiento tenía naturaleza real. Señalaba TROPLONG que el artículo 1743 transformó la naturaleza del arrendamiento, que pasó de ser un derecho relativo (*ius ad rem*) a un derecho absoluto (*ius in re*). Tras una extensa argumentación, TROPLONG llegó a la conclusión de que el artículo 1743 del Código Civil francés convirtió el arrendamiento en un derecho real; afirmó que el arrendamiento ya no genera derechos puramente personales sino que, conforme a la regla de que nadie puede transmitir más derechos de los que tiene, el adquirente recibirá el bien gravado con el propio derecho de arrendamiento[16]. La opinión de TROPLONG fue fuertemente combatida por LAURENT, para quien si la intención del legislador hubiese sido que el derecho del arrendatario fuese real, así lo hubiese dicho claramente, al tratarse de un cambio radical respecto a la doctrina tradicional. Alegaba asimismo que el arrendatario podía ser desalojado si el contrato de arrendamiento era verbal, y si el arrendador se reservó el derecho a hacerlo, y concluyó afirmando que el derecho del arrendatario era personal frente a todos, excepto con respecto al comprador, en el caso y en las condiciones que determine la ley[17]. Y señalaba que la subsistencia del arrendamiento se podía explicar por dos teorías distintas, sin necesidad de tener que admitir que se trataba de un derecho real. Una primera, por la consideración de que la ley establecía una subrogación del comprador en la posición del arrendador, de manera que aquel quedaba sujeto a los derechos y obligaciones de este. Y la segunda teoría entendía que la regla del artículo 1743 no era más que una aplicación del citado principio de que el vendedor no puede transferir más derechos de los que tiene, y si el vendedor no tenía el poder de desahuciar al arrendatario, este poder tampoco lo debería tener el comprador[18].

b) Otros códigos de la primera mitad del siglo XIX

Los Códigos de los estados italianos de la primera mitad del siglo XIX siguieron la regla del artículo 1743 del Código Civil francés, y establecieron asimismo el derecho del arrendatario a seguir en el arrendamiento cuando este estaba formalizado en escritura pública o en documento privado de fecha cierta, salvo que el arrendador se hubiese reservado el derecho de resolver el contrato en caso de venta; así lo preveían el artículo 1658 del

Codice civile per gli stati de Parma, Piacenza e Guastalla de 1820, el artículo 1672 del Codice civile per gli stati Estensi (Modena e Reggio) de 1851[19], y también el artículo 1589 del Codice per lo Regno delle Due Sicilie de 1836[20].

Esta misma línea fue seguida por el Código Civil austríaco de 1811, que preveía la subsistencia del arrendamiento si había sido inscrito en un registro público y, en caso contrario, concedía al arrendatario un derecho a ser resarcido por el daño sufrido y por la pérdida de beneficios[21]. Por su parte, el Código Civil de Luisiana de 1825 era más favorable para el arrendatario, en tanto que para su protección ni siquiera exigía la certeza del arrendamiento[22].

En cambio, el Code civil du Canton de Vaud de 1820 solamente establecía la subsistencia del arrendamiento tras la enajenación del bien si así se hubiese pactado[23].

c) Primeros proyectos de Código Civil en España

Los dos primeros proyectos de Código Civil en España partieron de principios diferentes. El proyecto de Código Civil de Pablo de GOROSÁBEL de 1832 seguía en general el régimen de las Partidas. Después de establecer en el apartado primero del artículo 771 la subsistencia del arrendamiento hecho por tiempo cierto tras la muerte de arrendador o de arrendatario, decía en el apartado segundo que «Sin embargo si el propietario vendiese la cosa arrendada dentro del término del arrendamiento, podrá el comprador deshacer el contrato y expeler al arrendatario; si bien este puede reclamar contra el vendedor la indemnización de los perjuicios que tenga». Ahora bien, esta regla general, que era conforme al principio *venta quita renta*, era matizada en el artículo siguiente, que disponía que «Pero si al tiempo de otorgarse la venta se pacta que no pueda el comprador expeler al arrendatario, o se hubiese arrendado para toda la vida de este, o al tiempo del arrendamiento se expresase que no pudiese el propietario venderla durante el arrendamiento; en estos casos no tiene el comprador derecho de remover al arrendatario durante el tiempo de este».

En cambio, el Proyecto de 1836, ya de carácter oficial[24], estableció, tanto para las «fincas rurales» como para los «edificios», la obligación del adquirente de respetar el arrendamiento. El artículo 1209 preveía para las primeras que «El arrendador puede enajenar la cosa arrendada, pero el nuevo dueño no tendrá derecho para impedir al arrendatario el uso de ella hasta que se finalice el arrendamiento, a menos que al otorgarse este hubiesen pactado otra cosa los contrayentes». Para los edificios, el artículo 1221 disponía que «Vendida la finca alquilada no podrá el nuevo dueño expeler de ella a los inquilinos que paguen puntualmente hasta que expire el término del inquilinato».

d) Proyecto de Código Civil de 1851

El Proyecto de 1851 se apartó del derecho histórico de Castilla y siguió en esta materia, como en tantas otras, el Código Civil francés. La regla general era la subsistencia del arrendamiento en caso de enajenación de la finca arrendada, siempre que se pudiese acreditar la certeza del arrendamiento. El artículo 1502 reproducía prácticamente el artículo 1743 del Código Civil francés de 1804 al disponer que «Aunque se enajene la finca subsistirá el arrendamiento durante el plazo convenido, siempre que conste por escritura pública o que su fecha sea legalmente cierta, a no ser que se hubiere estipulado lo contrario».

GARCÍA GOYENA debía justificar la ruptura con el derecho histórico, por lo que hizo un análisis detallado de la cuestión[25]. En primer lugar, afirmó que tanto del derecho romano como las Partidas se fundaban «en sutilezas y en ápices de derecho rigoroso», en concreto en la naturaleza personal del derecho del arrendatario[26]. Pero, a continuación, el jurisconsulto navarro combatía dicha idea con criterios de equidad y justicia, como el principio de que nadie puede transmitir a otro más derecho que el que él mismo tiene[27]; asimismo, incorporó argumentos de tipo económico, como que la estabilidad del arrendamiento facilita el buen cultivo de la finca[28].

GARCÍA GOYENA justificaba asimismo las dos excepciones a la regla general de la subsistencia del arrendamiento. La necesidad de escritura o de fecha cierta la fundamentaba en «evitar que el nuevo propietario sufriese en sus derechos por arriendos supuestos ó simulados»; resultaba curioso, sin embargo, que no se hiciese referencia a la inscripción del arrendamiento para la producción de efectos frente a terceros, cuando el artículo 1831 del propio proyecto de 1851 establecía en su apartado quinto que también debían inscribirse en un «registro público de los derechos reales sobre los bienes inmuebles», «los arrendamientos por seis años o más y las anticipaciones de alquileres o rentas por más de un año». Y en cuanto a la posibilidad de pacto en contrario, la justificaba en que «lo especial deroga siempre á lo general, y la voluntad de las partes es la ley de los contratos».

El pacto contrario a la subsistencia del arrendamiento era objeto de una específica regulación en el artículo 1503 del Proyecto, conforme al cual «Si en el arriendo se hubiere estipulado que en el caso de enajenación pueda el nuevo adquirente desahuciar al arrendatario antes de cumplirse el término del arriendo, no se deberá indemnización de daños y perjuicios, a no ser que se hubiese pactado lo contrario»[29]. Y el artículo 1504 disponía que «En el caso de haberse estipulado la indemnización, el arrendatario no puede ser lanzado de la finca sin que se le satisfagan por el arrendador o por el nuevo dueño los daños y perjuicios». Entendía GARCÍA GOYENA que, si en el contrato de arrendamiento se hubiese estipulado la posibilidad de

desahucio sin ninguna referencia a una posible indemnización, debía presumirse que las partes no la quisieron, y que posiblemente el arrendatario ya habría obtenido por ello alguna contrapartida. Quedaba en todo caso una duda, en el caso en que el arrendatario no tuviese el derecho de continuar en el arrendamiento por no poder acreditarse su certeza; los preceptos mencionados daban a entender que no habría indemnización en este caso. Por otra parte, el artículo 1505 establecía que cuando en el contrato se hubiese pactado el desahucio del arrendatario, «si el comprador quiere usar de la facultad reservada en el contrato, debe avisar al arrendatario con la anticipación que para el desahucio fuere costumbre en el pueblo».

Finalmente, y con relación a las ventas con pacto de retroventa, en las que la propiedad del comprador es «revocable», el artículo 1506 disponía que «el comprador, con sujeción al retracto convencional, no puede usar de la facultad de desahuciar al arrendatario, hasta que haya concluido el plazo para usar del retracto».

e) Otros códigos latinos posteriores

La regla del Código Civil francés de 1804 influyó en otros códigos europeos de tradición latina, como el italiano de 1865 y el portugués de 1867, así como en el Código Civil chileno de Andrés BELLO de 1856[30]. El italiano estableció una regla similar a la mayoría de códigos de los estados italianos de la primera mitad del siglo XIX: salvo que el arrendador se hubiera reservado el derecho de resolver el arrendamiento en caso de venta, el comprador debería respetar el arrendamiento que constase en documento público o en documento privado de fecha cierta»[31]. Y el Código Civil portugués de 1867, en su artículo 1619, dispuso asimismo la regla general de la subsistencia del arrendamiento de fecha cierta[32], al igual que el Código Civil chileno[33].

f) La legislación hipotecaria

En los apartados anteriores se ha podido apreciar como la publicidad del arrendamiento se ha considerado un elemento decisivo para determinar si debe o no subsistir en caso de enajenación del bien arrendado. Por ello, la aprobación de la Ley Hipotecaria de 1861 hizo que se replanteara el régimen tradicional al respecto, al permitir la inscripción en el Registro de la Propiedad de ciertos arrendamientos, inscripción que constituía un elemento clave para que el comprador del bien arrendado se viese obligado a respetarlos[34]. El artículo 2 de la Ley Hipotecaria de 1861, en sus apartados 5.º y 6.º, establecía que en el Registro se inscribirán: «Los contratos

de arrendamiento de bienes inmuebles por un periodo que exceda de seis años», y «Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles en que se hayan anticipado las rentas de tres o más años»[35]. Y la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria señaló que la publicidad registral convertía el arrendamiento inscrito en un verdadero derecho real.

El artículo 2 de la Ley Hipotecaria fue modificado en la reforma del año 1869, que en su apartado 5.º permitió, además de la inscripción de los arrendamientos de inmuebles por seis o más años y de aquellos en que se hubiesen anticipado rentas de tres o más, aquellos arrendamientos de inmuebles «cuando, sin tener ninguna de estas condiciones, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban». Ello mereció la crítica de parte de la doctrina, que llegó a calificar dicha disposición como «contraria á los principios elementales de derecho, innecesaria, por reconocer la ley medios ordinarios para lograr el mismo objeto, y combatible hasta en el terreno utilitario en que la colocaron sus autores»[36]. La reforma de la Ley Hipotecaria de 1909 no modificó dicho precepto.

g) La redacción del Código Civil español de 1889

Los redactores del Código Civil español de 1889 se encontraron con un panorama que cabe calificar de contradictorio con relación a la cuestión de si el comprador de una finca arrendada debía respetar el arrendamiento[37]. Por una parte, si se seguía el derecho histórico castellano, el comprador podía dar por extinguido el arrendamiento, de acuerdo con la naturaleza obligacional del mismo. En cambio, si se atendía al proyecto de 1851, al Código Civil francés, y a otros códigos latinos de la época, la regla general era la subsistencia del arrendamiento cuya certeza pudiera acreditarse. Además, la publicación de la Ley Hipotecaria, que permitía la inscripción registral de ciertos arrendamientos, había de tener incidencia sobre la cuestión, influencia que empezó a hacerse patente en el artículo 7 del anteproyecto de libro IV (1885-1888), que establecía que «con relación a terceros, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad», y que fue el precedente del actual artículo 1549 del Código Civil español. La subsistencia del arrendamiento en caso de venda de la finca arrendada se reguló en el artículo 1571, que a continuación pasamos a analizar.

2. Análisis del artículo 1571 del Código Civil español

El artículo 1571 del Código Civil español establece que «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. Si el comprador usare de este derecho, el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen».

A) El ámbito de aplicación de la regla del artículo 1571: ¿solamente a la compraventa o también a otras enajenaciones?

A diferencia del Proyecto de 1851, que hablaba de «enajenación», el artículo 1571 del Código Civil español se refiere al «comprador», con lo cual la primera pregunta que surge inmediatamente es si la regla del artículo 1571 se aplica únicamente a la transmisión de la finca arrendada por un contrato de compraventa, o también a otras enajenaciones. Por la vía de la analogía no existe dificultad en aplicar dicha regla a otros contratos a título oneroso como la permuta, la dación en pago o la renta vitalicia[38]; también en el caso en que se constituya o transmita a título oneroso un derecho de usufructo[39]. Asimismo, el precepto rige tanto para las enajenaciones voluntarias como para las forzosas, como por ejemplo las que derivan del embargo de los bienes del arrendador, o de la ejecución de una hipoteca (constituida con posterioridad al arrendamiento).

Las dudas se plantean respecto a las adquisiciones a título gratuito. Mientras un sector de la doctrina las incluye, «porque tanto el donatario como el legatario, al igual que el comprador, suceden singularmente en la plenitud de los derechos sobre la cosa»[40], otros autores consideran que dichos adquirentes no deberían gozar de la protección del artículo 1571, «porque no están contemplados en su tenor literal y no concurre la necesaria identidad de razón para que les sea aplicable analógicamente»[41].

La redacción del artículo 1571 permite ambas interpretaciones. Si se atiende a criterios dogmáticos, no se encuentra razón para conceder un trato diferente al adquirente según lo sea a título oneroso o a título gratuito, dado que en ambos casos se trata de un tercero que no es parte en el contrato arrendamiento, contrato que, por tanto, salvo pacto o disposición de la ley, no le vincula. Ahora bien, el legislador podría, por razones de equidad, alterar esta regla general y conceder un trato diferente al adquirente a título gratuito. Y así lo ha hecho la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que en el artículo 562-5.1 únicamente concede el derecho a que termine el arriendo al «adquirente a título oneroso», de manera que el adquirente a título gratuito quedaría subrogado en el contrato de arrendamiento.

B) La regla general: el derecho del comprador a «que termine el arriendo»

El arrendamiento es, conforme a la regulación del Código Civil español, un contrato que constituye una relación jurídica de naturaleza personal entre arrendador y arrendatario; en consecuencia, la regla general debe ser que el contrato de arrendamiento vincula a las partes que lo concluyeron, pero no a terceros, como es el caso del comprador del bien arrendado. En virtud del contrato de arrendamiento, el arrendador *se obliga* a dar al arrendatario el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto (art. 1543 CC); por ello, si el arrendador transmite el bien arrendado ya no podrá cumplir con su obligación de proporcionar el uso de dicho bien al arrendatario. El adquirente no es parte del contrato de arrendamiento, de manera que el arrendatario no tiene ninguna acción contra él. Si el arrendador transmite el bien a un tercero incumplirá su obligación frente al arrendatario, y es a él y no al tercero a quien el arrendatario puede exigir responsabilidad. Por ello, es correcta, aunque solo sea como punto de partida, la norma del artículo 1571 del Código Civil, conforme a la cual el comprador tiene derecho a que termine el arrendamiento vigente al verificarse la venta.

Sin embargo, la regla general del artículo 1571 requiere algunas matizaciones:

1.ª. El artículo 1571 concede al comprador el «derecho a que termine» el arrendamiento. La misma expresión utiliza el artículo 562-5.1 de la Propuesta de la Asociación de Profesores[42]. La norma debe entenderse más en un sentido material que jurídico. Es decir, no es que el comprador pueda dar por finalizado el contrato de arrendamiento, dado que dicha facultad no le corresponde a él porque no es parte en el contrato. Lo que quiere decir el artículo 1571 es que el comprador puede «expulsar» al arrendatario, como afirmaba la doctrina clásica castellana[43]. El comprador no puede hacer que «termine» el contrato, sino que puede privar al arrendatario de la posesión del bien. Por la venta del bien arrendado, ni queda extinguido automáticamente el contrato de arrendamiento, ni puede extinguir dicho contrato el comprador; este contrato sigue vigente y serán arrendador y arrendatario quienes, en su caso, den por concluido dicho contrato y acuerden las consecuencias del incumplimiento del arrendador por no poder proporcionar el uso del bien.

2.ª. El comprador puede estar interesado en el mantenimiento del arrendamiento; ello requerirá, en cualquier caso, el acuerdo con el arrendatario, que podrá manifestarse de dos maneras. La primera sería la conclusión de un nuevo contrato de arrendamiento entre comprador y arrendatario. La segunda supone la cesión del contrato, y requiere un acuerdo entre vendedor y comprador y la autorización del arrendatario.

3.ª. La enajenación de la finca arrendada implica un incumplimiento del contrato de arrendamiento por parte del arrendador, quien ya no podrá proporcionar el uso del bien al arrendatario. Este incumplimiento producirá diversas consecuencias en función de si el comprador ejerce o no su derecho de expulsar al arrendatario:

a) Si el adquirente ejerce dicho derecho, el arrendatario podrá exigir la correspondiente indemnización. Así lo contempla expresamente el artículo 562-5.3 PAPDC: «El arrendatario privado del bien arrendado en virtud del ejercicio de este derecho [de que termine el arriendo] puede reclamar una indemnización de daños y perjuicios a su arrendador». Como se verá más adelante, en la legislación especial de arrendamientos urbanos la ley ya fija la cuantía de la indemnización; en los demás supuestos, si las partes no han pactado una cláusula penal, el arrendatario deberá acreditar ante el juez los daños y perjuicios que la resolución del contrato le haya producido.

b) Si el comprador está dispuesto a continuar con el arrendamiento, pero es el arrendatario quien se niega a ello, ciertamente el incumplimiento por parte del arrendador también se produce, porque el arrendatario no está obligado a aceptar un cambio de parte contractual. Ahora bien, en este caso ya será más difícil que pueda acreditar que la enajenación del bien le ha causado unos daños y perjuicios.

4.ª. Tratándose de fincas rústicas, el segundo apartado del artículo 1571 concede al arrendatario el derecho a «exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente»[44]. El artículo 1578 del Código Civil reitera este derecho para el caso de cambio de arrendatario[45]. Se trata de un derecho que se concede al arrendatario en atención a los gastos que ha realizado para la consecución de los frutos de la finca, que quedan limitados a los del año agrícola correspondiente, y no a los que se puedan producir más tarde, aunque respecto a estos podría ejercer una pretensión por enriquecimiento injustificado.

C) Las excepciones a la regla general

El artículo 1571 prevé dos excepciones a la regla general: el pacto en contrario, y «lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». Estas dos excepciones ponen de relieve que, en realidad, la regla del Código Civil español no es tan diferente a la del Proyecto de 1851, ya que en ambos casos se concede primacía al pacto, y se tiene en cuenta la publicidad, aunque en diferente medida: mientras en el Código Civil por la remisión a la Ley Hipotecaria, en el Proyecto de 1851 por la referencia a la escritura pública.

Veamos a continuación ambas excepciones, a las que debe añadirse la prevista en el artículo 1572 respecto a la adquisición hecha por el comprador con pacto de retraer.

a) El pacto en contrario

En primer lugar, el comprador no podrá poner fin al arrendamiento si existe «pacto en contrario». Los otorgantes del pacto son por una parte el comprador, que es quien tiene derecho a que termine al arriendo y que en virtud del pacto renuncia a dicho derecho. La otra parte es el vendedor / arrendador, a quien probablemente le interesará la subsistencia del arrendamiento porque de esta manera quedará exonerado de la obligación de indemnizar al arrendatario si el adquirente lo quiere dar por terminado; es por ello presumible que el comprador obtenga alguna contraprestación por su renuncia, como por ejemplo una rebaja en el precio.

El acuerdo entre vendedor y comprador para la subsistencia del arrendamiento debe ser aceptado por el arrendatario. No estamos ante una subrogación en la posición de parte contractual impuesta por la ley, sino ante una cesión del contrato de arrendamiento por parte del vendedor al comprador que requiere el consentimiento de la otra parte del contrato de arrendamiento. El arrendatario ha contratado con el arrendador, que es quien ha asumido frente a él una serie de obligaciones, y no puede ser obligado a que sea otra persona quien cumpla dichas obligaciones[46]. Esta no era la opinión de MANRESA, quien afirmaba que el arrendatario no podía impedir la subrogación, con el argumento de que el arrendatario había sido tácitamente representado por el arrendador que pactó con el comprador la subsistencia del arrendamiento[47]; sin embargo, en el Código Civil no hay ningún precepto que permita deducir tal representación. Cierto es que el interés del arrendatario será, en la mayoría de las ocasiones, la subsistencia del arrendamiento. Ahora bien, pueden existir razones perfectamente legítimas del arrendatario que justifiquen tal renuncia, como por ejemplo la desconfianza respecto al comprador; en cualquier caso, dicha renuncia debería ampararse en una justa causa, de lo contrario podría impugnarse conforme a la teoría de la prohibición del abuso del derecho (art. 7.2 CC).

En consecuencia, en caso de enajenación de la finca, la facultad de poner fin al arrendamiento la tiene el comprador, pero también el arrendatario. Por ello, para los casos en que el derecho de arrendamiento tenga un cierto valor económico, si el arrendador desea asegurarse que, en caso de transmisión del bien arrendado y consiguiente cesión (onerosa) del contrato de arrendamiento a un tercero, dicha cesión será aceptada por el arrendatario, sería conveniente que en el contrato de arrendamiento se incluyese una cláusula en

tal sentido. De esta manera, en el contrato de arrendamiento, arrendador y arrendatario podrían pactar, en previsión de que el primero enajene el bien arrendado a un tercero, tanto la cláusula en virtud de la cual el contrato de arrendamiento se extingue, con fijación o no de una indemnización, como la cláusula que obliga al arrendatario a continuar con el arrendamiento si el adquirente no quiere hacer uso del derecho que le concede el artículo 1571.

b) La remisión a la Ley Hipotecaria

El inciso final del primer apartado del artículo 1571 del Código Civil español condiciona el derecho del comprador a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta a «lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». Dicha remisión, que se ha mantenido desde la aprobación en 1889 del Código Civil español hasta la actualidad, deja abiertas ciertas dudas. Por ello, considero más acertada la norma de la Propuesta de la Asociación de Profesores, que no opta por la técnica de la remisión, sino que establece de una forma absolutamente clara que el derecho de poner fin al arriendo no procede en el caso de «inscripción del arrendamiento en el registro de bienes correspondiente»[48].

Para comprender el sentido de la remisión del artículo 1571 conviene acudir a la regulación de la Ley Hipotecaria vigente en el año en el que se aprobó el Código Civil español.

b') El arrendamiento inscrito podrá perjudicar a tercero

En el momento de la aprobación del Código Civil español, tres eran los artículos de la Ley Hipotecaria que debían tenerse en cuenta a los efectos de determinar si el comprador podía o no dar por concluido el arrendamiento. Un primer artículo permitía dar publicidad al arrendamiento mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad. El artículo 2.5 admitía la inscripción del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles en tres supuestos: cuando sea por más de seis años, cuando se hayan anticipado rentas de tres o más años, y cuando exista pacto entre las partes, sea cual sea su duración[49]. Un segundo precepto se refería a las consecuencias de la inscripción. El inciso inicial del artículo 23 establecía que: «Los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar a tercero»[50]. Y un tercer artículo aclaraba quién tenía la consideración de tercero; conforme al artículo 27, «Para los efectos de esta ley se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto ó contrato inscrito»[51].

Por tanto, la doctrina que resultaba de estos tres preceptos era que el «perjuicio» del arrendamiento con respecto a tercero, en nuestro caso el comprador, dependía de si el arrendamiento se encontraba o no inscrito en el Registro de la Propiedad: si lo estaba, el arrendamiento «perjudicaba» a terceros, y por tanto el comprador debía respetarlo[52]. Ahora bien, nótese que esta conclusión que resulta del artículo 23 de la Ley Hipotecaria, es la misma que viene establecida en el artículo 1549 del Código Civil cuando dice que: «Con relación a terceros, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad». Por tanto, la remisión del artículo 1571 podía haberse hecho perfectamente no a la Ley Hipotecaria, sino al artículo 1549 del propio Código Civil.

En definitiva, del inciso final del artículo 1571.I se deduce que es la inscripción registral lo que determina la protección del derecho del arrendatario, de manera que, si el arrendamiento no está inscrito, el adquirente podrá expulsar al arrendatario con independencia de si aquel ha adquirido a título oneroso o gratuito, ha inscrito o no su adquisición[53], o es de buena o mala fe.

b'') Crítica. La irrelevancia de la mala fe del adquirente

La regla del artículo 1571 es susceptible de crítica. Desde un punto de vista de *lege ferenda,* para discernir, a falta de pacto, la cuestión de la subsistencia o no del arrendamiento cuando el arrendador transmite el bien arrendado a un tercero, cabrían dos puntos de partida:

a) En primer lugar, se podría exigir al arrendatario algún determinado requisito para su protección, requisito que en concreto sería la inscripción de su derecho. De esta manera, la regla general al respecto sería la extinción del arrendamiento en caso de transmisión del bien arrendado a un tercero, salvo en el caso en que el arrendatario hubiese inscrito el arrendamiento. Esta es la fórmula que adopta el artículo 1571.

b) Pero también cabría partir de la regla contraria, es decir, de la subsistencia del arrendamiento, salvo que en el adquirente concurriesen ciertos requisitos. Este sistema ha sido adoptado, con matices como veremos, por el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que para la protección (limitada) del adquirente exige que en él concurran los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

El régimen del Código Civil español es, desde un punto de vista dogmático, posiblemente el más correcto. Parte de la base de que el arrendamiento es un derecho de naturaleza personal, por lo cual la regla general debe ser que produce efectos entre las partes, y no frente a terceros; la excepción viene dada

por la inscripción registral, que permite la eficacia del arrendamiento frente a terceros, en los términos que señalaremos en el siguiente apartado. Ahora bien, dicho régimen conduce a la consecuencia de que, si el arrendamiento no está inscrito, su subsistencia queda en manos del adquirente, que conforme al artículo 1571 lo puede extinguir, ya sea de buena o de mala fe, es decir, tanto si conoce o puede razonablemente conocer su existencia, como si no. Ello resulta contradictorio. Si es la publicidad del arrendamiento —publicidad conseguida mediante la inscripción registral— lo que hace que el arrendamiento deba ser respetado por el tercero adquirente, el conocimiento por parte de este de su existencia, aunque no exista inscripción, debería conducir a las mismas consecuencias; por el contrario, subyace en el artículo 1571 una idea de «castigo» al arrendatario que no ha acudido a la protección que le brinda el Registro.

La Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil va en esta línea. El artículo 562-5.1 establece que el adquirente no tiene derecho a que termine el arriendo «si ha tenido conocimiento, al tiempo de la enajenación, del arrendamiento». Y lo cierto es que, en realidad, es difícil que el adquirente no lo conozca. Aunque no se encuentre inscrito en el registro correspondiente, el transmitente presumiblemente advertirá al adquirente de la existencia del arrendamiento; lo contrario implicaría mala fe por su parte, y le acarrearía la obligación de indemnizar al arrendatario si el adquirente pusiese fin al arrendamiento. Además, incluso en el caso en que el transmitente no hiciese dicha advertencia, la visibilidad posesoria del derecho del arrendatario supondría, o bien su conocimiento efectivo por el adquirente, o que su desconocimiento fuese inexcusable, salvo en casos muy puntuales (por ejemplo, que el arrendador aún no hubiese puesto el bien a disposición del arrendatario, o cuando este no utiliza el bien[54]).

b''') El arrendamiento inscrito no es un derecho real

La regla del artículo 1571, que como se acaba de señalar establece la subsistencia del arrendamiento en caso de inscripción, pero no en el caso de conocimiento y por tanto mala fe del adquirente, podría tener su explicación en la consideración de que la inscripción registral confiere naturaleza real al arrendamiento, y en consecuencia eficacia frente a terceros.

La naturaleza real del arrendamiento inscrito fue mencionada expresamente en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, que señalaba que «los arrendamientos de que se había tomado razón en los registros de Hipoteca […] en ellos ha establecido implícitamente un verdadero derecho real»[55]. Y ya los primeros comentaristas del Código se abonaron a esta idea. MANRESA consideraba que «cuando se trata de un arrendamiento inscrito en el Registro de la Propiedad, se trata de un derecho real que, por

virtud de su inscripción, surte efecto contra tercero. El comprador, como tal tercero, tiene que estar y pasar por él, y, por lo tanto, no le asistirá el derecho a que el arrendamiento termine»[56]. Y MUCIUS SCAEVOLA señalaba que «la Ley Hipotecaria reconoce en el artículo 2.º no implícita, sino explícitamente el carácter esencialmente real del arrendamiento»[57]. Entre la doctrina más moderna[58], DÍEZ PICAZO afirma que «[…] en el Derecho común de arrendamientos, tal y como se encuentra recogido en el Código Civil, el derecho arrendaticio es un derecho personal o de crédito que solo *adquiere la consideración de derecho real o eficacia erga omnes cuando se inscribe en el Registro de la Propiedad*»[59]. La jurisprudencia tampoco ha sido ajena a esta teoría: la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de noviembre de 1992 *(RJ* 1992, 9494) declaró que el arrendamiento «con la inscripción, va a tener ciertos efectos de derecho real de goce general». Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1990 *(RJ* 1990, 1737) afirmó que, si bien el arrendamiento es, por norma general, un acto de administración «ello quiebra cuando o bien por la naturaleza de la cosa o bien, como en el presente caso, por el largo tiempo que para su donación se estipule, 8 años, en el contrato, puede constituir un derecho real a favor del arrendatario inscribible en el Registro de la Propiedad (art. 2, núm. 5.º LH)»[60].

Ahora bien, de igual manera que la inscripción registral no es indispensable para que un derecho tenga naturaleza real —por ejemplo, en el caso del usufructo—, la inscripción en el registro no tiene por sí sola la virtud de convertir un derecho personal en un derecho real, sino que es la constitución como derecho real lo que le confiere tal naturaleza. Era clara en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 9 de octubre de 1987 *(RJ* 1987, 6928), que afirmó que mediante la inscripción «un derecho personal puede tener efectos frente a terceros», pero a continuación matizó que dicha inscripción no posee «la virtud de transmutar, convirtiendo a los personales en reales, la naturaleza de los derechos, ya que no se tiene un poder directo sobre la cosa, sino únicamente la facultad de exigir del sujeto pasivo el necesario comportamiento para que el contrato prefigurado sea llevado a su consumación».

b'''') La inscripción registral del arrendamiento fundamenta la cesión del contrato al adquirente del bien arrendado

En los que casos en los que, debido a su inscripción en el Registro de la Propiedad, el arrendamiento subsiste tras la transmisión del bien arrendado a un tercero, se plantea la cuestión del mecanismo jurídico a través del cual se produce dicha continuidad. Si, como se acaba de señalar, se

parte de la naturaleza personal del derecho del arrendatario, dos podrían ser las alternativas.

Una primera posibilidad, seguramente la más ortodoxa desde un punto dogmático, pero a la vez la menos deseable desde un punto de vista práctico, permitiría al arrendatario resolver la enajenación para que el bien volviese al vendedor / arrendador y este pudiera cumplir el contrato de arrendamiento. La inscripción registral hace oponible al tercero el contrato de arrendamiento[61], pero en ningún caso determina que el tercero deba asumir la posición de parte contractual en dicho contrato. Con la inscripción se advierte al tercero de que existe un contrato de arrendamiento que el arrendatario tiene derecho a que se mantenga, y que para ello se podría resolver la adquisición verificada por el comprador si no se encuentra otra fórmula que se ajuste a sus intereses.

El segundo mecanismo que tiene el arrendatario para continuar en el contrato de arrendamiento es que se produzca una subrogación del adquirente en la posición jurídica del arrendador. Subsistiría el mismo contrato de arrendamiento, en el cual cambiaría únicamente la persona del arrendador. Obviamente, esta solución es mucho más ajustada a los intereses del tráfico económico, y es la que contempla la Ley de Arrendamientos Urbanos en caso de transmisión de la vivienda arrendada, en la que el cambio subjetivo en la persona del arrendador se produce por la subrogación *ex lege* del adquirente en el contrato de arrendamiento[62]. Del tenor literal del artículo 1571 no se desprende, en cambio, el establecimiento de una subrogación *ex lege* del adquirente en el contrato de arrendamiento, pero es posible entender que se produce una cesión del contrato *ex voluntate*, basada en el hecho de la inscripción registral del arrendamiento, inscripción que permite presumir la conformidad de las partes a la subrogación. Cuando el arrendatario inscribe su derecho, está asumiendo tácitamente que se pueda producir la subrogación del adquirente en la posición jurídica del arrendador; por la inscripción, el arrendatario no solamente hace eficaz su derecho a terceros, sino que además consiente un cambio de arrendador, es decir, admite que le es indiferente quién es el arrendador. Por su parte, la conformidad en la subrogación por parte del antiguo y del nuevo arrendador se produce con la suscripción del contrato transmisivo del dominio; el adquirente ya conoce por la inscripción registral la existencia del arrendamiento, y que este subsistirá cuando adquiera el bien, de manera que cuando concluye el contrato transmisivo asume su subrogación en los derechos y obligaciones del arrendador.

c) La adquisición verificada por el comprador con pacto de retraer

El artículo 1572 del Código Civil establece: «El comprador con pacto de retraer no puede usar de la facultad de desahuciar al arrendatario hasta

que haya concluido el plazo para usar del retracto»[63], plazo que podrá llegar hasta los diez años, conforme al artículo 1508.II. El carácter «revocable», en palabras de MANRESA[64], o temporal según SCAEVOLA[65], de la adquisición del comprador[66], le impide hacer uso del derecho de poner fin al arrendamiento que le reconoce el artículo 1571. La norma es, como decíamos, una excepción a la regla general de que, si el arrendamiento no está inscrito, el adquirente puede extinguir el arrendamiento. Se justifica no tanto en una posible mala fe por parte del adquirente —este puede ignorar la existencia del arrendamiento— sino en la «amenaza» que pesa sobre su adquisición[67]. En cualquier caso, si el arrendamiento estaba inscrito, el comprador no podrá desahuciar al arrendatario, aunque haya transcurrido el plazo para ejercer el retracto convencional.

El artículo 1520 del Código Civil no se refiere al caso en que sea el comprador con pacto de retroventa quien haya arrendado el bien; a este precepto nos referiremos más adelante, dentro del epígrafe dedicado a la resolución del derecho del arrendador[68].

3. La legislación especial en materia de arrendamientos urbanos

A) Presentación

La cuestión de si el adquirente debe respetar o no el arrendamiento concertado por el transmitente alcanza su mayor relevancia cuando se trata de arrendamientos de fincas urbanas y rústicas sujetos a una legislación especial. Ya de entrada es fácil intuir que, al tratarse esta de una normativa protectora del arrendatario, la regla general será la subsistencia del arrendamiento, salvo que en el adquirente concurran ciertas circunstancias. Y, efectivamente, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU), estableció en el artículo 14 que «El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria»[69]. Por tanto, el adquirente debía respetar el arrendamiento durante un cierto plazo, con independencia de si estaba o no inscrito y de si era de buena o de mala fe.

La materia ha sido objeto de sucesivas reformas, entre ellas y como más importantes la de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, y la del Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda.

B) El régimen de la Ley 4/2013

La Ley 4/2013 reguló la subrogación del adquirente en el contrato de arrendamiento en los artículos 7.2 y 14.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, preceptos que establecían un régimen que difería tanto entre estos dos preceptos como respecto al del Código Civil.

a) Transmisión de fincas urbanas

El artículo 7.2 regulaba la transmisión de fincas urbanas arrendadas y dispuso que «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»[70]. El precepto, que fue fuertemente criticado por la doctrina[71], restringía respecto a las fincas urbanas el régimen de protección del adquirente del artículo 1549 del Código Civil, al limitar la no producción de efectos del arrendamiento no inscrito a los terceros adquirentes «que hayan inscrito su derecho»; es decir, *a sensu contrario* debía entenderse que, aun cuando no estuviese inscrito, el arrendamiento producía efectos frente a los terceros que no hubieren inscrito su derecho.

b) Transmisión de viviendas

El artículo 14.1 regulaba la subrogación o no del adquirente en caso de transmisión de la vivienda y estableció lo siguiente: «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 por 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»[72]. La norma modificaba el régimen anterior que establecía la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones del arrendador durante los primeros cinco años de vigencia del contrato, con independencia de si el arrendamiento estaba o no inscrito y de si en el tercero concurrían o no los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria[73]. Y se apartaba del artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos al dar a entender, *a sensu* contrario, que si el arrendamiento no estaba inscrito, al adquirente, para quedar protegido, no le bastaba con inscribir su derecho como establecía el artículo 7.2, sino que debía reunir los restantes requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria[74]. La norma, si bien podía encontrar su justificación

en la concesión de una mayor protección al arrendatario de vivienda, era contradictoria, al referirse al adquirente que reuniera los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria estando inscrito el arrendamiento, cuando, si existía tal inscripción, el adquirente ya no podía ser de buena fe y cumplir por tanto los requisitos del artículo 34, ya que la inscripción determina el conocimiento o la posibilidad de conocimiento de la existencia del arrendamiento[75]. Lo que el precepto quería decir en realidad es que, si el arrendamiento no estaba inscrito, el adquirente no estaba obligado a respetarlo si reunía los requisitos del artículo 34.

Por otro lado, es cuestionable la remisión al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, precepto que no trata de la inoponibilidad de lo no inscrito, sino de la adquisición de una titularidad inatacable; a ello nos referiremos más adelante[76].

c) Comparativa acerca la eficacia del arrendamiento no inscrito

Conforme a lo que se acaba de señalar, la protección al adquirente de una finca arrendada en la que el arrendamiento no se encontraba inscrito en el Registro de la Propiedad variaba, respecto al régimen general, en función si se trataba de una finca urbana o de una vivienda:

— conforme al régimen general del Código Civil, el adquirente no estará obligado a respetar el arrendamiento (arts. 1549 y 1571 CC), sea de buena o mala fe, haya o no inscrito su derecho, reúna o no los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.
— si el arrendamiento recae sobre una finca urbana, el adquirente no estará obligado a respetar el arrendamiento siempre que haya inscrito su derecho (art. 7.2 LAU).
— y si se trata de un arrendamiento de vivienda, para que el adquirente quede protegido no solamente debe haber inscrito su derecho, sino que además debe reunir los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (art. 14.1 LAU).

d) Finca no inscrita

Si la finca no estaba inscrita, el segundo y último apartado del artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos concedía al adquirente la facultad de poner fin al arrendamiento. El precepto establecía que «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 arrenda-

tario podrá exigir que se le deje continuar durante tres meses, desde que el adquirente le notifique fehacientemente su propósito, durante los cuales deberá satisfacer la renta y demás cantidades que se devenguen al adquirente. Podrá exigir, además, al vendedor, que le indemnice los daños y perjuicios que se le causen».

C) El régimen del Real Decreto Ley 7/2019

a) Presentación

El Real Decreto Ley 7/2019 establece un régimen más claro y protector para el arrendatario que el de la Ley 4/2013, regresando en líneas generales al régimen anterior a la reforma de 2013. Si se trata de un arrendamiento de finca urbana para uso distinto de vivienda, el artículo 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece que «El adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria»; por tanto, para que el adquirente pueda poner fin al arrendamiento, no basta la inscripción de su derecho, sino que debe reunir los requisitos que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria establece para gozar de la protección de la fe pública registral. Y, si el arrendamiento es de vivienda, el artículo 14 prevé que al arrendatario de vivienda se le deberá respetar en todo caso la duración legal mínima del contrato de arrendamiento (cinco o siete años)[77], incluso en el caso en que arrendador y arrendatario hayan pactado que la enajenación de la vivienda extinguiría el arrendamiento; si el contrato tenía fijado un plazo superior de duración, el adquirente podrá dar por finalizado el arrendamiento transcurrido el plazo legal mínimo siempre que «concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria», y deberá indemnizar al arrendatario por el tiempo que falte de contrato.

El planteamiento de los artículos 14 y 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es, en consecuencia, radicalmente diferente al del Código Civil español. Este parte del derecho del adquirente de poner fin al arrendamiento, que solo subsistirá si así se ha pactado o si el arrendatario ha inscrito su derecho en el Registro. En cambio, la LAU establece la regla general de la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones del arrendador. La mayor o menor protección del arrendatario estará en función de si el adquirente cumple o no determinados requisitos, alguno de los cuales depende del propio arrendatario. Si este ha inscrito su derecho, el adquirente deberá respetar toda la duración pactada del arrendamiento. Si no lo ha inscrito, tratándose de un arrendamiento de vivienda se le respeta en cualquier caso la duración legal mínima, e incluso toda la duración pactada si

el adquirente no cumple los requisitos establecidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria; sigue diciendo el artículo 14 que «Si la duración pactada fuera superior a cinco años, o superior a siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada, salvo que concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En este caso, el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, o siete años en caso de persona jurídica […]».

b) La remisión al artículo 34 de la Ley Hipotecaria

La remisión al artículo 34 de la Ley Hipotecaria no es la más adecuada. Con independencia de si los requisitos exigidos por dicho precepto para la protección del tercer adquirente son oportunos o no, la subsistencia del arrendamiento es un tema de oponibilidad, que debería resolverse conforme al artículo 32 de la misma Ley: el derecho es oponible o no a tercero en función de si está inscrito o no. Cierto es que, en realidad, los efectos que la Ley prevé para la protección del arrendatario van más allá de la oponibilidad, al establecerse la subrogación del adquirente en el contrato de arrendamiento. Pero, en cualquier caso, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria de lo que trata es de las consecuencias frente al tercer adquirente de la anulación o resolución del derecho del otorgante[78]. Así lo pone de manifiesto, de manera clara, la doctrina: «La exigencia de que el adquirente reúna los requisitos del artículo 34 LH supone hacer uso, para saber cuándo el arrendamiento no es oponible a tercero, de criterios establecidos por la LH para resolver un conjunto de situaciones alejadas del problema de la oponibilidad. Desde esta perspectiva, el recurso al artículo 34 LH se revela, en un juicio benévolo, como abiertamente inapropiado»[79].

c) Los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para la protección (limitada) del tercero

El primer apartado del artículo 34 de la Ley Hipotecaria establece que «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro». Una vez afirmado que la remisión a dicho precepto es dogmáticamente incorrecta, veamos si los cuatro requisitos previstos en dicho precepto —buena fe, adquisición a título oneroso,

titularidad registral del transmitente e inscripción de su adquisición—, son o no adecuados para la protección (limitada) del adquirente[80].

La buena fe del tercer adquirente a la que hace referencia el artículo 34 consiste en la creencia de que el titular registral es el verdadero titular del bien y que tiene poder de disposición[81]. Este concepto de buena fe, aplicado al adquirente de una vivienda arrendada, significa su desconocimiento de la existencia del arrendamiento. En consecuencia, el adquirente será de mala fe y, por tanto, el arrendatario tendrá derecho a que se le respete el arrendamiento durante todo el plazo pactado, cuando el arrendamiento esté inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que como sabemos permite el artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria. También habrá mala fe por parte del adquirente cuando, a pesar de no estar inscrito el arrendamiento, conozca o pueda razonablemente conocer que la vivienda está arrendada. Lo usual es que el adquirente conozca la existencia del arrendamiento porque así se lo haya hecho saber el transmitente. Es un deber del vendedor advertir de tal situación al comprador; el artículo 25.5 de la LAU establece que «cuando la vivienda no estuviese arrendada, para que sea inscribible la adquisición deberá el vendedor declararlo así en la escritura, bajo la pena de falsedad en documento público». Y, aunque el vendedor no hiciese tal advertencia, un comprador mínimamente diligente debiera percatarse de si la vivienda está o no arrendada. Por ello, en la inmensa mayoría de los casos, el comprador no será de buena fe, de manera que el arrendamiento subsistirá por todo el plazo establecido.

Si el adquirente es de buena fe, la remisión al artículo 34 de la Ley Hipotecaria hace que para su protección se exijan tres requisitos más. El primero es que la adquisición sea a título oneroso; si es a título gratuito, el adquirente tendrá la misma protección que tenía su causante o transferente. Se considera que el adquirente a título gratuito, que no realiza ningún sacrificio patrimonial, merece una menor protección.

Los otros dos requisitos que exige el artículo 34 son de más difícil justificación con respecto al caso que nos ocupa. Uno de ellos es la constancia registral de la titularidad y de las facultades del disponente. De ello resulta que, si el arrendamiento no está inscrito sencillamente porque la finca tampoco lo está —o porqué, estando la finca inscrita, el arrendador / vendedor no inscribió su adquisición—, el adquirente no quedará protegido. El fundamento de dicha exigencia se encuentra en que en este caso el adquirente no ha confiado en lo que publica el Registro. Finalmente, el adquirente debe inscribir su adquisición; nuevamente estamos ante un requisito que puede tener su razón de ser cuando se trata de discernir la titularidad del bien, no en cambio cuando se trata de determinar si el arrendamiento debe ser oponible o no al adquirente.

d) Las consecuencias de la transmisión de la vivienda arrendada si el adquirente reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria

Si el adquirente reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, puede poner fin al arriendo si este es para uso distinto de vivienda. En cambio, si se trata de un arrendamiento de vivienda, el segundo apartado del artículo 14 de la LAU establece que «el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, o siete años en caso de persona jurídica». Por tanto, el arrendamiento queda reducido a la duración legal mínima.

Como contrapartida por dicha reducción, el arrendatario tendrá derecho a ser indemnizado por el incumplimiento contractual del arrendador con «una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo citado de cinco años, o siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica, reste por cumplir». Esta última regla requiere una serie de puntualizaciones:

1.ª) Para los periodos que resten por cumplir inferiores a un año cabe entender que se deberá abonar la parte proporcional.

2.ª) La cuantía de la indemnización viene fijada por la ley, con independencia de los daños y perjuicios efectivamente producidos; por tanto, el arrendador ya conoce *a priori* el coste de su incumplimiento. Ello tiene la ventaja, para el arrendatario que pretende reclamar una indemnización, de que se le exime de probar los daños efectivamente producidos por el incumplimiento[82]. Pero, en cambio, le supone el inconveniente de que, si los perjuicios que sufre son de una cuantía superior —por ejemplo, el arrendatario suscribe un nuevo contrato de arrendamiento con una renta muy superior a la que estaba pagando—, no podrá exigir que se le indemnice por el mayor perjuicio experimentado; cierto es que la literalidad del artículo 14 no excluye que pueda reclamar una indemnización por los mayores perjuicios producidos, pero el precepto fija la cuantía de la indemnización sin establecer ninguna salvedad al respecto, no debiéndose olvidar además que el adquirente reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y por tanto es de buena fe.

3.ª) La medida de la indemnización se determina por la «renta en vigor». Por un lado, se considera la «renta» en sentido estricto, no las otras cantidades de las que eventualmente se pueda hacer cargo el arrendatario, ya sean a su cargo, como los suministros de agua o luz, ya sean a cargo del arrendador pero abonadas por el arrendatario, como el Impuesto de Bienes Inmuebles. Y, por otra parte, se trata de la renta «en vigor», por tanto, ni la renta inicial, ni la que correspondería a alguno de los años que quedasen por cumplir, sino la renta vigente en el momento en que el adquirente da

por concluido el arrendamiento por haber transcurrido la duración legal mínima del contrato.

Por último, se plantea la cuestión de si dicha norma indemnizatoria admite pacto en contrario. Conforme al artículo 6 de la LAU, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice, son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas sobre arrendamiento de vivienda. En consecuencia, habrá que discernir, caso por caso, si el pacto en cuestión es perjudicial o no para el arrendatario. Se debería admitir, por ejemplo, el pacto que confiriese al arrendatario una indemnización superior, con o sin acreditación de los perjuicios efectivamente sufridos[83]. En cambio, no son admisibles los pactos que excluyan la indemnización, los que fijen una cuantía inferior, y los que exijan la prueba del perjuicio sufrido para poder reclamarla.

e) El pacto de extinción del arrendamiento de vivienda

El último apartado del artículo 14 de la LAU establece que «cuando las partes hayan estipulado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento, el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, o siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica». Se trata de un pacto que se concluye entre las partes que suscriben el contrato de arrendamiento, es decir, entre arrendador y arrendatario; el adquirente es ajeno a dicho pacto, por lo cual es indiferente que reúna o no los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

El pacto es en principio perjudicial para el arrendatario, al prever la posible extinción anticipada del arrendamiento y sin derecho a indemnización[84], por lo que, conforme al artículo 6 de la LAU, debería ser nulo. Sin embargo, el artículo 14.III no establece su nulidad, sino que lo que hace es limitar su eficacia: el arrendatario tendrá derecho a seguir en el arrendamiento durante el plazo de duración legal mínima del contrato.

4. Referencia a la legislación especial sobre arrendamientos rústicos

En materia de arrendamientos rústicos, se prevén igualmente una serie de normas protectoras para el arrendatario en caso de enajenación de la finca arrendada. La Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos establece, en su artículo 22.1, que: «El adquirente de la finca, aun

cuando estuviese amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador, y deberá respetar el plazo que reste de la duración mínima del contrato prevista en el artículo 12 o la de la prórroga tácita que esté en curso si se trata del tercero hipotecario, mientras que en los demás casos deberá respetar la duración total pactada». Se trata, por tanto, de un régimen similar al de la LAU: el adquirente deberá respetar el plazo de duración legal mínima, o la duración total pactada, según reúna o no los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Al no preverse, a diferencia del artículo 14.II de la LAU, ninguna regla indemnizatoria, el arrendatario deberá probar los perjuicios producidos por la resolución anticipada del contrato si pretende reclamar alguna indemnización[85].

III. CAMBIO DE TITULARIDAD DEL BIEN ARRENDADO POR LA EXTINCIÓN, RESOLUCIÓN O INEFICACIA DEL DERECHO DEL ARRENDADOR

1. Presentación

En el apartado II de este trabajo se han analizado las consecuencias que produce en el contrato de arrendamiento la enajenación del bien arrendado. El cambio de titularidad del bien se produce por la voluntad del titular, que enajena el bien sobre el cual había constituido con anterioridad un contrato de arrendamiento.

Existen sin embargo otros casos en los que el cambio en la titularidad del bien arrendado obedece a causas o situaciones preexistentes a la constitución del propio derecho de arrendamiento y, en algunos casos, ajenas a la voluntad del arrendador. La casuística es muy variada, en tanto que el cambio de titular puede derivar tanto de la propia naturaleza del derecho —por ejemplo, su carácter temporal—, como por la efectividad de un derecho preexistente —entre otros, el ejercicio de un opción de compra o la ejecución de una hipoteca—, o por la revocación o resolución del derecho del constituyente —sería el caso de la revocación de la donación del bien arrendado, o la resolución de la adquisición del bien por cumplimiento de la condición resolutoria—.

Algunos códigos ofrecen una solución a todos estos supuestos. El artículo 1958 del Código Civil chileno establece la regla general de la extinción del arrendamiento al extinguirse el derecho del arrendador: «Extinguiéndose el derecho del arrendador sobre la cosa arrendada, por una causa independiente de su voluntad, expirará el arrendamiento aun antes de cumplirse el tiempo que para su duración se hubiere estipulado»[86]. Y si la extinción tiene

lugar por culpa del arrendador, como por ejemplo por impago del precio de la venta, estará obligado a indemnizar al arrendatario[87]. Este régimen ha sido reproducido en otros códigos latinoamericanos herederos del código chileno, como por ejemplo el Código Civil colombiano, artículos 2016 y siguientes.

El Código Civil español no contiene, en cambio, ninguna norma general al respecto, aunque sí algunas reglas particulares para casos concretos. El punto de partida debe ser, en cualquier caso, la extinción del arrendamiento por la extinción del derecho del arrendador. Si el artículo 1571 parte de la regla *venta quita renta* a pesar de ser la enajenación voluntaria y anterior el derecho del arrendatario al del adquirente, parece lógico considerar que la regla general debiera ser que el arrendamiento se extingue si el derecho del arrendador se resuelve por causas ajenas a su voluntad y preexistentes. Esta regla general solamente debería quedar excepcionada por la especial protección conferida al arrendatario en los arrendamientos urbanos y rústicos y, en cuanto a los regidos por el Código Civil, por el principio del respeto a la buena fe, aunque, como ya se ha señalado, el artículo 1571 prescinde de cualquier referencia a la misma.

2. Extinción del derecho del arrendador por su carácter temporal

El derecho del arrendador sobre el bien arrendado puede ser de carácter temporal, lo que tiene lugar cuando el arrendamiento lo constituye un usufructuario, un enfiteuta, o un propietario temporal (denominación que incluye los casos en los que el arrendador es un superficiario, un legatario o donatario a plazo, un fiduciario sujeto a plazo, o un propietario temporal en los términos de los artículos 547-1 y siguientes del Código Civil de Cataluña).

Conforme al principio *resolutus iuris concedentis resolvitur ius concessum,* nadie puede disponer de más derechos de los que tiene. En consecuencia, si bien el titular temporal de un bien puede arrendarlo, el arrendamiento se extinguirá al extinguirse su derecho. Este principio general viene recogido en el artículo 480 del Código Civil: «Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito; pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario [como por ejemplo un arrendamiento] se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola».

La legislación especial arrendaticia es asimismo clara al respecto: el arrendamiento se extingue al llegar el plazo. El artículo 13.2 de la LAU establece que «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». Y el artículo 10.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos (LAR) dispone que «Los arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios, enfiteutas y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre la finca o la explotación se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador, salvo que no haya terminado el año agrícola, en cuyo caso subsistirán hasta que este concluya». Por tanto, y a diferencia de lo que ocurre en caso de enajenación de la finca arrendada y en otros supuestos de extinción del derecho del arrendador, el arrendatario no tiene siquiera el derecho a que se le respete el tiempo de duración legal mínima del arrendamiento.

La duración del derecho del arrendador sobre el bien arrendado puede ser cierta o incierta. Lo más habitual será que, si se conoce tal duración, el arrendador no concluya un arrendamiento por más tiempo del que le permita su derecho. Una extinción anticipada del contrato de arrendamiento es más verosímil que se produzca cuando la duración del derecho del arrendador sea incierta, como ocurrirá, por ejemplo, si el arrendamiento lo constituye el titular de un usufructo de carácter vitalicio. Ni la LAU ni la LAR tienen en consideración, como se ha señalado, tal circunstancia, y parten de la base de que la duración vitalicia del derecho constituye una «amenaza» explícita sobre el derecho del arrendador de suficiente entidad para que el arrendamiento se extinga si la amenaza se hace realidad. Ahora bien, considero que no hubiese sido incoherente adoptar la regla contraria. Téngase en cuenta que, como se verá más adelante, cuando el derecho del arrendador se extinga ya no por su carácter temporal, sino por el ejercicio o la efectividad de un derecho preexistente, el arrendamiento no se extingue, sino que el arrendatario tiene derecho a seguir en el arrendamiento hasta la finalización del periodo de duración legal mínima.

La ley utiliza los términos «se extinguirán» (art. 13.2 LAU) y «se resolverán» (arts. 480 CC y 10.1 LAR), expresiones distintas de la del artículo 1571 del Código Civil (el comprador «tiene derecho a que termine el arriendo»). Dichos términos dan a entender que, llegado el plazo, la extinción del arrendamiento es automática. Se trata de la consecuencia más congruente con el mencionado principio *resolutus iuris concedentis resolvitur ius concessum*. Sin embargo, apunta la doctrina[88], el interés de las partes aconseja no interpretar literalmente dichos preceptos y considerar, como hace el artículo 1571, que lo que dichas normas establecen es una habilitación al nuevo titular para dar por finalizado el arrendamiento. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1995 (*RJ* 1995, 1108) interpretó los artículos 480 del Código Civil y el anterior artículo 13 de la LAR en el sentido de que «en ellos no se contempla la extinción del contrato de arrendamiento como consecuencia forzosa del fallecimiento del arrendador usufructuario,

sino la posibilidad de resolverse el contrato por parte de quien adquiera el usufructo de la cosa arrendada»[89]. En cualquier caso, el nuevo titular siempre puede concertar un nuevo contrato de arrendamiento con el arrendatario.

El efecto extintivo se produce con independencia de si el arrendatario ha inscrito o no su derecho, o de si es de buena o de mala fe. La buena fe del arrendatario —es decir, la creencia fundamentada de que la vigencia del arrendamiento no excede del plazo de duración del derecho del arrendador, o su ignorancia respecto al carácter temporalmente limitado del derecho del arrendador—, no perjudica al nuevo titular del bien. A diferencia de otros supuestos en los que tanto la LAU como la LAR establecen que al arrendatario se le debe respetar la duración legal mínima del contrato de arrendamiento, las legislaciones especiales protegen al titular del bien antes que al arrendatario, incluso si este es de buena fe, quien en todo caso debería ser indemnizado, en su caso, por al arrendador que ha ocultado dicha circunstancia[90].

Si el arrendatario quisiera asegurarse de que se le respetará toda la duración pactada del arrendamiento, debería recabar el consentimiento del propietario del bien o del titular sucesivo al suscribir el contrato de arrendamiento. Así lo establece el inciso final del artículo 10 de la LAR: «También podrán subsistir durante el tiempo concertado en el contrato, cuando este exceda de la duración de aquellos derechos si a su otorgamiento hubiera concurrido el propietario».

3. Extinción del derecho del arrendador por el ejercicio o la efectividad de un derecho preexistente

El derecho del arrendador sobre el bien arrendado puede también extinguirse por el ejercicio de un derecho que ya existía al tiempo de constitución del arrendamiento, como un derecho de opción o una hipoteca, supuesto al que puede asimilarse, como hace el artículo 13.1 de la LAU, el cambio de titularidad del bien derivado de la delación fideicomisaria condicional[91]. Analizamos a continuación cómo afecta al arrendamiento dicha extinción.

A) La regla general

El principio del que se debe partir es que el titular del derecho preexistente ha de poder adquirir el bien en el estado que este tenía en el momento de su constitución. Así lo establece la Ley en diversos supuestos. Con relación a la opción, huérfana de regulación en el Código Civil español, es claro el artículo 568-2.2 del Código Civil de Cataluña cuando establece

que «el ejercicio de los derechos de adquisición voluntaria comporta la adquisición del bien en la misma situación jurídica en que se hallaba en el momento de la constitución, así como la extinción de los derechos incompatibles constituidos con posterioridad sobre el bien si el derecho se había constituido con carácter real, sin perjuicio de lo establecido por la legislación hipotecaria»[92]. Respecto a la hipoteca, el artículo 134 de la Ley Hipotecaria establece que «El testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, determinarán la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, sin excepción, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento»[93].

Las normas citadas parten de la base de la publicidad del derecho preexistente, que no permitiría alegar la buena fe del titular del derecho que se extingue. Sin embargo, la aplicación de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria permitiría entender que, si falta dicha publicidad, el derecho constituido con posterioridad podría subsistir si su titular es de buena fe. ¿Es posible trasladar dicha doctrina al arrendamiento? Es decir, si por ejemplo el bien sobre el que recae un derecho de opción no inscrito es arrendado, ¿subsistirá el arrendamiento en caso de ejercicio de la opción? En mi opinión, la respuesta debe ser negativa. Considero que no es posible aplicar por analogía las normas hipotecarias de protección del tercero de buena fe, por diversas razones. En primer lugar, porque no hay que olvidar la naturaleza personal del arrendamiento, carente por tanto de la eficacia *erga omnes* de los derechos reales de la que parte el artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Y además porque, como a continuación se señalará, tanto el artículo 1520 del Código Civil como el artículo 13.1 de la LAU no conceden relevancia a la buena o mala fe del arrendatario. Por tanto, si el arrendamiento se ha constituido con posterioridad, la regla general es que el ejercicio o la efectividad del derecho preexistente lo extingue, incluso si el arrendatario es de buena fe.

B) Las excepciones a la regla general

La regla general que se acaba de señalar tiene algunas excepciones, que permiten la subsistencia de ciertos arrendamientos a pesar de haberse constituido con posterioridad al derecho que da lugar a la extinción de la titularidad del arrendador.

a) La subsistencia de los arrendamientos de fincas rústicas tras el ejercicio del pacto de retroventa

El artículo 1520 del Código Civil, después de establecer la regla general de que «El vendedor que recobre la cosa vendida, la recibirá libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador», añade que, no obstante, «estará obligado a pasar por los arriendos que este haya hecho de buena fe, y según la costumbre del lugar en que radique»[94]. El precepto reproduce el artículo 1449 del Proyecto de Código Civil de 1851, y GARCÍA GOYENA era claro al justificar la norma cuando señalaba que «En rigor de derecho debían cesar estos [los arrendamientos], por lo ya dicho *soluto iure dantis, solvitur jus accipientis*; pero el interés de la agricultura y aun el de los mismos contrayentes aconseja esta excepción»[95]. En el mismo sentido, MANRESA señalaba que la excepción «está aconsejada por altos motivos de conveniencia pública: la justifica el interés de la agricultura», y que por ello no todos los arrendamientos deberían subsistir, sino que sería la costumbre del lugar la que lo determinaría: «Si el comprador estipuló un arrendamiento insólito, no acostumbrado en fincas de análoga naturaleza en el lugar donde esta radica, ese arrendamiento quedará revocado»[96]. En consecuencia, no puede darse a dicha regla un alcance general, sino que se trata de una excepción en beneficio de la agricultura.

El precepto alude la buena fe. Se trata de una buena fe por parte del comprador, que en palabras de MUCIUS SCAEVOLA[97], «es una cuestión de hecho que la doctrina deduce de las circunstancias del contrato de arrendamiento: así la duración superior a la del retracto, la renta muy baja, la inclusión de cláusulas secretas que pudieran perjudicar los derechos del retrayente». No se exige, en cambio, la buena fe del arrendatario, de manera que podrá continuar en el arrendamiento aunque al concluir dicho contrato conociera la existencia del pacto de retroventa.

b) La legislación especial de arrendamientos urbanos

La Ley de Arrendamientos Urbanos regula en el artículo 13.1 las consecuencias del ejercicio de derechos constituidos con anterioridad al arrendamiento, entre ellos el derecho de opción y el de hipoteca. La regla general es que, en caso de extinción del derecho del arrendador por el ejercicio o la efectividad de un derecho preexistente, el arrendatario tendrá derecho a continuar en el arrendamiento hasta que se cumpla la duración legal mínima, con independencia tanto de si el arrendatario es de buena o mala fe, como de si el derecho del adquirente se encuentra o no inscrito en el Registro de la Propiedad. Si se pactó una duración del arrendamiento superior al mínimo legal, pasado dicho plazo legal mínimo el arrendamiento se extinguirá[98].

Ahora bien, el inciso final del artículo 13.1 de la LAU prevé que el arrendamiento pueda subsistir durante todo el plazo pactado, incluso si es superior al legal, cuando «el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador»[99]. Por tanto, no es la posible buena o mala fe del arrendatario lo determinante a este respecto, sino la inscripción registral del arrendamiento, lo que, paradójicamente, puede dar lugar a las dos siguientes situaciones. Por una parte, que el arrendatario sea de mala fe y, a pesar de ello, tenga derecho a continuar en el arrendamiento por todo el plazo pactado incluso si es superior al mínimo legal; ello ocurrirá cuando el derecho preexistente, a pesar de no estar inscrito, sea conocido por el arrendatario que inscriba su derecho de arrendamiento (art. 13.1.fin LAU). Y, en cambio, conforme al inciso inicial del artículo 13.1, puede suceder también que, a pesar de que el arrendatario sea de buena fe por ignorar la existencia del derecho preexistente (no inscrito), solamente pueda continuar en el arrendamiento durante el mínimo legal por no inscribir el arrendamiento.

4. Revocación o resolución del derecho del constituyente

El derecho del arrendador sobre el bien arrendado también puede extinguirse por causas inherentes a su propio título adquisitivo. La titularidad del constituyente del arrendamiento puede estar amenazada ya no por el ejercicio o la efectividad de un derecho preexistente, sino por la posibilidad de revocación cuando se trata de una adquisición verificada a título gratuito, o de resolución por el cumplimiento de una condición resolutoria; ello determinará un cambio de titularidad del bien arrendado, que pasará al anterior propietario.

Al igual que en los casos apuntados en el epígrafe anterior de ejercicio o efectividad de un derecho preexistente[100], la regla general debería ser que el anterior titular recuperará el bien en el estado que este tenía en el momento de la transmisión, con independencia de la buena o mala fe del arrendatario. En materia de arrendamientos urbanos, el término genérico «resolución» del derecho del arrendador utilizado en el artículo 13.1 de la LAU permite incluir no solamente la resolución derivada del ejercicio o efectividad de un derecho preexistente, sino también el cumplimiento de la condición resolutoria o la revocación de la donación[101].

En cuanto a los arrendamientos sujetos al régimen del Código Civil, no hay ningún precepto que evite la aplicación de la regla general que se acaba de señalar. Cierto es que en algunos preceptos se prevé la subsistencia de los actos dispositivos realizados por el donatario, pero los términos

utilizados («enajenaciones e hipotecas, art. 649 CC) permiten excluir de su ámbito los arrendamientos[102].

5. La falta de titularidad del arrendador

Por último, el arrendatario puede haber concluido el contrato de arrendamiento con quien aparentemente era el propietario del bien o el titular de algún otro derecho que le permitía darlo en arriendo, porque así resultaba de la publicidad registral o de una apariencia meramente fáctica, pero esta apariencia no se correspondía con la realidad.

El artículo 13.3 de la LAU contempla específicamente este supuesto y dispone que «Durarán cinco años los arrendamientos de vivienda ajena que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad, o que parezca serlo en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el artículo 9.1, salvo que el referido propietario sea persona jurídica, en cuyo caso durarán siete años». Por tanto, se trata de un régimen más estricto para el arrendatario respecto a los casos antes reseñados de ejercicio o efectividad de un derecho preexistente y de revocación o resolución del derecho del constituyente, en tanto que para su protección se exige en todo caso la buena fe, siendo esta además insuficiente para que dicha protección sea completa, ya que no se le respeta el plazo de duración pactado, sino que solamente tendrá derecho a permanecer en el arrendamiento el tiempo de duración legal mínima. Si por el contrario el arrendatario es de mala fe, por conocer o deber conocer la falta de poder de disposición del arrendador, el arrendamiento se extinguirá.

En los arrendamientos sujetos al régimen del Código Civil, siguiendo lo apuntado en los epígrafes anteriores, la regla general debe seguir siendo que ni siquiera la buena fe del arrendatario es suficiente para que se le respete el arrendamiento concertado con el titular aparente.

IV. APUNTE FINAL ¿UN DERECHO REAL DE ARRENDAMIENTO?

1. Planteamiento

En apartados anteriores se ha puesto de manifiesto que la naturaleza personal del arrendamiento impide, por regla general, su subsistencia en caso de que el arrendador pierda la titularidad del bien arrendado. Extinguido el derecho del arrendador, el derecho del arrendatario se extinguirá,

con independencia de su buena o mala fe. Cierto es que, en caso de enajenación del bien, la inscripción registral confiere al arrendamiento una eficacia frente al adquirente, pero no lo es menos que dicha inscripción implica unos costes que no siempre el arrendatario está en condiciones de asumir.

Una eficacia frente a terceros del arrendamiento, con el único límite del respeto a los derechos de los terceros de buena fe, se podría conseguir atribuyéndole naturaleza real. Aunque puede ser que se concluya el arrendamiento en atención a las personas de arrendador y arrendatario, lo más habitual es que sean las características del bien lo que impulsa a celebrarlo, y en estos casos cabe presumir que la voluntad de las partes es que la enajenación del bien no suponga la extinción del arrendamiento. Por ello, y en función de los intereses de las partes, resultaría adecuado que, al pactar el contrato de arrendamiento, pudieran elegir entre conferirle naturaleza personal o naturaleza real. Pero ¿es ello posible?

2. El paralelismo con la opción y el principio de *numerus apertus*

La posibilidad de constituir un mismo derecho atribuyéndole naturaleza real o personal, en función de los intereses de las partes, no está exenta de precedentes en el derecho español; uno de ellos es la entrega de un capital a cambio de la percepción de una pensión periódica, que puede revestir naturaleza real [el censo reservativo, art. 1607 CC, art. 565-3.a) CCCat], o personal (la renta vitalicia, arts. 1802 y sigs. CC, los contratos de violario y de censal, arts. 624-1 y sigs., y 626-1 y sigs. CCCat, respectivamente). Pero, a los efectos de establecer un paralelismo con el arrendamiento, el ejemplo más ilustrativo de derechos susceptibles de tener una doble naturaleza es el derecho de opción.

La constitución de un derecho de opción, con naturaleza personal o real en función de los intereses de las partes, venía establecida explícitamente en la Ley catalana 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente. Era en este sentido absolutamente claro el Preámbulo de la Ley: «Cualquier modalidad de derecho de adquisición puede tener dos naturalezas: la real, que depende de la voluntad negocial de los sujetos, y la personal, que, a su vez, puede ser inscrita de acuerdo con el artículo 14 del Reglamento hipotecario vigente y, por lo tanto, oponible a tercero o no inscrita»[103]. Obsérvese en este precepto la analogía con el arrendamiento en el sentido de que, tratándose en ambos casos de derechos de naturaleza personal, se permite su inscripción en el Registro de la Propiedad, sin que dicha inscripción implique un cambio de naturaleza[104]; así como el artículo 2.5 de la

Ley Hipotecaria permite la inscripción de «los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles», el artículo 14.I del Reglamento Hipotecario regula la inscripción del contrato de opción de compra de bienes inmuebles si reúne una serie de circunstancias. Ahora bien, mientras el derecho real de opción se encuentra regulado en diversos cuerpos legales (arts. 568-1 y sigs. CC de Cataluña, Ley 461 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra; además, se encuentra prevista en la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, arts. 3113-8 y sigs.), no ocurre lo mismo con el arrendamiento.

El Código Civil solamente contempla el arrendamiento de naturaleza personal. A pesar de esta falta de previsión explícita por parte del legislador y tomando como referencia el ejemplo de la opción, ¿sería posible la constitución de un derecho de arrendamiento de naturaleza real? La respuesta afirmativa se fundamentaría en el principio de *numerus apertus*, conforme al cual la jurisprudencia registral ha venido admitiendo la constitución de nuevos derechos reales; así, por ejemplo, la RDGRN 16313/2018 de 8 de noviembre de 2018 *(RJ* 2018, 4858) calificó la donación de la facultad de disponer como un derecho real atípico, y admitió la inscripción registral de la escritura que la constituyó[105]. Ahora bien, la constitución de un derecho real de arrendamiento sobre la base del principio de *numerus apertus* puede ser objeto de dos importantes objeciones: 1.ª. Cuando la jurisprudencia registral admite nuevos derechos reales, lo hace porque el contenido de los mismos no encaja con ningún otro derecho tipificado legalmente, lo que no es el caso del arrendamiento. 2.ª. La justificación de la admisión de nuevos derechos reales atípicos se encuentra en posibilitar su acceso al Registro de la Propiedad, y por tanto dicha razón de ser no se da en el arrendamiento, cuya inscripción ya permite el artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria.

3. Arrendamiento y usufructo

Finalmente, la posibilidad de constituir un derecho real de arrendamiento encuentra otro argumento en contra en su asimilación al derecho de usufructo.

El usufructo, además de distinguirse del arrendamiento en que puede ser de origen legal, y en que, si es de origen voluntario, admite otros títulos constitutivos además del contrato, ofrece una serie de modalidades que exceden de la autonomía de las partes en el contrato de arrendamiento: 1) admite su constitución a título gratuito; 2) su duración puede ser no determinada sino incierta, como cuando tiene carácter vitalicio; 3) puede recaer sobre un patrimonio; 4) ofrece una utilidad más variada: el usufructuario puede usar el bien, como en el arrendamiento, pero también lo puede arrendar

para sea usado por otro[106]; e incluso, 5), si el usufructuario se encuentra autorizado, puede disponer del bien (usufructo de disposición). Ahora bien, si el usufructo se ha constituido sobre un bien, por contrato (art. 468 CC), a título oneroso, con una duración limitada, y sin facultad de disposición, la mayoría de diferencias entre esta modalidad de usufructo y el contrato de arrendamiento desaparecen, y en ambos casos se trata de derechos que atribuyen la facultad de gozar o usar un bien ajeno, que se distinguen únicamente por la naturaleza de la relación[107]: POVEDA BERNAL señala que «el usufructo solo obliga a *dejar gozar* al usufructuario (es decir, a no poner obstáculo al ejercicio de su derecho de goce), mientras que el arrendamiento obliga además al arrendador a *hacer gozar al arrendatario* (o, lo que es igual, a procurarle al tranquilo goce de la cosa)[108]. Ambos derechos tienen el mismo contenido esencial: el goce de un bien ajeno, y las diferencias que la regulación legal establece entre uno y otro pueden quedar superadas por el juego de la autonomía de la voluntad[109]. Ya MANRESA ponía de relieve esta asimilación, cuando decía que «Es absurdo que, si se transmite el uso o disfrute de una cosa, sin precio, constituya un derecho real de usufructo, de uso o de habitación, y no lo constituya si se enajena de otra forma, con otro nombre o mediante el pago de determinada renta»[110]. En consecuencia, un derecho real de arrendamiento se identificaría prácticamente con un derecho de usufructo.

4. Conclusión

Ante la legítima pretensión de constituir un derecho que permita gozar o utilizar los bienes ajenos, con eficacia real, a cambio de un precio, el usufructo aparece como una alternativa a considerar, más si se tiene en cuenta que su régimen jurídico legal podrá ser modulado por las partes de acuerdo con sus intereses. La eficacia *erga omnes* derivada de su naturaleza real, con el único límite del respeto a los derechos de los terceros de buena fe, y por tanto sin la ineludible necesidad de inscripción para conseguir dicha eficacia, responde generalmente a los intereses de propietario y titular del derecho.

La eficacia real del usufructo legitima el goce del bien frente a terceros, pero no es suficiente por sí sola para explicar la asunción por el adquirente del bien de los derechos y obligaciones inherentes al contrato de usufructo. Si en el arrendamiento el consentimiento de las partes a la cesión del contrato se produce por su inscripción registral, en el usufructo debe entenderse que dicho consentimiento se presta tácitamente por el usufructuario al constituir el derecho real de usufructo, y por el anterior y el nuevo propietario al concluir el negocio jurídico transmisivo.

V. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

1. Sentencias del Tribunal Supremo

- STS de 17 de octubre de 1978 *(RJ* 1978, 4057)
- STS de 9 de octubre de 1987 *(RJ* 1987, 6928)
- STS de 28 de marzo de 1990 *(RJ* 1990, 1737)
- STS de 23 de octubre de 1995 *(RJ* 1995, 1108)
- STS de 11 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 4881)
- STS de 1 de marzo de 2021 *(RJ* 2021, 90)

2. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

- RDGRN de 25 de noviembre de 1992 *(RJ* 1992, 9494)
- RDGRN de 31 de mayo de 2017 *(RJ* 2017, 3392)
- RDGRN de 8 de noviembre de 2018 *(RJ* 2018, 4858)

VI. BIBLIOGRAFÍA

BENAVENTE MOREDA, P. (1998). *La venta de cosa arrendada*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.

BOSCH CAPDEVILA, E. (2020). Precontrato de opción y derecho real de opción. *Revista de Derecho Civil*. Vol. 7, núm. 4, 51-98.

— (2021). Del retracto convencional al derecho de readquisición. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 787, 2773-2827.

COBACHO GÓMEZ, J.A. (2016). Artículo 1571. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F. J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs). *Código Civil comentado*. Vol. IV. Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters.

COLÁS ESCANDÓN, A.M. (2013). Artículo 7.2: Condición y efectos frente a terceros del arrendamiento de viviendas. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 6.ª edición. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

DEL POZO CARRASCOSA, P. (2021). El derecho de redimir en la venta a carta de gracia. En E. Bosch Capdevila, M.ª P. Sánchez González, M.ª A. Blandino Garrido y P. de Barrón Arniches (coords.), *Los derechos de adquisición*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2018). *Derecho civil de Cataluña, Derechos reales*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons.

DÍEZ PICAZO, L. (2010). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* tomo IV. Cizur Menor: Civitas, Thomson Reuters.

ELIZARI URTASUN, L. (2020). Leyes 592 y 593. En E. Rubio Torrano y M.L. Arcos Vieira (dirs.). *Comentarios al Fuero Nuevo*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

FEBRERO, J. (1849). *Febrero, arreglado a la legislación y práctica vigentes, por una Sociedad de Abogados*. Tomo III. Barcelona: Imprenta de Campins y Font.

GALINDO Y DE VERA, L., y DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, R. (1896). *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*. Tomos 1, 2 y 3. Madrid: Establecimiento tipográfico de Felipe Pinto y Orovio.

GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Tomo III. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial.

GÓMEZ DE LA SERNA, P. (1862). *Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación,* tomo I, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación.

GÓMEZ, A. (1674). *Variarum resolutionum iuris civilis, communis et regii*. *T. 2, De Contractibus, De Emptione & Venditione*. Lugduni: Ex Typographia Michaelis Goy.

GORDILLO CAÑAS, A. (2004). El principio de inoponibilidad, el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral, *Anuario de Derecho Civil,* vol. 57, 2004-2.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (1869). *Codigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español, Tratado de las obligaciones*, tomo cuarto. Madrid: edición facsimilar de Lex Nova.

LAURENT, F. (1877). *Principes de droit civil français*. Tome 24 y 25. Bruxelles: Bruylant-Christophe y Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel.

LÓPEZ PEDREIRA, A. (1996). *Emptio tollit locatum (la venta de cosa arrendada en el Derecho romano)*. Madrid: Edisofer.

LÓPEZ, G. (1555). *Las siete Partidas glosadas por el licenciado Gregorio López. Quinta partida*. Salamanca: Andrea Portonaris.

LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1997). Artículos 1571 y 1572. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XX-1.B. Madrid: EDERSA.

ARRIETA SEVILLA, L.J. (2019). La recuperación de la regla venta quita renta en los arrendamientos de vivienda, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXII, fasc. I, 53-100.

MANRESA Y NAVARRO, J.M.ª (1919). *Comentarios al Código Civil* español, t. X, Madrid: Editorial Reus.

MARÍN LÓPEZ, J.J., y COLÁS ESCANDÓN, A. M. (2010). Artículo 14: Enajenación de la vivienda arrendada. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, 5.ª edición. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1906). *Código Civil. Comentado y concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*. Tomo XXIII. Madrid: Imprenta Ibérica Española.

— (1909). *Código Civil. Comentado y concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*. Tomo XXIV-1. Madrid: Imprenta Ibérica Española.

POTHIER, ROBERT-JOSEPH, R.J. (1825). *Oeuvres de Pothier contenant les traités du droit français. Traité du contrat de constitution de rente, de change, de louage, de société, des cheptels*. Paris: Bechet Ainé, Libraire.

POVEDA BERNAL, M.I. (1997). *La inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.

QUICIOS MOLINA, M.S. (2013). Artículo 1571. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (director), *Comentarios al Código Civil*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

— (2021). Artículo 1571. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador), *Comentarios al Código Civil*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

SALA, J. (1820). *Ilustración del Derecho Real de España*. Tomo I. Madrid: Oficina de Don José del Collado

SANPONTS y BARBA, I., MARTÍ DE EIXALÁ, R. y FERRER Y SUBIRANA, J. (1843). *Las siete partidas del sabio rey Alfonso el X, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. D. Gregorio López*. T. III, Barcelona: Imprenta de Antonio Bergnes y C.ª.

TROPLONG, R.T. (1852). *De l'échange et du louage: commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code civil*. Tome 2. Paris: Imprimerie de Wittersheim.

YSÀS SOLANES, M. (2009). Artículo 30 de la Llei de Contractes de Conreu. En A. Vaquer Aloy (coord.), *Comentaris a la Llei de Contractes de Conreu*. Barcelona: Atelier.

NOTAS

[1] Salvo, en cuanto a los herederos, «que se trate de derechos y obligaciones no transmisibles por su naturaleza, por pacto o por disposición de la ley».

[2] «Emptori quidem fundi necesse non est stare colonum, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit. verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio ei quod placuit parere cogitur».

[3] El texto de ULPIANO, recogido en Digesto 19.1.13.30, y también citado como origen de la regla *venta quita renta*, no es nada claro al respecto: «Si el vendedor hubiere exceptuado la habitación, para que a un inquilino, o a un colono, le sea lícito habitarla, de suerte que le sea lícito disfrutarla hasta cierto tiempo, opinaba Servio, que es más cierto que hay acción de venta. Finalmente, dice TUBERÓN, que si este colono hubiere causado daño, ejercitando el comprador la acción de compra, puede obligar al vendedor a que ejercite contra el colono la acción de locación, para que entregue al comprador todo lo que hubiere conseguido».

[4] Véase LÓPEZ PEDREIRA (1996); más sintéticamente y a la vez con una exposición clara y detallada, POVEDA BERNAL (1997, 29-38) y ARRIETA SEVILLA (2019, 56-60).

[5] Véase una breve síntesis en GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1869, 425 y sigs.); también POVEDA BERNAL (1997, 54-59).

[6] Establecía dicha Ley, que seguía la citada regla del Codex de Justiniano 4.65.9, lo siguiente: «Aviendo arrendado algún ome á otro, casa ó heredamiento á tiempo cierto, si el señor della la vendiere ante que el plazo sea cumplido, aquel que la del comprare, bien puede echar della al que la tiene alogada; mas el vendedor que gela logó, tenudo es de tornarle tanta parte del loguero, cuanto tiempo fincaba que se debía della aprovechar. Pero dos casos son en que el arrendador de la cosa arrendada, non podría ser echado

della, maguer se vendiese. El 1.º, si fizo pleito con el vendedor cuando gela vendió que non lo pudiese echar della al que la toviese logada, fasta que el tiempo fuese complido á que la logó. El 2.º, cuando el vendedor la oviese logada para en toda su vida de aquel á quien la logara, ó para siempre también del, como de sus herederos. Ca por cualquier destos casos non la podría enagenar, para poderle echar della al que la tenia alogada ó arrendada; ante decimos que debe ser guardada la postura». Véase los comentarios de Gregorio LÓPEZ a dicha Partida (1555, 44-45).

[7] GÓMEZ, (1674, 208).

[8] GÓMEZ, (1674, 209) decía: «Cuius ratio vera, & concludens est: quia talis emptor, vel particularis successor est effectus plenè dominus ipsius rei: colonus verò, vel inquilinus nullum ius habet in ea, sed tantum habet personam domini obligatam: & illa actio, vel obligatio personalis pasiva non sequitur fundi possessorem […] Ergo non tenetur stare colono, sed dirigat actionem ad interesse contra dominum […]».

[9] En FEBRERO (1849, 195) se afirmaba que la equidad exige «que no le despida desde luego, sino que en el arriendo de heredad le deje recoger todos los frutos del año comenzado, y en el de casa continuar en ella por el término corriente y otro más según la costumbre del pueblo, a menos que le sea fácil procurarse antes otra casa». Ello se justificaba en que «Sería muy duro que el nuevo dueño o poseedor de una casa espeliese á principio o a mitad de un término y pusiese en la calle las familias que la habitaban; y que el de una heredad o hacienda despojase a mitad del año al arrendatario o colono que habría hecho ya la mayor parte de los trabajos o labores para obtener sus productos».

[10] SANPONTS, MARTÍ DE EIXALÀ y FERRER (1843, 165, nota 111) quienes añadían que «Si no se admitiese semejante interpretación, tendríamos esta ley en oposición, no solo con la equidad y el derecho romano, como lo manifiesta Gregorio LÓPEZ, sino también con la ley 21 de este mismo título, la cual da al conductor acción para pedir la reparación completa de perjuicios, siempre que experimente embargo o estorbo que provenga de hecho del mismo locador o de persona a la cual este podía prohibírselo». En este mismo sentido, SALA (1820, 304), y FEBRERO (1849, 195).

[11] En el arrendamiento para toda la vida o para siempre, GALINDO y ESCOSURA (1896, 505) entendieron que se había constituido un auténtico derecho real. Señalaban que el arrendamiento perpetuo, al que se equipara el arrendamiento concertado por diez años o más, «*varía la naturaleza del contrato*; porque en lugar de transmitirse por él el simple uso de la cosa arrendada, se transmite su dominio útil, el derecho de superficie, y por lo tanto, el dueño al enajenar la finca, solo enajena la propiedad, permaneciendo el dominio útil en el arrendatario. De esta manera se convierte su derecho personal contra el arrendador, en derecho real sobre la finca y contra terceros poseedores».

[12] SANPONTS, MARTÍ DE EIXALÀ y FERRER (1843, 168, nota 115).

[13] GÓMEZ (1674, 209, núm. 9) señalaba que «Et infertur, quod si colonus, vel inquilinus conduxisset ad longus tempus, puta per decem annos, vel quod vitam, quo casu habet ius in re salte mutile, talis colonus, vel inquilinus on posset expelli, si habet ius retentionis». De la misma opinión era COVARRUBIAS, mientras que LÓPEZ opinaba lo contrario; véase SALA (1820, 304).

[14] SANPONTS, MARTÍ DE EIXALÀ y FERRER (1843, 167-168, nota 114).

[15] POTHIER (1824-1825, 351, núm. 288). POTHIER señaló que «Des principes que nous venons d'établir, résulte une différence très-grande entre le droit d'un locataire ou fermier, et celui d'un usufruitier, d'un emphytéote, etc. Le droit de ceux-ci est un droit dans la chose, qu'ils conservent., en quelque main que passe la chose. Au contraire, le locataire ou fermier n'ayant aucun droit dans l'héritage qui lui a été loué, si le locateur a vendu ou légué cet héritage à quelqu'un, sans le charger de l'entretien du bail qu'il en a fait, cet acheteur, ce légataire, ne seront point obligés de l'entretenir, à moins qu'ils ne l'aient approuvé au moins tacitement. Cela est conforme aux principes de droit *Emptorem fundi necesse non est stare colono cui prior dominus locavit, nisi eá lege emit*».

[16] TROPLONG (1852, núm. 491): «Il reste donc acquis que le bail déflore le droit du propriétaire et qu'il constitue au profit du preneur une charge tellement inhérente à la chose, qu'il ne peut transmettre cette chose sans la charge !! C'est un fait nouveau dans le droit et inouï avant l'Assemblée constituante; mais c'est un fait qu'il faut accepter. Le bail n'engendre plus des rapports purement personnels; il réagit sur la chose, il l'affecte, il l'embrasse de son étreinte, et si le propriétaire essayait de l'aliéner sans le bail, il violerait la règle invoqués par M. Mouricault: Nul ne peut transmettre plut de droits qu'il n'en a lui-même«.

[17] «La loi ne dit point que le droit du preneur est réel; il eut cependant fallu le dire si telle avait été l'intention du législateur, car l'innovation, si elle se trouvait dans l'article 1743, serait radicale, et comme elle est en opposition avec la personnalité du droit, consacrée par des articles formels qui reproduisent la doctrine traditionnelle de Pothier, le législateur aurait du clairement dire qu'à l'égard des tiers le droit du preneur est réel. Est-ce là ce qu'il dit ? Non, il ne parle pas des tiers, il prévoit uniquement le cas ou le bailleur vend la chose louée: l'acquéreur peut-il expulser le fermier? Telle est la question. Le code répond-il, d'une manière absolue, que le preneur ne peut jamais être expulsé? Non. Le preneur a un bail verbal. Il est en possession, son droit à une jouissance plus ou moins longue est certain; néanmoins il pourra être expulsé. Que devient, dans ce cas, la réalité du droit? C'est une réalité imaginaire. Alors même que le preneur a un bail authentique, le bailleur peut l'expulser s'il s'en est réservé le droit. Nous demanderons encore une fois ce que devient la réalité du bail? Peut-il le faire valoir contre d'autres tiers détenteurs ? Non, car la loi ne le dit pas, et dès que l'on n'est pas dans l'hypothèse particulière prévue par l'article 1743, on rentre dans la règle, et la règle est que le droit su preneur est personnel, à l'égard des tiers, comme à l'égard du bailleur; sauf dans le cas excepté par l'article 1743, le preneur ne peut pas faire valoir son droit contre els tiers. La conséquence logique est que son droit est personnel, à l'égard de tous, sauf à l'égard de l'acquéreur, dans le cas et sous les conditions détermines par la loi» (LAURENT, 1877, tome 25, 24-25).

[18] LAURENT (1877, tome 24, 436 y sigs.).

[19] «Se il locatore vende la cosa locata, il compratore è tenuto a stare alla locazione, quando questa sia anteriore alla vendita, e apparisca da atto pubblico, o da privata scrittura di data certa, purchè il locatore stess non siasi riservato il diritto di sciogliere la locazione in caso di vendita»

[20] «Se il locatore vende la cosa locata, il compratore non può espellere il colono, o l'inquilino, il quale abbia una scrittura di affitto autentica, o di data certa; purchè il locatore non abbiasi riservato un tal diritto nel contratto di assitto»

[21] Decía el § 1120: «Hat der Eigenthümer das Bestandstück an einen Anderen veräußert, und ihm bereits übergeben; so muß der Bestandinhaber, wenn sein Recht nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen ist (§. 1095), nach der gehörigen Aufkündigung dem neuen Besitzer weichen. Er ist aber berechtiget, von dem Bestandgeber in Rücksicht auf den erlittenen Schaden, und entgangenen Nutzen eine vollkommene Genugthuung zu fordern».

[22] El artículo 2704 del Civil code of the state of Louisiana de 1825 establecía que: «If the lessor sells the thing leased, the purchaser cannot turn out the tenant before his lease has expired, unless the contrary has been stipulated in the contract».

[23] El artículo 1243 establecía que «Le contrat de louage est aussi résolu par la vente ou aliénation, mème partielle, et par la partage des objets, à moins de stipulation contraire».

[24] Proyecto formulado por D. José AYUSO, D. Eugenio DE TAPIA y D. Tomás María VIZMANOS; véase POVEDA BERNAL (1997, 63-64).

[25] GARCÍA GOYENA, (1852, 463-464).

[26] Señalaba GARCÍA GOYENA (1852, 463-464) que «el arrendatario no adquiere sino una acción personal contra el arrendador, no derecho alguno real en la cosa arrendada, cuya propiedad y posesión quedan en el arrendador; si este enagena la propiedad, nada tiene que ver el nuevo propietario con las acciones personales de un contrato en que no intervino: adquiere la propiedad libre y puede disponer libremente de ella».

[27] Argumento que, como se ha señalado, ya fue utilizado por TROPLONG. GARCÍA GOYENA (1852, 463-464) afirmaba que «¿no es un principio de equidad y de jurisprudencia universal que nadie puede transmitir á otro más derecho que él mismo tiene? El arrendador que por escritura pública, ó de fecha legalmente cierta, se ha desistido por un tiempo convenido del uso y goce de su cosa, que ha prometido asegurar este uso ó goce al arrendatario, y cuya obligación principal consiste efectivamente en hacérsela gozar, ¿puede acaso vender ó legar á un tercero la propiedad, libre de esta obligación?».

[28] GARCÍA GOYENA (1852, 463-464): «Creyóse que dando al nuevo propietario la facultad de espulsar al arrendatario se prestaba favor á las ventas, y no se hizo mas que desalentar los establecimientos de la agricultura y de la industria violando los principio. El interés del Estado, mas que en el cambio frecuente de la propiedad, consiste en el buen cultivo […]».

[29] En este caso el proyecto de 1851 no se inspiró en el artículo 1744 del Código Civil francés de 1804, que concedía indemnización al propietario, sino en el artículo 1612 del Código Civil holandés, que preveía que no se debiera indemnización alguna salvo que así se hubiere previsto en el contrato.

[30] Código que a su vez sirvió de inspiración a otros códigos Civiles latinoamericanos, como los de Uruguay, Argentina y Brasil, y que fue objeto de casi íntegra recepción en varios países, tales como Ecuador (1858), El Salvador (1859), Nicaragua (1867), Honduras (1880), Colombia (1887) y Panamá (1903 a 1916).

[31] El artículo 1597 dispone que «Se il locatore vende la cosa locata, il compradore è tenuto a stare alla locazione, quando questa sia anteriore alla vendita e consti da atto pubblico o da scrittura privata di data certa, semprechè il locatores stesso non siasi riservato il diritto di sciogliere la locazione in caso di vendita».

[32] Artículo 1619: «O contracto do arrendamento, cuja data for declarada em titulo authenticado, não se rescinde por morte do senhorio nem do arrendatário, nem por transmissão da propriedade, quer por titulo universal, quer por titulo singular, salvo o que vae disposto nos artigos subsequentes». Los artículos siguientes establecían unas reglas especiales para el caso en que la transmisión tuviera lugar por expropiación forzosa.

[33] El artículo 1962 del Código Civil chileno preveía que: «Estarán obligados a respetar el arriendo: 1.º. Todo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador por un título lucrativo; 2.º. Todo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador, a título oneroso, si el arrendamiento ha sido contraído por escritura pública; exceptuados los acreedores hipotecarios; 3.º. Los acreedores hipotecarios, si el arrendamiento ha sido otorgado por escritura pública inscrita en el Registro del Conservador antes de la inscripción hipotecaria. El arrendatario de bienes raíces podrá requerir por sí solo la inscripción de dicha escritura».

[34] La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 establecía: «Ni los arrendamientos por largo espacio de años, ni aquellos en que se hayan hecho considerables anticipaciones, son generadores de un derecho real, quedando siempre limitados á una obligación personal. De aquí ha dimanado la doctrina jurídica de que solo el que adquiere el dominio en virtud de un título universal, está obligado á respetar el arrendamiento hecho por su antecesor, pero no el que lo hace por títulos singulares. Las circunstancias particulares que concurren en estos arrendamientos, los gastos á que suelen comprometer á los arrendatarios, y la protección debida á la buena fé, clave del crédito, exigen que acerca de este punto se modifique el derecho antiguo. Ya se había encargado la práctica de ir allanando el camino para la reforma, convirtiendo contra los cánones recibidos, en una especie de derecho real los arrendamientos de que se tomaba razón en los registros de hipotecas. Y es que cuando el derecho escrito ó la doctrina legal no alcanza á satisfacer una necesidad, se encarga la costumbre de llenarla; y cuando esto acontece, toca al legislador convertir en ley y dar forma y regularidad á lo que ya es una necesidad reconocida. De este modo, sin perjuicio del dueño, que al enajenar y traspasar una finca

no pretende burlarse de las obligaciones que contrajo con los arrendatarios, sin daño del comprador de buena fé que entra en el contrato con el conocimiento de una obligación de que es sucesor, se salvan los justos derechos de los arrendatarios en los casos que en el proyecto se prefijan».

[35] La posibilidad de inscripción de los arrendamientos no fue, sin embargo, una innovación de la Ley Hipotecaria. Ya con anterioridad, y principalmente por motivos fiscales, se exigía la inscripción de ciertos arrendamientos. El Real Decreto de 23 de mayo de 1846 ordenó que «en las provincias del reino é Islas adyacentes estuvieran sujetos al derecho e hipotecas todos los arriendos y subarriendos de bienes inmuebles». Posteriormente, y con una finalidad estadística, el Real Decreto de 19 de agosto de 1855 ordenó que se presentaran en las oficinas del registro de hipotecas todos los contratos de arriendo y subarriendo de bienes inmuebles; véase GALINDO-ESCOSURA (1896, 505 y sigs.) y Pedro GÓMEZ DE LA SERNA (1862, 299 y sigs.).

[36] GALINDO-ESCOSURA (1896, 506), quienes añadían que «No sabemos en qué razón legal haya podido fundarse el plazo de los seis años para declararlo arrendamiento de largo tiempo, rota de este modo la doctrina jurídica que había establecido como arriendo *de tiempo no módico*, ó sea de largo tiempo, el de diez ó más años; ni por qué el adelantar la pensión de tres ha de constituir un gravamen real sobre la finca, cuando podía asegurarse el cobro por los medios ordinarios; ni menos por qué la simple voluntad de las partes, se ha de considerar suficiente en un arriendo de corto plazo para trastornar la naturaleza de los contratos, cuando lo mismo se hubiera logrado añadiendo á la escritura de arriendo el pacto de no enajenar la finca durante el tiempo que se hubiese estipulado el arrendamiento; pacto perfectamente válido […]».

[37] Respecto a los debates parlamentarios con relación al arrendamiento, véase POVEDA BERNAL (1997, 67-70).

[38] En este sentido, LUCAS FERNÁNDEZ, (1997, 1351), MUCIUS SCAEVOLA (1909, 651 y sigs.), COBACHO GÓMEZ (2016, 419), QUICIOS MOLINA, (2013, 11119, y 2021, 1982).

[39] Así lo prevé expresamente el artículo 623-23 del Código Civil de Cataluña, con relación a los contratos de cultivo, que establece que la subsistencia del contrato de arrendamiento durante el plazo legal es aplicable no solamente al caso de enajenación de la finca arrendada, sino también a la «constitución de un derecho real» que incluya la facultad de arrendar, como por ejemplo un usufructo.

[40] LUCAS FERNÁNDEZ (1997, 1351), MUCIUS SCAEVOLA (1909, 669), quien afirma que «tan perfecto es el dominio del donatario y del legatario como el del comprador, porque unos y otros suceden singularmente en la plenitud de los derechos, y que si al comprador en homenaje a su atributo de libre disposición se le concede la facultad de rescindir los arrendamientos existentes al efectuarse la compra, no puede negársele la propia facultad al que sucede en el dominio de la cosa arrendada por título de donación o de legado, tan luego se haya posesionado de aquella».

[41] QUICIOS MOLINA (2013, 11119), quien añade que «la razón de ser de la norma es que un derecho de crédito, como el del arrendatario, no es oponible al derecho de propiedad del comprador, que es adquirente a título oneroso, por eso solo los adquirentes a título oneroso de la propiedad del inmueble pueden dar por extinguido el arrendamiento»

[42] Precepto que establece que «El adquirente a título oneroso de un bien arrendado *tiene derecho a que termine* el arriendo vigente al verificarse la enajenación».

[43] Véase el apartado II.1.B).

[44] La Propuesta de la Asociación de Profesores no limita este derecho a enajenación de fincas rústicas. El artículo 562-5.1 establece que «Si el adquirente usa de este derecho, el arrendatario puede exigir que se le deje recoger los frutos de la cosa arrendada que correspondan a un periodo de producción, con el límite de un año natural. También tiene derecho a que se le dé un plazo razonable para concluir las tareas inmediatas a las que estaba destinado el bien arrendado».

[45] La Ley de Arrendamientos Rústicos reitera la regla del artículo 1578 del Código Civil en el artículo 27: «El arrendatario saliente debe permitir al entrante el uso del local y demás medios necesarios para las labores preparatorias del año siguiente y, recíprocamente, el entrante tiene obligación de permitir al saliente lo necesario para la recolección y aprovechamiento de los frutos, en la forma prevista en el artículo 1578 del Código Civil». Sin embargo, dicha Ley no hace referencia a los derechos que el artículo 1571.II concede al arrendatario.

[46] Así lo entiende también LUCAS FERNÁNDEZ (1997, 1353): «Aunque la cuestión es dudosa, me parece más justo y conforme con los principios que rigen la transmisión de las obligaciones, estimar que es preciso el consentimiento del arrendatario para la pervivencia de su relación».

[47] MANRESA (1919, 658-659).

[48] La remisión a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria también aparece en el Fuero Nuevo de Navarra, cuya Ley 592 establece que «El contrato de arrendamiento cesa al extinguirse el poder de disposición o administración del arrendador sobre la cosa arrendada, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria»; véase ELIZARI (2020, 2447-2450).

[49] Véase el epígrafe II.1.6. Actualmente, el artículo 2.5 LH permite la inscripción de todos los arrendamientos de bienes inmuebles: «En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: 5.º: Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos».

[50] Respecto a la interpretación de tal precepto, véase GÓMEZ DE LA SERNA (1862, 562 y sigs.) y GALINDO-ESCOSURA (1896, 401 y sigs.).

[51] GALINDO-ESCOSURA (1896, t. II, 422 y sigs.), que se ocupan de si deben tener la consideración de terceros el notario autorizante, los testigos, el heredero del otorgante y los acreedores personales, pero no si para su protección el tercero debe haber inscrito o no su derecho en el Registro; tampoco trata de ello GÓMEZ DE LA SERNA (1862, 586 y sigs.).

[52] Así lo entendía MUCIUS SCAEVOLA (1909, 702): «Quiere decir el Código con estas lacónicas palabras, que cuando el eco del arrendamiento concedido por el vendedor ha llegado al Registro inmobiliario, antes de que la venta de la finca arrendada se efectúe, el comprador adquiere con la carga representativa del deber de respetar y cumplir el arrendamiento vigente».

[53] Los artículos 23 y 27 de la Ley Hipotecaria no exigían expresamente dicha inscripción. Aunque el arrendamiento sea anterior a la adquisición por el tercero, la inscripción por parte del tercero para su protección solamente es necesaria cuando se trate de derechos de la misma naturaleza. Así lo dispone el artículo 1473.II del Código Civil, que establece que si una misma cosa inmueble se hubiese vendido a diferentes compradores «la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro». Pero si los derechos son de distinta naturaleza, debe prevalecer el derecho real sobre el derecho personal; es decir, el comprador que adquiere el dominio, aunque no inscriba su derecho, podrá poner fin al arrendamiento no inscrito.

[54] La referencia a la posesión como legitimadora de la protección del arrendatario tiene su más clara expresión en el artículo IV.B.-7:101 del Marco Común de Referencia, que en su apartado primero establece que «Where ownership passes form the lessor to a new owner, the new owner of the goods is substituted as a party to the lease if the lessee has possession of goods at the time ownership passes. The former owner remains subsidiarily liable for the non-performance of the obligations under the contract for lease as a personal security provider»; véase VON VAR-CLIVE (2009, 1583-1591).

[55] Véase el apartado II.1.C.f.

[56] MANRESA (1919, 659-660), quien señala también que «La naturaleza del derecho [de arrendamiento] queda abandonada a la voluntad o al capricho de ambos contratantes, cuando no de uno solo» (MANRESA, 1919, 456-457).

[57] MUCIUS SCAEVOLA (1909, 703).

[58] Respecto a las diferentes posiciones doctrinales, véase BENAVENTE MOREDA (1998, 73-79) y POVEDA BERNAL (1997, 95-107).

[59] DÍEZ PICAZO (2010, 273).

[60] Sin embargo, existen otras sentencias en sentido contrario. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1978 *(RJ* 1978, 4057) señaló que «aunque en algunas sentencias, con arrendamiento especial, se llegó a calificar como derecho real, posteriormente se ha vuelto a reconocerle su carácter de derecho de crédito, aunque en ciertos casos, se dijo que equivalía a un derecho real, o actuaba como tal, o tenía ciertos efectos o recibía un trato parecido al de los derechos reales».

[61] Con relación a la inscripción del arrendamiento, véase GORDILLO CAÑAS (2004, 502), quien afirma que la inscripción reviste al arrendamiento de oponibilidad *erga omnes.*

[62] Establece el artículo 14.I LAU que «El adquirente de una vivienda arrendada quedará *subrogado* en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, o siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica, aun cuando concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

[63] Una norma similar, pero algo más precisa, establece la Ley 593 del Fuero Nuevo de Navarra: «Quien compra con pacto de retro una cosa dada en arrendamiento, en tanto no adquiera definitivamente la propiedad, no podrá resolver el contrato de arrendamiento a no ser que el arrendatario incurra en causa para ello»; véase ELIZARI (2020, 2450-2455).

[64] MANRESA (1919, 660).

[65] MUCIUS SCAEVOLA (1909, 680) señala que la justificación de la norma se encuentra en que «el comprador, mientras pende el plazo del retro, solo ostenta un dominio temporal, inestable, sujeto a la eventualidad resolutoria del ejercicio del retracto, y ante la probabilidad (si muchas veces desmentida por las duras realidades económicas, ciertamente muy firme en el pensamiento del vendedor) de que este recuperara su dominio, se consideró equitativo mantener el arrendamiento que aquel concertara».

[66] En realidad, no es ni «revocable» ni «temporal». No es revocable porque no se resuelve el contrato traslativo del dominio sino que, en su caso, se produce una nueva transmisión del comprador al vendedor. Y no es temporal porque si bien su titularidad está amenazada, es incierto que la transmisión se vaya a producir. Véase con más detalle BOSCH CAPDEVILA (2021, 8 y sigs).

[67] MANRESA (1919, 660) afirma que «La limitación es justa. Mientras el plazo para hacer uso del retracto no pasa, el dominio del comprador es un dominio revocable, y esta revocabilidad, que caracteriza a toda la relación jurídica creada, influye de algún modo en el ejercicio de los derechos que adquiere. La sola consideración del problema que se presentaría si el vendedor retrajese la finca, convence de la bondad del precepto. Tendríamos que al volver las cosas al ser y al estado que tenían en el momento en que la venta se estipuló, el arrendatario debería entrar de nuevo en el disfrute del arrendamiento, puesto que todos los actos realizados por el comprador estaban sujetos a la condición de que dependía la subsistencia de su derecho, y uno de esos actos era el desahucio llevado a cabo. Para evitar estas contingencias y estas inseguridades, se ha dictado el artículo 1572».

[68] En el epígrafe III.3, concretamente.

[69] Véase MARÍN-COLÁS (2010, 391 y sigs.).

[70] Recordemos que el artículo 1549 del Código Civil ya establece que «Con relación a terceros, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad».

[71] Véase, entre otros, COLAS ESCANDÓN (2013, 232-241).

[72] Multitud de enmiendas pretendían suprimir la exigencia de la inscripción del arrendamiento para que el arrendatario gozase de protección (véase el *BOCG, Congreso de los Diputados*, de 12.2.2013):

1. La enmienda núm. 40, del GP Mixto, justificada de la siguiente manera: «La exigencia del Proyecto de Ley de obligar a la subrogación del arrendamiento de los nuevos adquirentes de la vivienda solo en los casos que se hubieran inscrito el contrato de

arrendamiento en el Registro de la Propiedad dejará sin el derecho a mantener el arrendamiento a muchos arrendatarios en caso de cambio de propietario, pues los costes de acceso al Registro hacen sea una práctica habitual la no inscripción de los arrendamientos, y tampoco se establecen en este Proyecto de Ley mecanismos para abaratar esos costes».

2. La enmienda núm. 86, del GP Vasco, justificaba de la siguiente manera su oposición a la necesidad de inscripción del arrendamiento para gozar de protección: «Se plantea la supresión de la previsión de inscripción registral por los efectos que se pretenden en la reforma de la Ley que contiene este proyecto. Aunque la inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamiento se plantea con carácter potestativo, la realidad es que los efectos que se establecen en diferentes disposiciones de este proyecto acaban llevando a hacer conveniente, necesaria y hasta imprescindible dicha inscripción, por cuanto afecta seriamente a las garantías de duración del contrato y de su prórroga. Hay que advertir que, en un momento de recesión económica como este y con un proyecto cuya finalidad principal es la flexibilización del mercado de la vivienda de alquiler para activarlo, la previsión del proyecto en esta materia lleva a un efecto absolutamente contrario al pretendido. Se encarecerá el producto del alquiler y ello generará una retracción de los inquilinos a la vista de los sobrecostes que se le generarán».

3. En la número 141, del GP socialista: «Garantizar una cierta estabilidad al contrato de arrendamiento de vivienda y mantener la oposición «*erga omnes*» de los derechos del arrendatario con independencia de su inscripción o no en el Registro de la Propiedad».

4. Asimismo, el GP catalán justificaba diversas enmiendas al respecto: «Se considera conveniente suprimir los incentivos a inscribir registralmente los contratos ya que ello conlleva un incremento notable de las cargas administrativas respecto a las actividades de alquiler de viviendas, además de ser contrarios al estímulo del alquiler y a la simplificación administrativa que debe propiciar la Administración».

[73] Establecía dicho precepto que «El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

[74] Respecto a la interpretación de los artículos 7 y 14 LAU-2013, véase ARRIETA SEVILLA (2019, 74-79).

[75] El Preámbulo de la Ley justificaba estas novedades de la siguiente manera: «Asimismo, es preciso normalizar el régimen jurídico del arrendamiento de viviendas para que la protección de los derechos, tanto del arrendador como del arrendatario, no se consiga a costa de la seguridad del tráfico jurídico, como sucede en la actualidad. La consecución de esta finalidad exige que el arrendamiento de viviendas regulado por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, se someta al régimen general establecido por nuestro sistema de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y, en consecuencia, en primer lugar, que los arrendamientos no inscritos sobre fincas urbanas no puedan surtir efectos frente a terceros adquirentes que inscriban su derecho y, en segundo lugar, que el tercero adquirente de una vivienda que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no pueda resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito. Todo ello, sin mengua alguna de los derechos ni del arrendador, ni del arrendatario». Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la presentación que la ministra de Fomento (Sra. Pastor Julián) hizo del proyecto de ley no se correspondía con esta idea: «Señorías, la reforma también tiene como objetivo mejorar la seguridad del tráfico jurídico. En primer lugar, la inscripción en el registro del contrato de arrendamiento es absolutamente voluntaria. Cualquier comprador que adquiera una vivienda estará obligado a permitir que el arrendatario continúe con su contrato, siempre que dicho contrato esté inscrito en el registro. Si el contrato de arrendamiento no está inscrito, el comprador de buena fe no estará obligado a respetar el arrendamiento concertado por el anterior propietario y el arrendatario perderá ese derecho. Este criterio modifica la situación actual en la que los compradores de una vivienda arrendada permitían la continuidad

del arrendamiento al menos hasta el periodo de cinco años. Esto no es quitar derechos, señorías, es simplemente que se recoja aquello a lo que tienes derecho en cada momento, porque si una parte no se obliga, la otra tampoco se obliga» (*DSCD* 20.12.2012, 48).

[76] Véase el apartado II.3.3.1.1.

[77] Dispone en el primer apartado del artículo 14 que «El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, o siete años si el arrendador anterior fuese persona jurídica, aun cuando concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria». El Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, volvió a la situación anterior a la reforma de 2013, y eliminó toda referencia a la necesidad de inscripción registral del arrendamiento para su subsistencia en caso de enajenación de la vivienda. Así lo señaló el ministro de Fomento en la presentación del Real Decreto Ley: «volvemos a dar efectos ante terceros a los contratos no inscritos, de forma que cuando haya una venta de un piso arrendado el inquilino queda protegido, esté o no inscrito el contrato en el Registro de la Propiedad»; nuevamente, las palabras son imprecisas, en tanto que la protección será superior si el arrendamiento está inscrito (*DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, 3.4.2019, 45).

[78] El Grupo de Esquerra Republicana de Cataluña en la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 en el Congreso, propuso una enmienda, la número 64, que pretendía la supresión de la referencia al artículo 34 de la Ley Hipotecaria en su apartado primero; sin embargo, la justificación que daba para ello no era la más convincente: «Se suprime la última frase del párrafo por la sencilla y elemental razón de que el problema que resuelve dicho artículo de la Ley Hipotecaria es estrictamente el de la colisión entre dos titulares del dominio o propiedad de la misma finca inscrita en el Registro de la Propiedad, es decir, el sistema de la Ley Hipotecaria protege al tercer adquirente a título oneroso y de buena fe frente al propietario que no ha inscrito su título de compra, habiéndolo hecho así el comprador posterior pero más diligente en la inscripción»; esta argumentación sería correcta con relación a los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 1473 del Código Civil, pero no respecto al artículo 34 de la Ley Hipotecaria. La enmienda número 65 iba en el mismo sentido respecto al apartado segundo del artículo 14, y se justificaba de la siguiente manera: «La supresión de cualquier referencia al artículo 34 de la Ley Hipotecaria y a la figura del tercer adquirente protegido por la fe pública registral, como hace el proyecto, incurre en los gravísimos defectos de técnica civil e hipotecaria antes apuntados».

[79] MARÍN LÓPEZ - COLÁS ESCANDÓN (2010, 402), ya con relación al régimen anterior.

[80] La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 4881) aclaró los conceptos de tercero civil y de tercero hipotecario: «Tercero civil: El tercero hipotecario base de la protección registral, no es más que el tercero civil, completado con unos presupuestos que para su protección impone el principio de fe pública registral. Y el concepto es esencialmente negativo, el tercero es el que no es parte, al que el Código Civil se refiere en numerosas ocasiones (arts. 1091, 1257 y otros, menos generales) […]. También se refiere al tercero, aún sin utilizar la expresión, el artículo 1473 del Código Civil […]. Así, el tercero es el que no es sujeto de la relación jurídica que se contempla, por estar fuera de ella y no haber participado en su formación. * Tercero hipotecario. El tercero adquirente es el sujeto que subentra en el derecho del transferente, es decir, en la relación jurídica que es considerada: causahabiente del mismo, bajo el principio *nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet*. No son terceros los adquirentes mortis causa que suceden al titular en sus mismos derechos y obligaciones».

[81] DEL POZO - VAQUER-BOSCH (2018, 715-716).

[82] Véase en este sentido MARÍN-COLÁS (2010, 404-405).

[83] Por ejemplo, si se fijase que la indemnización sería no de un mes, sino de dos meses por cada año que faltase por cumplir, o que sería de un mes salvo que se acreditase un perjuicio superior.

[84] Así lo entienden también MARÍN-COLÁS (2010, 408).

[85] El Código Civil de Cataluña regula los que denomina «contratos de cultivo» en los artículos 623-1 y siguientes, y dentro de ellos el arrendamiento de una finca rústica para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal. El artículo 623-23, dedicado a la «Sucesión del arrendador», establece: «1. Los derechos y obligaciones derivados del contrato de arrendamiento subsisten durante el plazo legal, pactado o prorrogado, aunque la propiedad de la finca se transmita por cualquier título o se constituya en la misma un derecho real. 2. El desconocimiento por el adquirente de la existencia del arrendamiento de la finca no priva al arrendatario de sus derechos». El precepto establece, por tanto, la subsistencia del arrendamiento durante el plazo legal mínimo de duración, ya sea el inicial (siete años), o el prorrogado (cinco años más), con independencia de si el arrendamiento está inscrito o no, y de si el adquirente conoce o no la existencia del arrendamiento. Si el arrendamiento se pactó por un plazo superior al legal mínimo, la redacción del artículo 623-23 parece dar a entender que el arrendamiento subsiste solamente durante el plazo legal. Esta interpretación no parece la más razonable, por lo que, atendiendo a la circunstancia de que el adquirente casi siempre será de mala fe —en el sentido que conocerá la existencia del arrendamiento— no es descabellado dar otra interpretación al precepto y considerar que el arrendamiento subsistirá por el plazo legal, sea el inicial o el de la prórroga, y también por el plazo pactado si es superior. Véase YSAS SOLANES (2009, 247-250).

[86] Sigue diciendo el precepto que «Si, por ejemplo, el arrendador era usufructuario o propietario fiduciario de la cosa, expira el arrendamiento por la llegada del día en que debe cesar el usufructo o pasar la propiedad al fideicomisario; sin embargo de lo que se haya estipulado entre el arrendador y el arrendatario sobre la duración del arriendo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 794, inciso 2.º», precepto este último que establece el derecho del arrendatario a recoger los frutos». El apartado segundo del artículo 794 establece que «El propietario, sin embargo, concederá al arrendatario o cesionario el tiempo que necesite para la próxima percepción de frutos; y por ese tiempo quedará substituido al usufructuario en el contrato». Y el artículo 1959 dispone que «Cuando el arrendador ha contratado en una calidad particular que hace incierta la duración de su derecho, como la de usufructuario, o la de propietario fiduciario, y en todos los casos en que su derecho esté sujeto a una condición resolutoria, no habrá lugar a indemnización de perjuicios por la cesación del arriendo en virtud de la resolución del derecho. Pero si teniendo una calidad de esa especie, hubiere arrendado como propietario absoluto, será obligado a indemnizar al arrendatario; salvo que este haya contratado a sabiendas de que el arrendador no era propietario absoluto».

[87] El artículo 1961 establece: «Extinguiéndose el derecho del arrendador por hecho o culpa suyos, como cuando vende la cosa arrendada de que es dueño, o siendo usufructuario de ella hace cesión del usufructo al propietario, o pierde la propiedad por no haber pagado el precio de venta, será obligado a indemnizar al arrendatario en todos los casos en que la persona que le sucede en el derecho no esté obligada a respetar el arriendo».

[88] Véase MARÍN - COLÁS (2010, 384 y sigs).

[89] Sin embargo, otras sentencias interpretan de manera literal el término «extinción». Así, respecto al artículo 13.1 de la LAU en su redacción tras la reforma de 2013, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2021 (*RJ* 2021, 90) declaró que «En este sentido, las resoluciones de la DGRN de 24 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 1394) (BOE 7-4-2017) y de 11 de octubre de 2018 (*RJ* 2018, 4769) (BOE 5-11-2018) señalan que, en casos de enajenación forzosa, el derecho del arrendador y el propio contrato de arrendamiento *se extinguen ipso iure* conforme a lo dispuesto en el artículo 13.1 LAU, salvo que dicho contrato se hubiese inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad al derecho de hipoteca ejecutado».

[90] La solución contraria la encontramos en el Código Civil de Cataluña, que dispone en el artículo 623-5.2 que «Los usufructuarios, los fiduciarios, los compradores a carta de gracia y los demás titulares de derechos limitados sobre la finca pueden concluir contratos

de cultivo, si bien, una vez extinguido su derecho, el contrato subsiste hasta que finalice el plazo del propio contrato o de la prórroga en curso». Obsérvese que la subsistencia del contrato alcanza no solamente la duración legal mínima, sino todo el plazo pactado, a diferencia de lo que establecía el artículo 5.2 de la Ley 1/2008, de 20 de febrero, de Contratos de Cultivo, que limitaba la subsistencia «al plazo mínimo establecido por esta ley o el de la prórroga en curso». Además, tampoco exige la buena fe del arrendatario.

[91] Si el fideicomiso no es condicional sino a término se le aplica el régimen del apartado III.2.

[92] En esta misma línea, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de mayo de 2017 *(RJ* 2017, 3392) declaró que: «De acuerdo a la dilatada doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, resoluciones de 18 de mayo de 2011 y 2 de marzo de 2015), una vez ejercitado un derecho de opción puede solicitarse la cancelación de las cargas que hubiesen sido inscritas con posterioridad al reflejo registral del mismo, pues no otra cosa significa la transcendencia real de la opción».

[93] Precepto redactado por el apartado cuatro del artículo tercero de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial

[94] El artículo 568-32.1 del Código Civil de Cataluña, relativo al derecho de redimir en la venta a carta de gracia, establece asimismo la subsistencia de los arrendamientos, sin perjuicio de que «el redimente pueda resolver los arrendamientos notoriamente gravosos que haya hecho el propietario»; véase DEL POZO CARRASCOSA (2021, 269), quien señala que la norma implica, *a sensu contrario* y de acuerdo con la tradición jurídica catalana, que «los arrendamientos que no son gravosos, hechos de buena fe, se mantienen». Por otro lado, el último apartado de la Ley 593 del Fuero Nuevo de Navarra dispone que «El ejercicio de la retroventa no facultará por sí mismo la resolución de contrato»; entiende ELIZARI (2020, 2451), que el precepto se refiere al arrendamiento concluido por el propio vendedor que ejercita su derecho de retraer, por lo que resulta obvio que no pueda resolver dicho contrato por el ejercicio de la redención.

[95] GARCÍA GOYENA (1852, 424).

[96] MANRESA (1919, 357-358).

[97] SCAEVOLA (1906, 437).

[98] Establece el artículo 13.1 de la LAU que «Si durante los cinco primeros años de duración del contrato, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica, el derecho del arrendador quedara resuelto 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, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años o siete años respectivamente, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1. En contratos de duración pactada superior a cinco años, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica, si, transcurridos los cinco primeros años del mismo, o los primeros siete años si el arrendador fuese persona jurídica, el derecho del arrendador quedara resuelto por cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, quedará extinguido el arrendamiento».

[99] El inciso final del artículo 13.1 de la LAU dispone que «Se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso, continuará el arrendamiento por la duración pactada».

[100] Véase el epígrafe III.3.A).

[101] Así lo entienden MARÍN-COLÁS (2010, 342), que señalan que «no hay ninguna razón seria y razonable que permita tratar los casos no previstos por el precepto de un modo distinto a los que de modo tan arbitrario ha recogido el artículo 13.1 LAU».

[102] Ello no es tan evidente, en cambio, en el Código Civil de Cataluña, que establece la subsistencia de los gravámenes en caso de revocación de donaciones por ingratitud,

supervivencia o superveniencia de hijos o pobreza, gravámenes entre los que se podría incluir al arrendamiento (art. 531-15.5 CCCat).

[103] Véase BOSCH CAPDEVILA (2020, 76-78).

[104] Véase el epígrafe II.2.C.b.b'".

[105] Señaló la Dirección General que «con base en el criterio de "*numerus apertus*" que rige en nuestro ordenamiento, se permite no solo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de transcendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (cfr. arts. 2.2.º LH y 7 LH), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. arts. 647 CC y 11, 23 y 37 LH)». Sigue diciendo la resolución que «Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia "*erga omnes*" de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc.».

[106] Si bien el arrendador también puede subarrendar el bien, si ello no ha sido prohibido expresamente en el contrato (art. 1550 CC).

[107] Mientras en el arrendamiento la relación es personal («se obliga»), el usufructo «*da derecho a disfrutar los bienes ajenos* […]» (art. 467 CC). El goce del arrendatario es mediato, y el arrendador está obligado frente a él a llevar a cabo «todas las reparaciones necesarias a fin de conservar [la cosa arrendada] en estado de servir para el uso a que ha sido destinada» (art. 1554.2.º CC), y a mantenerlo «en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato» (art. 1554.3.º CC). En cambio, el usufructuario es quien debe hacer las reparaciones ordinarias (art. 500 CC), y dispone de la acción confesoria en defensa de su derecho; véase POVEDA BERNAL (1997, 108 y sigs.).

[108] POVEDA BERNAL (1997, 110). En el mismo sentido, ya señalaba LAURENT (1877, 21) que «le nu propriétaire n'est pas obligé de faire jouir l'usufruitier, il est seulement tenu de le laisser jouir, il doit souffrir l'exercice du droit réel», mientras que en cambio «le bailleur est obligé, par la nature du contrat, d'entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée, et d'en faire jouir le preneur pendant la durée du bail».

[109] La mayor o menor intervención del propietario en dicho goce, su actitud activa o pasiva, no es un elemento institucional sino accesorio, en el sentido de que podrá ser modulado por el acuerdo entre las partes. El pacto podría fijar el régimen de reparaciones del bien usufructuado y del bien arrendado, hasta el punto de hacerlos coincidentes, sin que ello alterase la esencia de una u otra institución.

[110] MANRESA (1919, 457). Seguía diciendo MANRESA que «En cualquier forma que sea, el propietario, al transmitir el uso o el derecho, se desprende de él, lo pierde para sí, y lo entrega a otro. Si después quiere vender o dar en pago el objeto o cosa con todos los derechos de que es susceptible, podrá transmitir cuanto no haya transmitido antes, no lo que ya dio, porque es un principio hasta de sentido común, que nadie puede dar lo que no tiene, lo que no es suyo, lo que él mismo concedió antes a otro. Y como el uso o goce no puede transmitirse porque ya se transmitió, el que compra no puede tampoco racionalmente adquirirlo, tiene que respetarlo. Sí, pues, el vendedor y el comprador, y cuántos de este o aquel derivan su derecho, que son los interesados en que no sea lo que es, tienen que respetar el arrendamiento constituido, ¿dónde está el tercero que no deba considerarse obligado a ese mismo respeto?».

(Trabajo recibido el 11 de febrero de 2022 y aceptado para su publicación el 4 de abril de 2022)

De la fundamentación económica de los medios adecuados de resolución de controversias*

Of the economic foundation of the adequate means of dispute resolution

por

ÍÑIGO MATEO VILLA**
Registrador de la propiedad. Doctor en Derecho

Premio «Decanato territorial de registradores de Andalucía oriental» (2019)
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada

RESUMEN: El escaso éxito que han tenido en España los sistemas extrajudiciales de resolución de disputas, justifica un análisis crítico de su

---

* Este trabajo constituye la cuarta parte que se publica, del que con el título «De los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos: diseño según la teoría de juegos e interpretación del artículo 103 *bis* de la Ley hipotecaria sobre la conciliación tramitada ante el registrador» obtuvo el premio «Decanato territorial de registradores de Andalucía oriental» (2019), concedido por la Real academia de jurisprudencia y legislación de Granada. El artículo originalmente premiado ha sido partido y reducido para adaptarlo a las exigencias editoriales, enriqueciéndose con reflexiones, propias y ajenas, posteriores a la concesión del premio. Puede contactar con el autor por e-mail en imateovilla@gmail.com, *Twitter:* https://twitter.com/inigo_mateo y *LinkedIn:* www.linkedin.com/in/inigomateo. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-5255-2750; Publons and Web of Science ResearcherID L-1327-2017, Dialnet: 2124932 *Google-Scholar:* https://scholar.google.es/citations?user=fivrN5wAAAAJ&hl=en&oi=ao. Cómo citar: MATEO

diseño institucional para identificar la causa, fomentar racionalmente su tramitación y hacer más probable el acuerdo, lo que permitirá mejorar la legislación en tramitación, como son el Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación y el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia.

ABSTRACT: The limited success of Alternative dispute resolution systems (ADS) in Spain justifies a critical analysis of their institutional design in order to identify the cause, rationally promote their initiation, and make an agreement more likely, which will make it possible to improve the legislation in the pipeline, such as the Draft Bill to promote mediation and the Draft Bill on procedural efficiency measures for the public justice service.

PALABRAS CLAVE: Sistemas alternativos de resolución de conflictos, métodos alternativos de solución de controversias, transacción, medianería, amigable componedor, mediación, conciliación, conciliación privada, oferta vinculante confidencial, opinión del experto independiente, *res dubia*, teoría de la elección racional.

KEY WORDS: Alternative dispute resolution systems, ADS, Suitable dispute resolution systems, transaction, mediation, friendly compose, mediation, conciliation, confidential binding offer, legal opinion, res dubia, Rational choice theory.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: BENEFICIOS Y NÚCLEO ESENCIAL.—II. ÉXITO TEÓRICO, FRACASO PRÁCTICO.—III. RACIONALIDAD, INCENTIVO Y ESTRATEGIAS PROCESALES. —IV. CONCEPTO.—V. DENOMINACIÓN.—VI. LITIGIOS MATERIALES O EMOCIONALES.—VII. POSICIONES JURÍDICAS INICIALES.—VIII. EL CÁLCULO INVERSO DE LOS COSTES.—IX. LA INCERTIDUMBRE DE LA SENTENCIA.—X. EL TERCER AGENTE: EL ESTADO.—XI. LA REORDENACIÓN DE COSTES: 1. INTRODUCCIÓN.

VILLA, I. (2022). «De la fundamentación económica de los medios adecuados de resolución de controversias». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. número 792, págs. 1989-2036.

** Obra realizada en el marco del proyecto de investigación DER 2017-82705-R del Programa Estatal de I+D+i orientada a los Retos de la Sociedad, del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad que lleva por título: «Soluciones jurídicas y económicas al problema inmobiliario turístico».

2. Oferta, o sea, cuándo debe darse por intentado el PERC. 3. Reacción a la oferta. 4. Contraofertas, sentencia y casos jurídicamente dudosos. 5. Las costas y su imputación: integridad, causalidad, calculabilidad y certeza. 6. Un nuevo texto legal.—XII. REDUCIR LA LITIGIOSIDAD: ACUERDOS EXTRAJUDICIALES O BARRERAS PROCESALES. —XIII. LOS PERC EN DERECHO ESPAÑOL.—XIV. CLASIFICACIÓN. —XV. CONCLUSIONES.—XVI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: BENEFICIOS Y NÚCLEO ESENCIAL

Saludable y natural institución es la del acuerdo de las partes para superar litigios por cuanto encauza la genuina voluntad de los propios interesados sin intervención de tercero impuesto, extraño al litigio. Práctica esta inveterada, pues desde antiguo estuvo especialmente dirigida a las desavenencias patrimoniales sobre las que las partes tenían un conocimiento razonablemente exacto, ya fuera el reparto de tierras (Génesis 13: 08-09) y ganado (Jueces 17: 06-13) o la fijación del salario (ibídem, 30: 26-43). Del uso natural, espontáneo, pasó a los textos legales primitivos, ya fuera por considerarse sinceramente su valor intrínseco o por constituir un económico remedio a la incapacidad de los Estados para hacer efectivo su pretendido monopolio judicial en cuanto a los desacuerdos surgidos en las comunidades humanas bajo su control. Así sucedió con el código de Hammurabi (§57), el *Codex* (Ley 38, Título 4, Libro 2), el *Digesto* (1, Título 15, Libro 2) y *Las Partidas* (Ley 34, Título, 14, Partida 5). Y terminó encontrando un espacio en la legislación moderna, incluida la de las dictaduras comunistas. Es el caso de los códigos civiles de Prusia (art. 405), Francia (2044), la Luisiana (3038), Cerdeña (2085), Austria (1580), Holanda (1880), Alemania (§779) y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (arbitraje privado: arts. 165 y 166), recibiendo distintas denominaciones, entre otras, la de «sistemas alternativos de resolución de disputas» y «medios adecuados de solución de controversias», aunque por las razones que se expondrán, nosotros preferiríamos la de «procedimientos extrajudiciales de resolución de litigios» (en adelante, PERC).

España reguló la transacción en los artículos 1809 y siguientes de su Código Civil, liberando a este contrato de toda innecesaria formalidad documental —confróntese, para esta última, el artículo 1278 del Código Civil— y procesal, de manera que bastaba con que las partes quisieran alcanzar un acuerdo —con *traditio*, cuando resultara preciso—. A partir del núcleo esencial de la transacción —formado por un litigio jurídico y las prestaciones recíprocas, con renuncia por ambas a la acción que les correspondiera— se construyen los restantes PERC.

II. ÉXITO TEÓRICO, FRACASO REAL

La doctrina ha considerado indubitadamente beneficiosos los PERC por ser la solución más eficiente de entre las posibles para los litigantes, con el argumento de que alcanzar un acuerdo evita tener que recurrir al juez y, con ello, incurrir en costes judiciales (v. gr., procurador, abogado). Este es un razonamiento teórico que se conjuga mal con la práctica: los datos disponibles demuestran que los litigantes prefieren acudir a la vía judicial, haciendo uso de la extrajudicial solo marginalmente, de manera que el uso de este recurso resulta una probabilidad estadísticamente despreciable, incluso exótica. Así, según los datos ofrecidos por el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (en adelante, CGPJ) —a falta de los de los institutos de mediación, no disponibles—, en el período 2012-2018 se resolvieron de media mediante PERC el 0,00024% de todos los procedimientos judiciales iniciados; *a contrario*, el 99,976% lo fueron judicialmente por sentencia; por añadidura, de todos los derivados a mediación, solo el 10,4% acabó en acuerdo; *a contrario*, el 89,6% fue devuelto al procedimiento judicial para su resolución por un juez. Los numerosos trabajos publicados sobre los PERC tienen por objeto principal sus aspectos comunicacionales, pero no los jurídicos; y cuando se centran en los jurídicos, atienden más a explicar la norma aprobada que a cuestionar su diseño subyacente. Nosotros analizamos, precisamente, este último para explicar cómo se justifica *racionalmente* tanto el supuesto «éxito» (HERRERA, 2007:16) del modelo italiano contenido en el Decreto legislativo de 4 de marzo de 2010, número 28 sobre mediaciones civiles y mercantiles, como el fracaso del español, sin necesidad de acudir a teorías exóticas, mediante variables no-operativizables como el «carácter» de los españoles (CARMONA, 2016: 284), el «desconocimiento [entre la población de los PERC] y [las] limitaciones de acceso» (RONDÓN, 2018: 4 y ss.) o la consideración de los PERC como «una especie de marginalidad y solución de segunda calidad […] con resultados limitados […] un tema de futuro, […] una promesa» (ibídem.)[1].

Pretendemos identificar la causa racionalmente fundada del fracaso práctico de los PERC en España y ofrecer un modelo alternativo superador que, además, resulte más eficaz, medido en número de negociaciones y acuerdos extrajudiciales, así como eficiente por ofrecer menores costes agregados que los modelos precedentes. Este procedimiento alternativo exige conocer los incentivos de cada parte en cuanto al resultado final del pleito en un doble sentido: si se resuelve o no se resuelve y, en su caso, en qué sentido (quién resulta condenado). Este incentivo nos permitirá, a su vez, descubrir la estrategia procesal que probablemente llevará a cabo cada litigante. Por su parte, un diseño institucional de PERC que ofrezca menores costes hará más probable su tramitación y, por ende, el acuerdo,

reduciendo entonces la presión sobre los servicios judiciales prestados por el Estado, lo que permitirá un incremento de la inversión relativa en los pleitos judicializados que revertirá en una mayor celeridad de resolución y, consecuentemente, una menor probabilidad de judicialización, pues el litigante cuya pretensión no se sostenga jurídicamente descontará el menor plazo para sufrir una sentencia condenatoria. Por tanto, este trabajo es de interés para el legislador, el sistema judicial y los litigantes[2].

III. RACIONALIDAD, INCENTIVO Y ESTRATEGIAS PROCESALES

¿Por qué los litigantes eligen el procedimiento con —aparentemente— mayores gastos agregados? Si en un entorno racional los agentes eligen la opción —en este caso, procesal— con menores agregados, la única explicación racional posible es que esta sea la judicial; es decir, que hacer subsistir la desavenencia y no alcanzar un acuerdo ofrece menores costes agregados que su alternativa. Llegar a esta conclusión exige entender que el cálculo de los costes no se hace por «los litigantes» conjuntamente sino por cada uno de ellos por separado. Y este es el error de los juristas que han abordado la cuestión: dando por cierto que el litigio *se tenía que resolver según Derecho*, el cálculo de costes se hacía de forma agregada, para ambos litigantes. Pero resulta que el cálculo hecho por el litigante cuya reclamación se ajusta a Derecho es exactamente el contrario al del otro: el primero quiere resolver el litigio, que es tanto como recibir la prestación a que tiene derecho, y hacerlo, además, al menor coste procesal posible. El otro, en cambio, no quiere cumplir con lo que debe, por lo que su única estrategia procesal es hacer incurrir al otro en tantos gastos procesales que llegue a renunciar a su pretensión. El cálculo es, pues, desagregado. De manera que, en realidad, para cada uno, el litigio *se tiene que resolver de acuerdo con su particular cálculo de costes*. He aquí el error en la identificación de la causa del fracaso de los PERC por los juristas; la del legislador añade, además, una suerte de incapacidad psicológica para alcanzar el acuerdo: las partes quieren, pero no son capaces de lograrlo por sí mismas. Falso: una de las partes no quiere alcanzarlo porque es la estrategia procesal adecuada que permite proteger el resultado del cálculo que racionalmente ha realizado. Cada litigante, por separado, es un agente racional que hace el cálculo del coste que tendrá para él cumplir/incumplir y, a partir de ahí, despliega su particular estrategia procesal, de userte que ni el cálculo es agregado —cada litigante tiene el suyo propio, cuyo resultado es inversamente proporcional al del otro—, ni la estrategia procesal que siga resultará necesariamente funcional con el sistema jurídico —pues no persigue el cumplimiento de la ley mediante la realización de la prestación sino maximizar sus ingresos o minimizar sus costes—.

Por otra parte, pueden preverse tres causas por las que un PERC fracase —entendiendo por tal que no se inicie o que, iniciado, no se alcance un acuerdo que evite el recurso al circuito judicial—: (i) que el litigante más interesado en el acuerdo no lo inicie, (ii) que, iniciado, el otro litigante no negocie —entendiendo por negociación, la no realización de oferta de acuerdo al otro— o que, negociando, no persiga sino alargar el procedimiento para incrementar sus costes en perjuicio del otro litigante ora pretendiendo que negocia ora formulando, para alcanzar el acuerdo, pretensiones desajustadas a su legítimo título, o, por último, porque pretendiendo genuinamente ambas partes alcanzar un acuerdo no son capaces, sin embargo, de lograrlo. Se trata ahora de reorientar estas estrategias procesales disfuncionales en otras funcionales por el método de reordenar los costes, de manera que cada litigante tenga que hacer un cálculo distinto[3].

IV. CONCEPTO

Los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos son las actuaciones procesales, típicas o atípicas y más o menos formales que sirven a que las partes enfrentadas por razón de un litigio jurídico intenten y, en su caso, logren celebrar un contrato que les permita superar su desavenencia, ya sea por sí mismas o con la participación de un tercero que ora les auxilie para alcanzar el acuerdo, ora lo resuelva por ellas. Es imprescindible, pues, que exista un (i) litigio de naturaleza jurídica y que, de alcanzarse un acuerdo, una o ambas (ii) den o prometan a la otra o retengan para sí alguna cosa, a cambio de la renuncia de una o ambas a la *actio* que les corresponda por razón de la desavenencia, de suerte que, no pudiendo exigirse nada más en lo sucesivo, se haga imposible su judicialización.

Sobre este núcleo esencial se construye el resto de PERC que se distinguen entre sí por la (i) participación o no de un tercero que auxilie a las partes para alcanzar el acuerdo —en adelante, el tercero-auxiliar—, su (ii) condición de funcionario o sujeto particular y su (iii) formación técnica. Los PERC son —además de la transacción, único supuesto en que no concurre tercero (sin que consideremos como tal al abogado que asista a cada parte)—: (i) la medianería —con el medianero como tercero-auxiliar, artículos 402 y 1713 párrafo tercero del Código Civil—, (ii) los compromisos —artículos 1820 y 1821 del Código Civil— sustituidos por el arbitraje y los árbitros —Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en adelante, LA—, (iii) la mediación —y el mediador, regulada por Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en adelante, LM; existe un Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación tramitándose en la actualidad; en adelante, el Anteproyecto de LM—, (iv) la conciliación —y el conciliador al que, por

cierto, la ley nunca se refiere con este nombre; Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en adelante, LJV— y, por último, introducidas por el reciente Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio público de justicia (2020) —en adelante, el Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal—, la (v) conciliación privada (art. 12), la (vi) oferta vinculante confidencial (art. 14) y la (vii) opinión de experto independiente (art. 15).

Consideraremos al arbitraje como un PERC más, pues resuelve una reclamación judicializable y exige el previo consentimiento de las partes para que tenga lugar; el que el litigio sea resuelto por el árbitro —como un tercero-decidente y no como un tercero-auxiliar— es accesorio para nuestro razonamiento. Ídem del anterior para las transacciones y las mediaciones intrajudiciales porque, aunque tramitadas dentro de un procedimiento judicial e, incluso, aunque el acuerdo revista la forma de sentencia, no pierden por ello su naturaleza principal de acuerdos, no impuestos por un juez, superadores del litigio. Por cierto, que este recurso procesal de envolver como sentencia lo que es acuerdo particular, existe igualmente para el arbitraje (art. 36 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje).

V. DENOMINACIÓN

Los PERC son conocidos por diferentes nombres: «métodos alternativos de resolución de conflictos», «de disputas», «de controversias», «de solución de controversias», «medio adecuado de solución de controversias» (art. 1 del Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal), «sistemas alternativos de resolución de conflictos», «procedimientos de resolución alternativa de conflictos» —denominación empleada por la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN)— y «modalidades alternativas de solución de conflictos», adaptación española de la Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios entre comerciantes y consumidores y que, dependiendo de la versión idiomática que se emplee ofrece denominaciones distintas, según incidan en el carácter electivo del procedimiento (v. alemana: *Alternative Beilegung* —«arreglo», «avenencia» o «conciliación»— italiana [*risoluzione alternativa delle controversia*] e inglesa [*Alternative dispute resolution*]), en el procedimiento (v. francesa: *règlement extrajudiciaire des litiges* —«arreglo», «solución» o «terminación»—) o en el tipo de desavenencia que resuelve (v. portuguesa: *resolução alternativa de litígios de consumo*). Gran parte de los autores hispanoparlantes se han decidido por una traducción de la versión inglesa, denominándolos «métodos de resolución alternativa de conflictos».

A nosotros, empero, no nos convence esta denominación porque (i) «método» se relaciona más con «técnica» (negocial) que con «procedimiento»

(legal) y nada con «acuerdo» —que, sin embargo, constituye su finalidad—, porque (ii) no deja claro respecto de qué es «alternativo» y, por último, (iii) porque «conflicto» es equívoco por general. A este asunto dedicaremos las siguientes líneas[4].

Empecemos distinguiendo entre «técnicas de mediación» —propias del ámbito negocial o comunicativo— y «mediación». Las primeras son las psicológicas, eventualmente empleadas por uno o ambos litigantes, o por el tercero que trate de avenirlas (v. gr., medianero) para facilitar el inicio, mantenimiento y desarrollo de un diálogo que les permita abordar y superar su desavenencia. Están, pues, orientadas principalmente a la fase de negociación, no pertenecen específicamente al dominio del Derecho, ni su conocimiento o utilización resultan jurídicamente exigibles —mediante *actio*—, siquiera en el caso de tramitarse una mediación específicamente jurídica, esto es, de las reguladas por la LM —que, en cuanto a las partes, no les concede *actio* para exigir a la otra el uso de estas técnicas y, en cuanto al tercer-auxiliar, su artículo 11.2 se limita a exigir al mediador que disponga de formación «específica para ejercer la mediación» pero sin describir su contenido, ni mucho menos hacer imperativa su utilización—. En tanto que dirigidas a la negociación, son utilizables para *todo* conflicto, jurídico o no, así: en cuanto a los no jurídicos, por ejemplo, para reestablecer relaciones personales de amigos o cónyuges, superar un luto o mejorar relaciones en el ámbito laboral; en cuanto a los jurídicos, para alcanzar un acuerdo de transacción que evite la judicialización de un pleito. Por tanto, ni al Derecho en general ni a nuestro trabajo en particular, interesan las «técnicas de mediación». Sí, en cambio, la «mediación», porque es el procedimiento de Derecho regulado en la LM, dirigido a alcanzar un acuerdo jurídico que ponga fin a un litigio legal. La mediación es jurídica y orientada al acuerdo; las técnicas de mediación no y se orientan a la negociación. La confusión del término «mediación» es, además, doble: pues no solo se identifica con las técnicas de mediación, sino que, además, es el vulgarmente empleado para referirse cualquier PERC; el Anteproyecto de Ley utiliza, más acertadamente, el de «medio adecuado de solución de controversias» (art. 1), que coincide con nuestro PERC. Por su parte, el Decreto legislativo italiano de 4 de marzo de 2010, número 28 sobre mediación civil en asuntos civiles y mercantiles llama «mediación» a la actividad negocial y «conciliación» al acuerdo[5].

En tanto que «desavenencia», «acuerdo» y «juridicidad/*actio*» permanecen constantes, cada PERC se distinguirá de los restantes por razón del tercero y, más en concreto por: (i) si existe o no, (ii) su formación técnica (jurídica/no jurídica), (iii) su carácter de funcionario público o sujeto privado y, por último, (iv) si auxilia o decide el litigio. Podemos así identificar los siguientes PERC: transacción, medianería, arbitraje, mediación y con-

ciliación, a las que, como se dijo, el legislador desea añadir la conciliación privada, la oferta vinculante confidencial y, por último, la opinión de experto independiente—. Esta última no es, sin embargo, verdadero PERC pues no está orientada a resolver la desavenencia sino a opinar jurídicamente sobre ella.

Entendemos por «procedimiento» las normas jurídicas —por tanto legalmente exigibles— reguladoras del «conjunto de […] fases sucesivas» formadas por «actos y trámites […], tendentes a dilucidar la justificación en derecho de una determinada pretensión [igualmente jurídica] entre partes y que concluye por resolución motivada [en lo que aquí interesa, acuerdo]». Todo procedimiento de PERC pasa por tres fases: (i) inicio, (ii) desarrollo o negociación —fase esta en que, ahora sí, *puede* hacerse uso de las «técnicas de mediación»— y, por último, (iii) terminación —con o sin acuerdo que ponga fin al litigio— (cfr. título IV LM). Empero, el procedimiento puede presentarse simplificado: la oferta de transacción y la vinculante confidencial (Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal), equivalen a inicio y, según sea más o menos cerrada, a negociación. Y en cuanto que aún es posible el acuerdo, se demuestra que la de negociación no es una fase —léase, coste o fase procesal— imprescindible de los PERC[6].

«Voluntario» significa que podría obligarse a las partes a tramitar un PERC — lo que ha recibido la infeliz denominación de «requisito de procedibilidad»—, pero nunca a alcanzar un acuerdo, asistiéndoles a tal efecto el artículo 24 de la Constitución (en adelante, CE), regulador de la tutela judicial efectiva[7].

En cuanto a «disputas», rechazamos el término por genérico —para los PERC solo caben las jurídicas— y por no ser el habitualmente empleado por el del Código Civil, ni por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Por esto, preferimos «conflicto» por ser el más usado por estas mismas normas, o «litigio», por su vinculación especial con «judicial», lo que permite asociarlo automáticamente con «jurídico». Esto nos lleva a otra conclusión: solo los litigios jurídicos son susceptibles de tramitarse mediante PERC y donde «litigio» equivale a «conflicto que conceda *actio*» o, más sencillo aún, «conflicto judicializable», y que es sinónimo de *res dubia iuridica* y de «desavenencia», donde esta última no es más que la convicción íntima de que existe una prestación insatisfecha que desea reclamarse. Resulta, pues, indiferente la probabilidad de ganar en juicio o la adecuación de la reclamación al título jurídico. Ídem del anterior debe decirse en cuanto al carácter jurídicamente dudoso por interpretable de la norma en que se basa la reclamación o los hechos en que se apoya: no solo se trata de una cuestión indiferente para el PERC sino que, además, no puede resolverse durante su tramitación, sino que corresponde al juez, dentro del procedimiento judicial, aclarar aquellos extremos. En conclusión,

en lo que aquí interesa, basta que el litigio cumpla con el requisito de ser judicializable para que sea igualmente susceptible de PERC.

Finalmente, los litigios jurídicos se resuelven con acuerdos igualmente jurídicos, esto es, atributivos de acciones procesales para el caso de incumplimiento de lo acordado y donde «dando, prometiendo o reteniendo» debe entenderse como prestación de hacer de presente (incluyendo la *traditio*, si fuera precisa) o futura y de no hacer —confróntese artículo 1088 del Código Civil—, respectivamente, siempre a cambio de la renuncia de la *actio*[8].

En cuanto a los conceptos de «alternativo», «extrajudicial» y «*ceteris paribus*», pueden resumirse en el «principio de equivalencia», esto es: los PERC —a los que en lo sucesivo nos referiremos también como «circuito extrajudicial»— pretenden ser una alternativa a la vía judicial —en adelante, «circuito judicial»—, de manera que, *mutatis mutandis*, deben diseñarse como equivalentes tanto en cuanto al tipo de litigio que pueden resolver —jurídico— como por su resultado —obtención de un título semejante en términos de mercado a la sentencia—. Abundemos sobre esta última cuestión: el PERC debe dar como resultado un título que por la calidad de su (i) acuerdo —terminación ajustada a Derecho de un litigio jurídico—, (ii) redacción y (iii) forma —en cuanto que sea posible, un título público—, resulte equiparable en términos de mercado a su equivalente o alternativa judicial, esto es, la sentencia —de «auténtico equivalente jurisdiccional» nos habla AGUILERA (2016: 1730)—, pues solo entonces podrá plantearse el agente la extrajudicial como una alternativa real. Y solo cuando la equivalencia en fondo y forma del título resultante de ambos circuitos se exacta, el agente se planteará otros elementos de su cálculo como son el tiempo —tramitación— y el coste de los terceros-auxiliares. Por ello sostenemos que en tanto que esta equivalencia exacta no se logre, puede darse por inevitable el fracaso de los PERC. Y que esta es una condición necesaria pero no suficiente para su éxito.

En otro orden de cosas, creemos que la denominación de la institución no debe incluir el término «alternativo»: porque suponiendo la «opción entre dos o más cosas», la identificación como «métodos alternativos de resolución de conflictos» no informa de cuáles sean estos, de ahí que prefiramos «extrajudicial» —que de suyo implica alternativa a la vía judicial— y que no debe entenderse como «sin participación del juez» (o letrado de la Administración de Justicia) sino «resuelto sin sentencia judicial» o, aún mejor, «resuelto sin imposición de tercero». Queda así justificada la inclusión del arbitraje dentro de los PERC, pues aunque implique la imposición del laudo, el árbitro que lo dicte ha sido elegido libre y previamente por las partes; ídem para la justificación de la transacción o mediación en sede judicial, donde no existe sentencia que resuelva el litigio y, si la hubiera, sería simplemente para recoger formalmente el acuerdo —véase por analogía el artículo 36 LA—. Por añadidura, el apoyo judicial a la tramitación de los

PERC o para facilitar la ejecución de sus acuerdos (cfr. art. 8 LA), no los convierte en sentencias.

Volvamos sobre la idea de «acuerdo» que es sinónimo de «avenencia», «concierto», «conciliación», «convenio», «decisión», «pacificación», «pacto», «resolución», «transacción» y «tratado», y que resulta ser uno de los dos resultados posibles del PERC. Con él, las partes resuelven su conflicto dando, prometiendo, reteniendo o renunciando —de presente, tradicionando en el mismo acuerdo, o futuro— y renunciando a la acción o acciones que les conceda el litigio ahora superado. Existiendo varias pretensiones, es posible que el acuerdo pacifique solo algunas, de ahí que sea imprescindible la identificación en el acuerdo de la (i) fuente —contractual, extracontractual, etc. —de la desavenencia y de la concreta (ii) obligación que se reclame y se supere, de manera que la renuncia de la acción alcanzará solo a esta y no al resto de las pretensiones. Siendo, como se dijo, el litigio jurídico, el acuerdo también ha de serlo, esto es, debe conceder *actio* en caso de incumplimiento, y, si no la concede, no puede considerarse PERC[9].

En cuanto a «resolución», es la terminación de la desavenencia jurídica por el acuerdo de las partes dirigido precisamente a este fin. No tiene entonces relación con la contractual por incumplimiento de una de las partes del artículo 1124 del Código Civil, y exige una conexión inmediata entre acuerdo y superación del litigio. En consecuencia, no hay PERC cuando el litigio finaliza sin acuerdo que sea, además, voluntario como sucede, por ejemplo, en la prescripción o la renuncia unilateral de la acción. Más dudoso es el supuesto en que se pretenda la tramitación del PERC con el solo objetivo de comunicar a la otra parte la renuncia (unilateral) a la acción. Ahora bien, si esta renuncia es recepticia, esto es, precisa la aceptación para producir su efecto e impedir definitivamente su reclamación judicial, sostenemos que el PERC es el cauce adecuado pues cumpliría su función pacificadora.

Finalicemos resolviendo cómo denominar al instituto, mientras que el «procedimiento» siempre ha de existir —por muy simplificado que se presente—, el «acuerdo» puede o no alcanzarse. «Procedimiento» es entonces necesario, «extrajudicial» lo delimita de forma precisa, y donde «de resolución» establece la finalidad que le da sentido. En consecuencia, nos referiremos a ellos como «procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos (jurídicos)» o «PERC», y cuya equivalencia exacta son los MASC[10].

VI. LITIGIOS MATERIALES O EMOCIONALES

Los litigios que de manera principal interesan a este trabajo son los patrimoniales del orden civil y mercantil, por ser los generalmente transaccionables, pudiendo distinguirse entre: (i) exclusivamente patrimoniales, en

que la relación personal es meramente coyuntural e instrumental, dirigida a la celebración del negocio, y en que la actividad de los agentes se dirige principal si no exclusivamente al cálculo del valor de los activos intercambiados, de manera que celebrado el negocio o resuelta la desavenencia, la relación personal se extingue por innecesaria, y los (ii) principal pero no exclusivamente patrimoniales, porque la relación personal de las partes no solo no es meramente instrumental, sino que, además, es posible que tenga que subsistir una vez resuelto el litigio, de manera que junto con el cálculo del valor de los activos intercambiados, existen aspectos subjetivos que han de considerarse como, por ejemplo, la conservación e incluso, mejora de esta relación, dañada por el litigio; es el caso de las particiones hereditarias —entre familiares—, la disolución de regímenes económicos matrimoniales, especialmente en caso de nulidad, separación o divorcio —entre excónyuges—, o la guarda y custodia de los hijos—entre progenitores que son, a su vez, expareja—. A las dos clases de litigio se les puede aplicar el criterio objetivo del cálculo de costes y, por ende, el modelo que proponemos. Pero no es menos cierto que para los segundos puede resultar recomendable, no exigible, un acercamiento psicológico, comunicacional o negocial previo que facilite la interlocución de los litigantes. Este aspecto no-jurídico, psicológico conecta, ahora sí, con las «técnicas de mediación» sobre las que ya hemos tratado y cuya aplicación no impide ni el cálculo de costes que haga cada litigante, ni justifica la no aplicación del modelo que proponemos[11].

VII. POSICIONES JURÍDICAS INICIALES

Como ningún modelo puede considerar todos los supuestos dables en la realidad, simplificaremos el nuestro, considerando solo (i) dos litigantes —a los que llamaremos «A» y «B»— con (ii) posiciones extremas según la sostenibilidad jurídica de sus respectivas pretensiones, esto es, según que su reclamación se ajuste o no a Derecho, de manera que la de «A» se ajusta perfectamente —ajuste que expresamos con un 100%—, reclamando lo que exactamente le corresponde, y la de «B» en absoluto —ídem del anterior con el 0%—, de manera que o reclama lo que en ningún caso le corresponde o se niega a cumplir lo que debe; y, por último, con (iii) una sola pretensión. Ejemplos típicos serían los de los servicios prestados por «A» conforme a lo pactado y no satisfechos por «B» o la compraventa en que «A» entrega o quiere entregar la cosa conforme a lo pactado, y que «B», sin embargo, no quiere pagar. Nuestro modelo «100%-0%» permite, a su vez, resolver todas las situaciones intermedias, donde las pretensiones de «A» y «B» se ajusten/desajusten de forma menos extrema (v. gr., 60%-40%, 40%-60%), y donde, además, puede observarse cómo esta relación es de suma cero, asunto que pasamos a analizar.

VIII. EL CÁLCULO INVERSO DE LOS COSTES

Si «A» obtiene la prestación que reclama de, por ejemplo, cien unidades monetarias, y que, como se dijo, está ajustada en Derecho al 100%, es porque «B» la ha satisfecho, perdiendo entonces esta misma cantidad. La estrategia racional de «A» es recibir este importe cuanto antes y sin costes operativos de recuperación, que no harían sino disminuir la cantidad final que ingrese, donde las alternativas posibles principales, consideradas de menor a mayor coste operativo, son: que «B» cumpla en plazo y *motu proprio*, que «A» tramite un PERC y «B» cumpla; y, por último, que «A» demande a «B» para obtener el cumplimiento. La de «B» es, en cambio, exactamente la contraria: si paga, se verá privado de lo pagado, y «cuanto antes» no significa para él más que acelerar la pérdida, por lo que su estrategia procesal racional pasa por no cumplir y, si se le compele a hacerlo, obligar a «A» a incurrir en tantos costes operativos de recuperación de la deuda como sea posible, de manera que estos se aproximen, igualen o, mejor aún, superen, al importe de lo reclamado por «A», pues de esta manera, la probabilidad de que «A», agente racional, reclame su importe, se acercará progresivamente a cero. Así se entiende que el cálculo de costes de los PERC no debe hacerse agregado para «A» y «B» —como venían haciendo los juristas que reflexionaban sobre el fracaso de los PERC o alababan sus virtudes—, porque los litigantes no razonan en términos funcionales generales —del ordenamiento jurídico—, sino desagregado para cada uno de ellos, porque, movidos por la misma racionalidad, disponen de una cuenta de resultados distinta y vinculadas por una relación de suma cero. Y también entonces se comprende que un diseño institucional correcto de los PERC es aquel que acerque a cero sus costes operativos, de manera que no perjudiquen la cuenta de resultados de «A» y, con ello, la probabilidad de que reclame, o, visto desde la otra perspectiva, que reduzcan el espacio de protección procesal de «B». La estrategia racional de «B» consistirá en obligar a «A» a tramitar el PERC, alargarlo el máximo posible en el tiempo y con los mayores costes asociados, siempre sin ánimo genuino alguno de alcanzar un acuerdo —acuerdo al que no está obligado, *ex* artículo 14 de la Constitución—, pues se trata, para «B», de que «A» tenga, además, que tramitar después el procedimiento judicial, donde, exhausto por las fases procesales hasta entonces transitadas, aún deberá enfrentarse a la eventualidad de que la sentencia que se dicte no se ajuste exactamente a la pretensión que reclame (100%) sino solo parcialmente, por la razón que fuera, y donde esta incertidumbre debe incluirse en el cálculo de costes que haga «A», lo que le desincentivará aún más a reclamar a «B»[12].

Y a este razonamiento procesal debe añadirse otro de responsabilidad en el sentido del artículo 1902 del Código Civil, que incentiva aún más la

actuación disfuncional para el ordenamiento jurídico de «B» pero funcional para su cuenta de resultados, y es que no responderá del uso abusivo que haga de los recursos judiciales sufragados por el contribuyente, y solo imperfectamente de los que ocasione al otro litigante, de manera que se fomenta que «recurr[a] y recurr[a] y no pas[e] nada» (GARCÍA BUENO, 2021). Se concluye entonces que un diseño racional de los PERC no solo tenderá a reducir a cero sus costes, sino que, además, los imputará al agente que los genere, de manera que se vea obligado a incluirlos en el cálculo de su cuenta de resultados a efectos de fijar su estrategia procesal.

Así se entiende que, *ceteris paribus*, el PERC solo tendrá naturalmente éxito cuando las pérdidas y ganancias de los litigantes por razón del procedimiento puedan calcularse por estos como similares y, *a contrario*, rechaza toda racionalidad anticipar ningún éxito al PERC a medida que la relación de ganancia y pérdida de los litigantes se va alejando entre sí. Y si, existiendo una relación de ganancia y pérdida similar entre litigantes, estos no intentan el PERC o, intentándolo, no alcanzan un acuerdo que les evite los costes procesales, solo puede explicarse porque: carecían de la información necesaria para calcular los costes o para tramitar el procedimiento adecuado, la falsa seguridad que genera el *statu quo* o porque las relaciones emocionales que acompañen al litigio patrimonial impidieron iniciar siquiera la negociación: aquí tendría entonces sentido un primer acercamiento propio de las «técnicas de mediación» para después proceder con el estrictamente jurídico[13].

IX. LA INCERTIDUMBRE DE LA SENTENCIA

Apuntamos más arriba que siempre es posible que la sentencia que eventualmente se dicte en resolución del litigio no se ajuste exactamente a la reclamación realizada e, incluso, que se le reconozca a «A» menos de lo que reclama. Este posible desfase sobre la reclamación inicial resulta incalculable precisamente en el momento procesal en que debería serlo para que «A» pueda decidir racionalmente si litiga o no. Por otra parte, bien podría decírsenos que semejante sentencia no vendría sino a reconocer el hecho de que la reclamación de «A» no se ajustaba realmente al 100% a Derecho, es decir, que era pluspetitoria. Pero lo cierto es que en una sentencia concurren elementos valorativos que pueden hacer que dos jueces, con las mismas normas y supuestos de hecho, resuelvan de forma, al menos, parcialmente distinta. Y esta incertidumbre perjudica únicamente a «A» y beneficia, también únicamente, a «B», donde el primero ha de tomar una decisión sin la certeza de que la sentencia le reconozca todo lo reclamado —siendo este importe con el que compara los costes de recuperación de lo que se le

adeuda—, pero con la seguridad de que cualquier procedimiento que inicie le exigirá desembolsar cantidades prácticamente a fondo perdido, cantidades que con seguridad no le serán devueltas en su totalidad en la condena en costas que se dicte, condena con un sentido y por un importe inciertos.

Para «A» el cálculo es sencillo: importe de lo adeudado menos todos los costes operativos en que incurra y no recupere, y donde a la incertidumbre del sentido de la sentencia deberá atribuirle un precio: cuanto más se acerque a cero el resultado de esta resta, menor probabilidad de que litigue. Aún deberá incluir la depreciación del importe por el tiempo transcurrido. «B» por su parte, puede adoptar una actitud simplemente pasiva —esperar a ser demandado, si es que efectivamente lo es tras el cálculo realizado por «A»— o, incluso, activa, si así se lo permite el diseño institucional, obligando a «A» a incrementar los costes procesales que deba soportar, por la vía de forzarle a tramitar un PERC cuando la ley así lo prevea, pues es una ley de hierro que a mayores gastos procesales soportados por «A» menor probabilidad de verse demandado. De esta manera, el PERC pasará de ser un auxilio para «A» a representar una partida de gasto improductivo más que deberá incluir en su cálculo y que le disuadirá de litigar, beneficiando así la ilegítima posición de «B», momento en el que «A» se verá forzado a desistir de su (legítima) pretensión o a rebajarla para que «B», ahora graciosamente, cumpla al menos parte de lo que le corresponde.

Un diseño institucional racional nunca concedería a «B» las herramientas necesarias para incumplir, ni privaría a «A» de las que precise para ver satisfecha íntegramente su legítima pretensión, y para ello es necesario reducir los costes procesales de manera que tiendan a cero, ora por su diseño ora porque, generados, se imputen al agente que los causó por hacerlos inevitables.

Aún se nos podría decir que la creación de un modelo como el que aquí proponemos es imposible porque, no pudiéndose considerar el universo completo de sentencias que se dicten, falta a los litigantes el elemento esencial con el que hacer su cálculo de costes. Pero a esto respondemos que siendo la norma reguladora que resuelve el litigio constante, también puede presumirse que, a largo plazo, lo sea también la sentencia que la aplique, de manera que puede anticiparse que esta será igual a aquella.

Por añadidura, y de acuerdo con nuestra experiencia, en la práctica, los litigios típicamente conciliables no son tanto jurídicos como fácticos: los litigantes no discuten tanto su título jurídico como el bien que deba adjudicárseles o su valor. Es lo que sucede con las particiones de comunidades —hereditarias o no—, o con la valoración de los activos y la adjudicación de bienes concretos en los procesos de repartición patrimonial como consecuencia de nulidad, separación y divorcio de los esposos así como en los de litigios entre socios —que se resuelven, entre otros, mediante simples pactos

a la andorrana—.Todo lo anterior se dice sin perjuicio de supuestos más jurídicos como en el caso de los deslindes. Unos y otros son, principalmente, patrimoniales, lo que nos devuelve a la reflexión que ya hiciéramos sobre cuál creemos que será el principal campo de actuación de los PERC.

X. EL TERCER AGENTE: EL ESTADO

Hasta ahora hemos planteado los PERC como un acuerdo jurídico entre litigantes, dirigido a superar una desavenencia legal. Pero lo cierto es que existe un tercer interesado tanto en que se alcance el acuerdo como en su contenido. Nos referimos al Estado.

En cuanto a lo primero, porque, de no alcanzarse, los litigantes deberán acudir al circuito judicial para obtener una resolución que pacifique el conflicto, circuito sostenido a costa del erario —en realidad, de los contribuyentes—, cuyo interés principal es que esta partida sea la menor posible, lo que significa, en la práctica, que los litigantes alcancen un acuerdo extrajudicial. De ahí que el interés de «A», por una parte, y del Estado y sus contribuyentes, por otra, sean exactamente coincidentes. En cuanto a lo segundo, porque al Estado le interesa no solo que las partes alcance un acuerdo (extrajudicial) sino que, además, este resulte ajustado hasta un 100%, si es posible, a la legítima pretensión de «A», esto es, a la sentencia que eventualmente se dictara y para incrementar el porcentaje de acuerdos extrajudiciales alcanzados en relación con los litigios judicializables, necesita incentivar que «A» intente en todo caso el PERC—léase, imponerle el requisito de procedibilidad— y desincentivar la previsible actividad procesal disfuncional de «B» y la improbable de «A» en forma de pluspetición por la vía, en estos dos últimos casos, de imputarles sus costes, asunto que pasamos a tratar.

XI. LA REORDENACIÓN DE COSTES

1. Introducción

Es un hecho que los litigantes prefieren acudir al circuito judicial antes que al extrajudicial, siendo el uso de este último marginal, anecdótico. Siendo los litigantes agentes racionales y asumiendo que el acuerdo de superación del litigio exige el consentimiento de ambos, la única explicación posible es que los costes agregados de la sentencia (como resultado) y del judicial (como procedimiento) sean, para al menos uno de ellos, inferiores que los de su alternativa (PERC y acuerdo). Y este litigante tiene que ser, por los

motivos expuestos, aquel, cuya posición jurídica se ajusta menos a Derecho, esto es, «B». La manera de atraerle al procedimiento tiene que hacerse por la vía de incrementar los costes que para él tenga su renuencia a alcanzar el acuerdo, de manera que se acerquen, igualen o, incluso, superen los de la deuda que se le reclame por «A» pues, entonces le resultará más racional alcanzar un acuerdo. Y la forma de reforzar la posición de «A» consiste en reducir tanto los requisitos procesales como los costes que para él tenga el PERC cuando se le exija su tramitación como requisito de procedibilidad, e imputar todos aquellos en los que incurra judicial y extrajudicialmente a «B», haciéndose estos costes previsibles por calculables *ex ante*. Por último, la posición del Estado se asemeja parcialmente a la de «A»: debe poder recuperar todos los gastos realizados durante el procedimiento judicial cuando una o ambas partes no hayan cumplido con alguno de los requisitos que exija, requisitos que preferiblemente habrán de ser objetivos —cumplimiento de ciertas formalidades— y solo en última instancia, subjetivos.

2. Oferta, o sea, cuándo debe darse por intentado el PERC

Vistos los incentivos de cada uno de los tres interesados en el PERC, consideremos algunas cuestiones más: primero, que es posible imponer como requisito previo de acceso al circuito judicial que el demandante haya intentado el PERC. Es lo que ha venido en denominarse «requisito de procedibilidad», aún no exigido por la legislación vigente pero que se pretende introducir por el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal (2020); segundo, que ninguno de los litigantes puede ser obligado a permanecer en el PERC; tercero, ídem del anterior en cuanto a alcanzar un acuerdo que pacifique el litigio; cuarto, que los agentes racionales solo considerarán la vía extrajudicial como alternativa cuando, ofreciendo un título equivalente en términos de mercado al de la sentencia, (quinto) reordene la atribución de costes de tal manera que obligue a los litigantes a un nuevo cálculo y logre que aquellos se acerquen a los de la deuda reclamada o que se les reclame, es decir, que reequilibre lo que ambos litigantes puedan ganar y perder con la falta de acuerdo extrajudicial.

Desde el punto de vista de la interposición del PERC, paso imprescindible para que se pueda tramitar, existente que sea una desavenencia jurídica, «A» tiene dos opciones: intentar la vía extrajudicial o acudir directamente a la judicial. Dado el sistema actual de atribución de costes y que no impone el requisito de procedibilidad, no optará en ningún caso por el conducto extrajudicial, porque siendo el acuerdo racionalmente imposible, únicamente incurriría en costes ineficientes, acercándole al importe reclamado y con ello haciendo más probable que desista de su reclamación, en beneficio de «B».

Su única decisión racional es, pues, despreciar el circuito extrajudicial. Y con el actual diseño institucional de reparto de costes, exigir, además, el requisito de procedibilidad alejará definitivamente a «A», tanto del circuito judicial como del extrajudicial, siempre en beneficio de la pretensión ilegítima «B». Obsérvese que el espacio de desprotección de la pretensión legítima de «A» causada por la estructura institucional actual de costes es equivalente al de protección de la pretensión ilegítima de «B» —al que llamaremos «espacio (ilegítimo) de protección procesal»—. En consecuencia, introducir el requisito de procedibilidad —cuyo coste, en todo caso, debe tender a cero— tiene sentido si, y solo si, se modifica a la vez el sistema de imputación de costes procesales que, deben atribuirse íntegramente, esto es, la totalidad de los producidos, y hacerse calculables, ciertos y con criterios de imputación, en lo posible, objetivo, a quien realmente los genere.

¿Cuál es el mínimo necesario y, por tanto, exigible al PERC, sin el cual no podría darse por intentado? La realización de una oferta en que se identifique la fuente de la relación jurídica, la reclamación que se haga, y la propuesta de renuncia de la acción que le corresponda al oferente en caso de aceptar aquella, así como el plazo que le conceda —plazo mínimo que deberá ser fijado por el legislador, contado desde la recepción de la oferta— para aceptarla. Precisamente, la notificación de esta oferta equivale a iniciación del PERC, y donde el coste de la que se haga con respaldo probatorio correspondiente a un burofax, equivale a ocho euros y setenta y seis céntimos (8,76€; CORREOS) más el impuesto sobre el valor añadido (en adelante, IVA). Obsérvese que con este sistema no solo se permite iniciar el PERC a «A» cuando lo considere oportuno, sino que, además, se reduce significativamente su coste, pues no son necesarios terceros que le auxilien, ni forma documental alguna, de manera que hace racional tramitarlo por reclamaciones de pequeñas cuantías, reclamaciones a las que acertadamente se refieren ESCUDERO y ZUÍL (2019) con ocasión de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, de la que trataremos más adelante. Obsérvense las alternativas ofrecidas hasta ahora: el CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO ESPAÑOL calcula en ciento cincuenta euros la hora de sesión de mediación, divididos teóricamente «a partes iguales entre las partes que acuden a la mediación» pero que, en realidad, serán al solo cargo de «A», demandante del servicio. Considerando solo dos sesiones de mediación sin otros gastos notariales probables, resulta racional que «A» no reclame por este circuito deudas inferiores a trescientos euros; nuestro modelo, en cambio, es el 2,92% del gasto notarial probable, de manera que reduce en 291,24€ el espacio de ilegítima protección procesal de «B», reordenando los costes de una forma racional, y prescinde, además, de elementos superfluos en esta fase procesal, tales como la «reunión exploratoria» (Anteproyecto de Ley de impulso de

la mediación, Dos), introduciendo, de una manera natural, el requisito de procedibilidad, de forma que no exista procedimiento judicial para el que no se haya intentado previamente su respectivo PERC[14].

Se nos puede criticar que el modelo de iniciación del PERC aquí propuesto traslada el coste a «A». Cierto, pero no existe alternativa pues, como se dijo, no se puede obligar a «B» a que la formule, ni se espera que lo haga por resultar irracional de acuerdo con su cálculo de costes. Por añadidura, se trata de un coste mínimo comparado con aquellos en que se incurriría de acudir al circuito judicial, por lo que existe proporcionalidad entre lo exigido por el legislador y el coste que se pretende evitar.

Igualmente, se nos puede alegar que la tramitación del PERC no constituye sino nueva concesión de plazo al deudor. Cierto, pero esta crítica no es específica contra nuestro diseño sino contra todo PERC, y su alternativa sería acudir directamente al circuito judicial, con lo que nada se habría logrado en orden a la mejora de resultados del circuito extrajudicial.

También se nos puede señalar que nuestro modelo prescinde de la negociación. Muy cierto: ni la consideramos esencial para alcanzar el acuerdo, pues el deudor ya conoce, por lo general, el contenido de su obligación, ni es previsible que «B» se preste a negociar como no sea para alargar el procedimiento, en perjuicio y contra el patrimonio de «A». Se trata entonces de que el de procedibilidad sea un requisito que se dé por cumplido cuanto antes al menor coste posible con el objetivo de alcanzar la fase judicial.

Por último, en cuanto a «B», el modelo no le desampara procesalmente en ningún momento: es libre para aceptar la oferta que se le realice o para contraofertar —asunto, este último, que trataremos seguidamente—, cuando considere que la que se le ha hecho resulta pluspetitoria. Pero en ningún caso su decisión podrá perjudicar procesalmente a «A», pues una vez realizada la oferta, solo debe esperar a que transcurra el plazo previsto por el legislador para dar por cumplido el requisito de procedibilidad. Le basta, pues, con realizar oferta y conservar prueba de su notificación para poder acceder al circuito judicial[15].

3. Reacción a la oferta

Notificada necesariamente por «A» —por razón del requisito de procedibilidad— la oferta superadora del litigio —seguramente, la pura y simple reclamación de lo que se le adeuda—, «B» puede ignorarla, aceptarla o contraofertar, estas dos últimas, dentro del plazo a que nos referimos en el apartado anterior. Si no se imputa a «B» coste alguno por la decisión que adopte, lo más probable es que ignorare la oferta —obligando a «A» a acudir al circuito judicial— o, peor aún, crear la apariencia de que está

negociando con el único interés de alargar la fase procesal y hacer incurrir a «A» en tantos costes como sea posible para que desista de su reclamación. En nuestro diseño institucional, la imputación de costes, para el caso de que el litigio se judicialice, es como sigue: (i) si «B» no contesta la oferta que se le haga, o lo hace fuera de plazo, deben imputársele en todo caso y en su totalidad las costas en que incurran tanto «A» como el Estado; (ii) si «B» sí contesta la oferta que se le haga, formulando a su vez contraoferta, que no sea, a su vez, aceptada por «A», será condenado en costas, con la extensión indicada, aquel cuya oferta más se aleje de la sentencia finalmente dictada.

De esta manera, se incentiva la aceptación de la oferta o la formulación de contraoferta pues, en caso contrario, la condena en costas para «B» es automática —en la actualidad, no sufre sanción alguna— y por la totalidad de las generadas, a partir de un hecho objetivo que no permite recurso; igualmente, se incentiva, para el caso de ofertas cruzadas, que el pluspeticionante ajuste su reclamación a lo que jurídicamente le corresponde, de manera que el acuerdo que se alcance coincida con Derecho, por lo que resulta racional para «B» participar constructivamente en el PERC, pues con su actividad procesal persigue ora que no se le imputen las costas, ora que no se le reclame más de lo que verdaderamente adeuda.

Podemos clasificar los siguientes resultados, de más a menos deseables: (i) cumplimiento *motu proprio* de «B» —no resulta necesario el PERC, ni el circuito judicial y los costes operativos =0—; (ii) cumplimiento inmediato de «B» tras intimación de «A» —donde «intimación»=(solicitud de) PERC y con costes operativos ≈0—; (iii) cumplimiento de «B» tras PERC con negociación —donde los costes operativos serán, principalmente, los del tercero-auxiliar, si interviene, o ≈0 en la transacción—; (iv) incumplimiento de «B» pese a la intimación de «A» o, peor aún, tras una negociación —los costes serán =(ii) o (iii), respectivamente—. La ecuación ideal es aquella en que (a) oferta=acuerdo=sentencia y, además, (b) costes =/≈0.

A efectos de concluir cuál de las dos ofertas cruzadas queda más ajustada a sentencia (=Derecho), resulta de vital importancia que la oferta exponga claramente el *petitum* y que este coincida exactamente con el de la demanda —mejor aún si la demanda es simple transcripción de la oferta de PERC—; de no coincidir *petitum* de PERC y el de la demanda, estaríamos ante un caso semejante a aquel en el que «A» no formuló oferta, imputándosele entonces las costas —pues ya no cabe inadmisión de la demanda—.

¿*Quid* si la única oferta existente es significativamente pluspetitoria? Se puede alegar que, en tal caso, no parece adecuado imputarle las costas a «B» y que, además, se incentiva la pluspetición. Pero nosotros respondemos que de esta pluspetición bien podía haberse defendido el propio «B» por el sencillo método de haber formulado contraoferta en plazo.

Por añadidura, nuestro modelo da cabida a que «A» consienta en la aceptación u oferta formuladas por «B» fuera de plazo, pues es de prever que racionalmente le interese más la aceptación o la oferta, viendo así satisfecha su prestación o teniendo la esperanza fundada de que lo sea, que iniciar un procedimiento judicial.

Por último, sobre la duración de este plazo —ninguna de las normas de Derecho español, presentes o futuras, regula esta cuestión—, podemos ofrecer ciertas orientaciones: el del Anteproyecto de LM —treinta días y tres meses— para la duración de la mediación parece excesivo; más razonable es el de la LEC para contestar la demanda del juicio verbal —diez días hábiles, artículo 438.1 LEC— y ordinario —veinte hábiles, artículo 407.2 LEC—, que, por su identidad de razón procesal con el PERC, podrían usarse por el legislador para futuras reformas.

4. Contraofertas, sentencia y casos jurídicamente dudosos

Existiendo ofertas cruzadas, el juez debe decidir cuál es la que más se acerca a su sentencia, pues su aceptación habría evitado las costas del circuito judicial al otro litigante y al Estado. «Cercana» debe entenderse en nuestro modelo como «jurídicamente equiparable», lo que significa que el título alegado y la reclamación efectuada resulten compatibles con el reconocimiento que de su derecho se haga en la sentencia —lo que alcanza, por ejemplo, a la valoración que «A» hubiera hecho de los activos del litigio—, sin necesidad de que los concretos bienes que se le adjudiquen por sentencia coincidan con los que se hubiera pretendido adjudicar por la oferta —por ejemplo, el oferente proponía que se le adjudicara un libro y finalmente se le adjudica un cuadro por el mismo valor—. Y cuando ambas ofertas sean igualmente compatibles o incompatibles con la sentencia, ora por su fundamento jurídico ora por los bienes en que se concrete, debe el juez, ahora sí, recurrir a criterios subjetivos para la atribución de costas: si alguna de ellas hizo mayores esfuerzos en alcanzar un acuerdo —por ejemplo, ofreciendo un pacto a la andorrana, por el que uno fija precio y el otro elige si vende o compra al otro a tal precio— que evitara el litigio.

¿*Quid* si existiera más de una pretensión —el modelo que hemos manejado hasta ahora era de pretensión única— y la oferta formulada de uno se acerca más en una pretensión, pero se aleja en la otra? Que el juez deberá considerar la imputación de costas en términos globales, ora pretensión por pretensión, ora considerando la oferta y la sentencia en su conjunto.

¿*Quid* tratándose de supuestos jurídicamente dudosos, es decir, cuando no pueda anticiparse la sentencia porque exista debate su alcance jurídico?

Que ni «A» ni «B» pueden formular una oferta ajustada a Derecho pues no conocen este (v. gr., quién tiene derecho al libro de la herencia), por lo que se resuelve imputando las costas a quien causó la duda, esto es, al Estado-legislador, solución, por cierto, consistente con la del artículo 394 LEC.

5. Las costas y su imputación: integridad, causalidad, calculabilidad y certeza

Nuestro modelo se basa, principalmente, en una nueva concepción de la imputación de costas judiciales generadas, que las relaciona con la estrategia procesal de las partes durante el PERC, y su condena se produce automáticamente, por la totalidad de las generadas, tomando en consideración ora el hecho de no contraofertar, ora una percepción subjetiva pero fundada en Derecho —lejanía relativa de la oferta/contraoferta respecto de la sentencia que finalmente se dicte—. No cabe, pues, la no imputación en costas, ni tampoco su imputación parcial, pues su contraria desincentivaría que «A» formulara PERC e incentivaría la conducta procesal disfuncional —no dirigida al acuerdo— de «B».

Para nosotros, las costas deben caracterizarse por su integridad, causalidad, calculabilidad y certeza. Primero, cada litigante debe dar por cierto que soportará todos los gastos que provoque al otro litigante y al Estado por razón del litigio; segundo, también debe conocer la causa por la que se le imputen: no haber contestado a la oferta que se le formule o haber realizado una más alejada que la de su litigante, comparada con la sentencia que se dicte; tercero, cada litigante debe disponer de la información necesaria para poder calcular, antes, incluso, de iniciarse el PERC, y de la forma más exactamente posible, el importe al que ascenderán los gastos de los que responderá; y, por último, cuarta, debe dar por cierto que siempre responderá de estos gastos, sin que ni siquiera el juez pueda exonerarle de ellos, fuera de los casos jurídicamente dudosos.

En cuanto a la calculabilidad, el modelo que proponemos resultaría significativamente mejorado si el Estado anticipara una tabla con sus costes procesales. De igual mejora se beneficiaría el modelo propuesto en relación con la certeza, si en los supuestos de imputación objetiva de gastos—por falta de contestación a la oferta—, incluidos los que se prevean judicialmente, estos fueran exigidos a «B» al tiempo de que «A» presente la demanda y no al de dictarse la sentencia pues la inmediatez de su pago incentiva al primero a alcanzar un acuerdo cuanto antes, para poner fin, tan pronto como sea posible, a la vía judicial.

Proponemos así superar el actual modelo, basado en que «el que pierde el litigio paga las costas», por el de «quien impide el PERC, paga».

Hacemos de esta manera que un cálculo que es imposible —pues no se puede anticipar la sentencia— y subjetivo —porque exige la apreciación del juez para determinar quién ha perdido el pleito, especialmente cuando existan una pluralidad de reclamaciones cruzadas que sean parcialmente reconocidas—, se convierta en otro posible, calculable exactamente, cierto y causalmente objetivo, al menos, en cuanto a esto último, parcialmente —de manera que, en lo sucesivo, el recurso contra la sentencia en costas (art. 245 LEC) solo podrá tener lugar en el caso de las ofertas cruzadas—. Por añadidura, pasamos de un modelo de responsabilidad imperfecta —«B» solo responde de las costas generadas al otro litigante, no al Estado, y, aun así, solo parcialmente— a otro perfecto. De esta manera se incentiva que «A» inicie el PERC y que «B» despliegue una actividad funcional, tendente a alcanzar un acuerdo, pues tiene la certeza de que, de no hacerlo, será necesariamente condenado en costas y, además, por qué importe. Se nos podrá decir que el modelo da lugar a la aparente paradoja de que quien pierda el pleito pueda, sin embargo, ganar en costas (confróntese art. 394.1 LEC): cierto, pero es estas no deben conectarse causalmente con el resultado del procedimiento judicial sino con la actividad disfuncional en fase prejudicial[16].

Por añadidura, nuestro modelo respeta los dos límites legales de todo PERC, (i) la igualdad de trato procesal de las partes (art. 14 CE) durante su tramitación y (ii) el acceso a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), y lo hace teniendo en cuenta los principios de (iii) proporcionalidad jurídica —el PERC que se tramita es el mínimo legalmente necesario, consistente en una oferta, y prescindiendo de terceros auxiliares—, (iv) proporcionalidad económica —el coste de tramitación del PERC asciende a los 8,76€ de su notificación con prueba—; y, por último (v) funcional —el diseño del PERC está orientado a la fase judicial, pues identifica el *petitum* y su fundamento jurídico, así como deja resuelta la imputación de costas cuando falte contestación a la oferta—.

Por último, ¿qué conceptos se incluyen dentro de las costas? Primero, todos los generados, judicial y extrajudicialmente, al otro litigante: no solo «procuradores, abogados, peritos y demás personas que hayan intervenido en el juicio» (art. 242.3 LEC), sino, también, el tiempo y coste de oportunidad. Todos estos importes deberán ser actualizados y aplicárseles el interés moratorio, en ambos casos desde que finalizó el plazo para ofertar/contraofertar, pues fue en este momento en el que pudo haberse resuelto el litigio. Segundo, ídem del anterior en cuanto a los generados al Estado, esto es, al contribuyente, por los servicios prestados por los funcionarios públicos, así como por los materiales e instalaciones empleados en el circuito judicial[17].

6. Un nuevo texto legal

Proponemos la redacción que sigue para los PERC

«1. Se considerará intentado el procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos (PERC), también conocido como medio adecuado de solución de controversias (MASC), cuando el futuro demandante judicial notifique al futuro demandado una oferta completa que describa en términos exactos el litigio, su fuente jurídica y el acuerdo o acuerdos que proponga para superarlo, renunciando a su *actio*. No se admitirá a trámite la demanda judicial si el demandante no prueba la notificación de la oferta.

2. Presentada la demanda judicial, el juez condenará en todo caso en costas según las reglas siguientes: Primera: Al demandante, si no hubiera tramitado el PERC de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, o si la oferta y la demanda judicial difieren en la fuente de la relación jurídica o su *petitum*. Segunda. Al demandado, si no probara haber contestado a la oferta que le hubiera notificado el demandante. Tercera: Si demandante y demandado se hubieran notificado mutuamente ofertas: comprendiendo el pleito una sola pretensión, será condenado el litigante cuya oferta más se aleje jurídicamente, en opinión fundada del juez, de la sentencia; comprendiendo el pleito varias pretensiones, se procederá de la misma manera, donde el juez valorará la cercanía jurídica de la oferta en su conjunto. Cuarta. Si el pleito versara sobre cuestiones dudosas, de hecho o de Derecho, el juez liquidará las costas pero no las imputará a ninguno de los litigantes.

3. Las costas comprenden todas las generadas al litigante desde que venció el plazo para aceptar su oferta única o la más cercana jurídicamente a la sentencia que se dicte. Se incrementarán en el porcentaje que establezca el legislador para incluir el coste de oportunidad, su actualización y el interés de demora, así como otros no calculables o de difícil prueba, pero ciertos, contado desde el mismo momento. Son también costas, con el mismo alcance indicado, las generadas al Estado por la utilización de los recursos judiciales, que le serán satisfechas directamente por el condenado en costas.

4. Cuando la imputación de costas pueda hacerse al tiempo de la contestación de la demanda, por tratarse de uno de los supuestos del apartado 2. Segunda, se llevará a cabo inmediatamente, así como su reclamación, al tiempo de la presentación de la demanda, sin esperar a que se dicte sentencia».

XIII. REDUCIR LA LITIGIOSIDAD: ACUERDOS EXTRAJUDICIALES O BARRERAS PROCESALES

Las constantes reclamaciones del CGPJ al legislador para que regulara un uso más racional de los servicios judiciales que resolviera su atávica sobre-

carga dieron lugar a numerosas anteproyectos, proyectos y leyes, así: Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (en adelante, Ley de medidas de agilización procesal), el Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (usamos el manejado en el Congreso, (2011; en adelante, Proyecto de Ley de mediación), la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (en adelante, Ley de Tasas), el Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación (2019; en adelante, Anteproyecto de Ley de Mediación, 2019) y, por último, el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (2020; en adelante, Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal).

Pero ni todos ellos se han dirigido a regular los PERC, ni, tampoco, a lograr más acuerdos ajustados a Derecho —lo que habría constituido una auténtica racionalización—, sino a disuadir de la utilización de los servicios judiciales, empezando por los litigios contra la Administración pública, con la Ley de medidas de agilización procesal (2011) que (i) soslaya tanto la diferente capacidad económica de los litigantes —un sujeto privado enfrentándose contra la Administración pública—, como (ii) la valoración que sus utilizadores hacen de estos recursos por la desconexión entre accionante y responsable —pues el funcionario que litigue no sufre en su propio patrimonio los costes procesales, por lo que no se ve obligado a comparar los del procedimiento con el valor de la reclamación—, de manera que el desgaste económico del sujeto privado o la amenaza de este desgaste no solo es probable, sino que, además, se convierte en estrategia procesal que provoca la evitación o abandono del procedimiento judicial por el particular; (iii) soslaya igualmente la posición de desequilibrio en cuanto a los medios probatorios; y, por último, lo anterior se produce en un entorno de (iv) costas incalculables e insuficientes para cubrir los procesales realmente asumidos por el particular.

El legislador abundó en la técnica obstaculizadora un año más tarde (2012), al aprobar la Ley de Tasas, que introducía una nueva barrera procesal; el mismo año, el Proyecto de Ley de mediación, pretendió obligar a tramitar el PERC «cuando lo prevea la legislación procesal» como requisito previo al circuito judicial (art. 7.1), aunque no pasó finalmente al Proyecto manejado en el Senado (art. 6). Esta norma últimamente citada proclamaba acertadamente que «el éxito de la mediación [en realidad, de todo PERC] depende en buena medida de si los ciudadanos encuentran en ella un procedimiento muy simplificado y de bajo coste, […] [con] un procedimiento elemental, informal, y reducido en el tiempo».

En 2019, el Anteproyecto de Ley de Mediación retomó el requisito de procedibilidad, llamado ahora de «obligatoriedad mitigada», limitada a ciertas materias «o bien cuando el tribunal en el seno de un proceso considere conveniente que las partes acudan a esta figura». Esta reforma tiene la virtud de que, ahora sí, nos ofrece un contenido mínimo de PERC —se entenderá tramitado con la celebración de «una sesión informativa y una sesión exploratoria del conflicto», si es posible, «en un mismo acto», con el fin de que las partes en litigio «reciban del mediador información clara y precisa de la naturaleza de la institución, de la estructura del procedimiento y de los beneficios frente a la vía judicial»—, aunque, en todo caso, muy superior al mínimo necesario, como ya argumentamos.

Por último, en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal (2020) la «obligatoriedad mitigada» pasa a ser «requisito de procedibilidad». Esta norma es interesante por varias razones:

1. En cuanto a la definición de PERC —a los que llama «medios adecuados de solución de controversias» (MASC)—, acierta al ofrecer una amplia: «cualquier tipo de actividad negocial a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral» si bien la referencia a la buena fe es inapropiada, pues la adecuación es la del «medio», lo que nosotros llamamos «procedimiento». Ahora bien, lo cierto es que nada aporta esta definición a lo que dispone el artículo 1809 del Código Civil;

2. En cuanto al contenido nuclear del PERC, descrito en el artículo 14: oferta —que por serlo tiene el carácter, precisamente, de vinculante— que «permit[a] dejar constancia de la recepción por la parte requerida de la propuesta de negociación, así como de su fecha, contenido e identidad de la parte proponente», donde nosotros hemos incidido, además, en el contenido jurídico de la misma —descripción exacta de litigio y propuesta de solución— para conectarlo con la condena de costas procesales y la fecha de su cálculo. El artículo 2.2 viene a dejar sin efecto el anterior planteamiento para cuantías que superen los dos mil euros, salvo que una ley lo exceptúe expresamente, pues entonces «será preceptiva la asistencia letrada a las partes […] a) cuando se acuda a la formulación de una oferta vinculante.

b) Cuando se acuda a la conciliación privada o a la mediación, siempre que el conciliador o el mediador no sea profesional del derecho». La norma es criticable por dos motivos: porque en ambos casos supone una desproporción entre fin y medios: en el primer caso, debería ser el interesado quien decida si precisa o no un abogado; y, en el segundo, porque para el control de legalidad del acuerdo de mediación ya se prevé que el interesado acuda voluntariamente al notario (art. 25 LM que no es más que repetición

del 17 LN); y para la conciliación, el control de legalidad del acuerdo es automático y se realiza por el registrador, letrado de la Administración de Justicia o juez;

3. En cuanto a las costas, incluye acertadamente las extrajudiciales (art. 8: «en el caso de que intervenga un tercero neutral, sus honorarios profesionales serán objeto de acuerdo previo con las partes intervinientes [pero] si la parte requerida para participar en el proceso negociador no acepta la intervención del tercero neutral designado unilateralmente por la parte requirente, deberá esta abonar íntegramente los honorarios devengados hasta ese momento por el tercero neutral»);

4. En cuanto al requisito de procedibilidad, peor opinión nos merece el «acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias para que sea admisible la demanda […] [debiendo] existir […] identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones sobre dicho objeto pudieran variar», pues genera indefensión al receptor de la oferta, que no pudo contraofertar y a quien, sin embargo, se le imputan costas;

5. En cuanto a los diferentes tipos de PERC, no son más que soluciones que ya existían y estaban a disposición de las partes: mediación, conciliación, opinión neutral de un experto independiente —que no es PERC, pues es la aceptación de la opinión por las partes, haciéndola suya, lo que supera el litigio, convirtiéndolo entonces en transacción—, oferta vinculante confidencial —que si es oferta, ya es vinculante, lo que supone una redundancia, y que, además, tampoco es PERC sino actuación o medio jurídico por el que una de las partes concreta su propuesta de solución a la otra y que puede tener lugar en dentro de una mediación, conciliación, arbitraje (art. 36 LA), donde el que sea confidencial nada aporta al PERC—, y «cualquier otro tipo de actividad negocial no tipificada legalmente […] singularmente, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negocial se desarrolle directamente por las partes asistidas de sus abogados cuando su intervención sea preceptiva»;

6. En cuanto a la prueba del PERC, o sea, en cuanto a quiénes pueden emitir documentos probatorios de su tramitación, no estamos de acuerdo con el modelo propuesto porque crea un mercado cautivo: debería admitirse cualquier medio válido en Derecho, donde el litigante que tramite el PERC pueda decidirse por el procedimiento con menores costes agregados. Más sorprendente es aún su contenido: «declaración solemne de que las dos partes han intervenido de buena fe en el proceso, para que surta efectos ante la autoridad judicial correspondiente», lo que traslada al tercero-auxiliar una valoración que no le corresponde y que, a la postre, determinará la sentencia en costas. Más sentido tiene, en cambio, que se pruebe el hecho objetivo de la identidad de la parte que «no hubiese comparecido o hubiese

rehusado la invitación a participar en la actividad negociadora […] la forma en la que se ha realizado la citación efectiva, la justificación de haber sido realizada, y la fecha de su recepción». Y donde, para el modelo que manejamos, nosotros habríamos dicho: la parte que «no hubiese formulado oferta o, en su caso las que se hubieran formulado […] la forma en la que se ha realizado la oferta efectiva, la justificación de haber sido realizada, y la fecha de su recepción».

XIV. LOS PERC EN DERECHO ESPAÑOL

Como se dijo, la transacción del Código Civil nos ofrece el núcleo procesal esencial o mínimo común necesario de todo PERC: existencia de litigio jurídico y, en su caso, oferta de mutuas prestaciones y renuncia a la acción. A partir de aquí se construyen el resto de PERC, que varían entre sí por la (i) participación o no de un tercero que auxilie a las partes para alcanzar el acuerdo —en adelante, el tercero-auxiliar—, su (ii) condición de funcionario o sujeto particular y su (iii) formación técnica.

El arbitraje —recuérdese que su tercero (árbitro) no es auxiliar sino decidente, es la institución por la que una o más personas, llamadas árbitros, deciden un conflicto y cuyos litigantes se comprometen previamente a aceptar su decisión, llamada laudo. O, mejor aún, el remedio por el que «las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho» —artículo 1 LA 1988; este precepto elimina la referencia de la LA 1953 a que «se comprometen previamente a aceptar su decisión. Por su parte, el artículo 9.1 de la actual LA se refiere a la «voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual»—. El arbitraje dispone de una ley especial, la 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (LA 2003), que derogó la regulación de los compromisos del Código Civil, sin perjuicio de que este aún se refiera a ellos en sus artículos 271.3.º, 402 y, por último 1713. Por su diseño, es un PERC heterocompositivo porque el tercero («árbitro»), decide el litigio. Puede o no disponer de formación jurídica, existiendo entonces dos clases de arbitraje: de Derecho y de equidad, si bien la LA 2003 incentiva decididamente el primero, en que los árbitros han de poseer la condición de «jurista» (art. 15.1 LA). En el caso de los arbitrajes de Derecho, no es necesaria una segunda fase procesal para el control de legalidad del laudo. En cuanto a su forma, no conocemos ningún supuesto en que un funcionario, por su condición de tal, actúe como árbitro, por lo que este será siempre sujeto privado y,

por ello, el laudo revestirá también forma privada que, empero, se presume auténtico (cfr. Preámbulo LEC y su art. 517.2. 2.º), de manera que goza de ejecutividad formal y, presumimos que, por su contenido, también sustantiva (esto es, atribuirá directamente derechos personales o reales y no meras declaraciones genéricas no ejecutables), tiene carácter probatorio reforzado y, por último, es directamente inscribible sin necesidad que las partes incurran en un nuevo coste de simple formalización notarial (cfr. arts. 3 LH y 1278 CC, y MATEO VILLA, 2014). En resumen: el arbitraje de Derecho es un PERC heterocompositivo, de una sola fase procesal porque no precisa control de legalidad ni formalización notarial para producir plenos efectos jurídicos. Nuestro diseño de PERC es perfectamente aplicable al arbitraje, donde bastaría con que «A» propusiera por burofax a «B» su celebración y donde, de aceptarse por este, equivaldría a la resolución de la desavenencia, pues los árbitros están obligados a resolver[18].

En cuanto al arbitrio de tercero, se refiere a él asistemáticamente el Código Civil en sus artículos 402 —división de cosa común—, 670 párrafo II.º —sobre la decisión de «la subsistencia [en el testamento] del nombramiento de herederos o legatarios, [y] […] designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente» —, 1447 párrafo I.º —fijación del precio en la compraventa— y, por último, 1713 —sobre mandato—. Se identifica con el «arbitrador» —término tomado por el legislador español del Código Civil portugués y al que se añadió el de «amigables componedores» sin, aparentemente, significación especial salvo que por tal se entiendan los medianeros (DÍEZ-PICAZO, 1957)—. La labor de este tercero es la sustitución parcial y de ambas partes negociales en un negocio jurídico ya iniciado —*a contrario*, no cabe la sustitución objetiva total, ni la subjetiva de una sola ni, por último, de negocios aún no iniciados—; ambas partes se someten conjunta y voluntariamente al arbitrador y quedan sujetas obligatoriamente a su decisión o actuación. En palabras de DÍEZ-PICAZO (1957: 56 y sigs.), es la «realización de una actividad negocial mediante la remisión a la decisión de un tercero». *Ergo*, falta el litigio jurídico (*res dubia*) —que no permite considerarlo como PERC— porque lo que suple el tercero es la falta de acuerdo únicamente en alguno de los elementos necesarios para que nazca el contrato, entendido este como el resultado de intereses complementarios y no suplementarios. Empero, cuando las partes hubieran celebrado un negocio con objeto determinable y la labor del tercero fuera, precisamente, su determinación, sí estaríamos ante un PERC, pues las obligaciones determinables conceden *actio* para que el juez las determine, por lo que la actuación del tercero evitaría el pleito judicial. Por ejemplo, cuando las partes pactan que el precio de compra de un bien cierto sea una cantidad entre 100 y 500 —por tanto, determinable— y, después, no se ponen de acuerdo en su determinación (cfr. arts. 875 párrafo III.º y, mejor aún,

1167 CC). Se trataría entonces de un supuesto parecido, pero no idéntico al del arbitraje, y para los solos supuestos litigiosos expuestos: las partes consienten —voluntariamente— en que el tercero decida y se someten a su decisión. Se trataría, en este solo caso, de un PERC heterocompositivo de doble fase procesal: sustantiva o de control de legalidad si las partes o el tercero no son juristas, y formal, porque tampoco conocemos el supuesto en que un funcionario, por el hecho de serlo, pueda participar como tercero[19].

En cuanto a la conciliación, distingamos dos: la introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) y la que pretende introducir el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (2020) con el nombre de «conciliación privada» (art. 12). En cuanto a la primera, no se nos ofrece una definición para «conciliación» pero sí para «jurisdicción voluntaria» y es aquella en que no «exist[e] controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso» (art. 1.2 LJV), a lo que nosotros añadimos, para ser exactos, «que necesariamente deba sustanciarse en un proceso contencioso», es decir, que sea posible, por razón del objeto litigioso, a las partes alcanzar un acuerdo por sí mismas. Ambas son heterocompositivas; la diferencia radica entonces exclusivamente en las características del tercero-auxiliar: en la LJV, el tramitador es un jurista funcionario del Estado al que la propia ley no se refiere nunca como «conciliador», quizá porque no interesaba atribuirle una nueva cualificación profesional —como en cambio sí sucede en la mediación con el mediador—, sino una función que, además, resultaba naturalmente realizable por ellos. De ahí que prefiramos referirnos a él como «tramitador de la conciliación» o con otras semejantes. En tanto que jurista y funcionario del Estado, la conciliación de la LJV es de una única fase procesal: el acuerdo ya queda controlado sustantivamente de legalidad al tiempo de su formación con y por la participación del funcionario tramitador, que debe formalizarlo necesariamente en documento público (art. 1216 CC). En cuanto a la del Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal (arst. 12 y 13), se trata de la conciliación a la que se añade, ahora, el adjetivo de «privada», para diferenciarla de la «pública» de la LJV, donde ambos adjetivos no están referidos tanto a la conciliación como a su tramitador, en su condición de funcionario público o sujeto privado. En cuanto al tercero-auxiliar, es toda «persona con conocimientos técnicos o jurídicos relacionados con la materia de que se trate», lo que incluye a los tramitadores de la LJV (cfr. art. 12.2), aunque admite a otros que no tengan preparación jurídica ni sean funcionarios públicos. Por nuestra parte, valoramos positivamente que se dé libre entrada a cualquier tercero que dinamice el diálogo entre los litigantes y facilite su acuerdo, pues presiona a la baja los costes que deba soportar «A» en la tramitación del PERC, posibilitando así la reclamación de importes cada vez más pequeños (en contra, RÍO, 2021). Pero criticamos la deno-

minación que pretende introducir el legislador por resultar confusa, pues si «privada» significa «tramitada por un sujeto no-funcionario-público», bastaría con denominarla «transacción auxiliada»; y si «privada» quiere decir «confidencial», es innecesaria. Aún podría sostenerse que el legislador quiso que el funcionario, al actuar como conciliador, lo haga como sujeto privado: la tesis no puede prosperar pues el funcionario no puede abandonar su condición de tal —y si la abandona, no puede entonces ser obligado a tramitar la conciliación—, y porque el artículo 3.3 a 3.5 remite, precisamente, a la normativa pública correspondiente para la tramitación de conciliaciones por letrados de la Administración de Justicia y registradores, que es, a su vez, la de la LJV. Por último, la consideración de la «conciliación privada» como PERC de una o dos fases dependerá del sujeto que actúe: si es no-jurista, requerirá de una segunda fase procesal del control de legalidad; si es sujeto privado-jurista, de una segunda fase de simple formalización para el caso de que los interesados deseen incurrir en este coste adicional. Y en cuanto a la tramitada por funcionario público, no exigirá una segunda fase procesal pues el interesado ya tendrá en su mano un título formalmente público y sustantivamente controlado de legalidad[20].

En cuanto a la mediación, se regula por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y es el «medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador» (art. 1 LM). Dijimos más arriba que la mediación (jurídica) que ahora tratamos se confunde con otros dos conceptos: la mediación en general, entendida como todo medio de solución de conflictos, sean o no jurídicos, y las técnicas de mediación. Por esto, se hace imprescindible recordar que la mediación, esto es, la LM, solo alcanza a los litigios jurídicos —*res dubia jurídica*— en que se pretenda alcanzar un acuerdo igualmente jurídico —esto es, que conceda *actio*—. El mediador no tiene por qué ser jurista, alcanzando su condición de tal, en lo que aquí interesa, tras recibir una formación de contenido indeterminado —artículo 11: «formación específica para ejercer la mediación»—; tampoco es funcionario público, sin que conozcamos supuestos en que deba ser mediador en su condición de tal. Se trata de un PERC heterocompositivo porque el mediador no resuelve el litigio, exigiendo, por tanto, dos fases procesales: en lo sustantivo, si el mediador es jurista no será preciso el control de legalidad del acuerdo; si las partes desean incurrir en el coste complementario de formalización del acuerdo, podrá elevarse a escritura pública —artículo 25 LM; precepto a todas luces innecesario por dos motivos: en cuanto a la posibilidad de formalizar el acuerdo en escritura pública, pues ya se hallaba recogida en el artículo 17 LN; y en cuanto a los efectos de la escritura pública, pues están previstos en la LEC—[21].

En cuanto a la medianería, carece de regulación propia; si nos guiamos por COVARRUBIAS (1611: 229 y 544) —que define al «medianero» como el «que se pone de por medio para componer diferencias», entendiéndose por «componer» en lo que aquí interesa y según el mismo autor como «terciar para que el comprador y vendedor se acuerden y concierten»—, no parece que se trate de un PERC sino, más bien, de una mediación o corretaje, pues los intereses de comprador y vendedor son complementarios, no litigiosos. De ahí que este medianero sea, por ejemplo, un arbitrador de precio, pero sin llegar al punto de determinar lo previamente determinable. Más parece que aconseja, acerca, ayuda y menos que decide. Su clasificación como PERC sería semejante a la del amigable componedor: heterocompositivo de doble fase procesal[22].

En cuanto a la «oferta privada vinculante» —introducida por el Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal (art. 14)—, no es sino una simple oferta, que se corresponde con lo que nosotros entendemos que es el núcleo mínimo necesario para dar por cumplido el requisito procesal del PERC. Que sea o no confidencial es una característica que nada añade sustantivamente a la oferta, ni a su contenido jurídico. La verdadera novedad de la regulación consiste en sus efectos sobre las costas, de manera que «en los casos en los que la parte que formuló la oferta vinculante resultase condenada en costas, cuando la oferta no hubiera sido aceptada por la otra parte y la resolución judicial que ponga término al procedimiento sea sustancialmente similar al contenido de dicha oferta podrá, iniciado el trámite de tasación de costas, solicitar la exoneración de su pago o la moderación de su cuantía» (apartado 4). Esta propuesta legislativa se ajusta solo en parte a la que hacemos nosotros, pues como defendemos, exonera de costas a quien formuló oferta de PERC, pero, en cambio, no las imputa a quien no la formuló o no la respondió, a quien no hizo lo necesario para evitar el procedimiento judicial, con lo que no incentiva la respuesta del oferido. Se trata entonces de un procedimiento —si es que podemos llamarlo así— heterocompositivo y de doble fase procesal salvo cuando, en lo sustantivo, el oferente sea jurista.

Tampoco constituye una novedad la «opinión del experto independiente» —introducida por el Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal (art. 15)—. Por añadidura, no es siquiera un PERC, aunque ayude a alcanzar el acuerdo: el experto ni ayuda, ni aconseja, ni acerca: simplemente expresa la solución técnica o jurídica al litigio planteado. Trayendo la opinión a nuestro modelo, anticipa la sentencia, permitiendo a las partes conocer *ex ante* la solución jurídica de su desavenencia y, por tanto, ajustar su oferta y contraoferta. Semejante recurso —mejor que solución—, preexistía al Anteproyecto, y es de uso común en sede procesal judicial y arbitral con el nombre de «informe de expertos» o «pericial» —véase, por ejemplo, el

artículo 353 del RH sobre el informe del registrador, de utilización habitual por los usuarios del servicio—.

Finalmente, la transacción, regulada en el Código Civil, se define como el «contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado» (art. 1809). Nos ofrece el núcleo esencial de todo PERC, pues no precisa de terceros-auxiliares —las partes se ponen directamente de acuerdo entre sí, sin perjuicio de que se hagan libremente acompañar y a su costa de su abogado o de cualquier otro tercero sin formación técnica específica—, ni requiere forma alguna para su validez. A los tratos preliminares le sigue la oferta que una de las partes formula a la otra con la propuesta de acuerdo superador del litigio. Se trata entonces de un procedimiento heterocompositivo, sin terceros-auxiliares, y de doble fase procesal sustantiva y formal, si los litigantes no son juristas[23].

XV. CLASIFICACIÓN

Los PERC —soslayando la oferta privada y el informe del experto, por las razones expuestas— pueden clasificarse por varios criterios: (i) según sean o no sea típicos: a la primera especie pertenecen arbitraje, mediación, conciliación y transacción; a la segunda, medianería y arbitrio de tercero; (ii) por su carácter voluntario u obligatorio: todo PERC es voluntario aunque han existido (Proyecto) y existen (Anteproyecto) intentos legislativos de convertirlos en obligatorios como requisito procesal (requisito de procedibilidad) previo a la interposición de la demanda; (iii) según quién resuelva el conflicto: autocompositivos —las propias partes se conceden la solución— o heterocompositivos —es un tercero quien necesariamente resuelve y, además, impone su decisión—; al primer grupo pertenecen todos los PERC salvo el arbitraje, que necesariamente finaliza en laudo; (iv) por la labor que desempeñe el tercero: puede auxiliar a las partes para que alcancen un acuerdo —de ahí que lo denominemos «tercero-auxiliar»— o resolverlo por sí mismo. En el primer caso, el tercero se coloca al lado de las partes o, si se prefiere, entre ellas; por el contrario, cuando el tercero decide, se coloca por encima procesalmente, de modo similar a como lo hace un juez y si se quiere, sustituyendo a las partes en su capacidad decisoria del litigio. En todos los PERC el tercero es auxiliador, salvo en el arbitraje; (v) por las partes necesarias para tramitar el procedimiento, o sea, si basta con solo los litigantes o si es necesaria, además, la participación de un tercero, donde por tal no se considera a los abogados u otros representantes de las partes quienes participan por voluntad de estas y no por exigencia legal del procedimiento y, por tanto, a la exclusiva costa de cada litigante. Todos

pertenecen al segundo grupo salvo la transacción; (vi) por la formación, jurídica o no, del tercero: son necesariamente juristas los tramitadores de la conciliación y posible y, además, probable, la de los árbitros; no ha de disponer esta formación ni las partes en la transacción, ni el medianero, ni el árbitro de equidad ni, por último, el mediador; (vii) complemento del anterior, por el control de legalidad al que se someta el acuerdo que supere el litigio, de manera que lo estará siempre en la conciliación, probablemente en el arbitraje y su contrario en el resto de los procedimientos; (viii) por la naturaleza de sujeto privado o funcionario público del tercero: el conciliador solo podrá ser funcionario público y no conocemos que en los restantes casos un funcionario en su condición de tal pueda participar como tercero; (ix) complemento del anterior, por la naturaleza privada o pública del título formal en que se recoja la tramitación y, en su caso, el acuerdo o desacuerdo del PERC: podrá ser un documento privado o público (cfr. art. 1216 CC), dónde solo será automática o necesariamente público en la conciliación, sin perjuicio de la especial fuerza por auténtico, mayor fuerza probatoria, ejecutividad e inscribibilidad del laudo arbitral. De esta clasificación surgen, a su vez, otras por razón de la naturaleza del título que son predicables de todos los públicos (conciliación y acuerdo formalizado en documento público): (x) por su presunción de certeza, veracidad o autenticidad, predicable solo de los títulos públicos, (xi) por su ejecutividad —referida exclusivamente a la esfera procesal-judicial— (cfr. art. 517 LEC) y de la que se benefician los laudos arbitrales que, pese a ser documentos privados, resultan, no obstante, ejecutivos y, además, reforzadamente (art. 520 LEC); (xii) por su inscribibilidad registral, que resulta de la presunción de la autenticidad de los documentos públicos (el art. 3 LH exige que los títulos que se inscriban consten «consignados en […] documento auténtico expedido por […] el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos»), y que es una característica predicable igualmente de los laudos arbitrales, a pesar de ser privados porque su autenticidad no puede dudarse al ser emitidos por los únicos que pueden hacerlo, los árbitros; los restantes PERC, en cambio, precisan la elevación a público si se pretende lograr el mismo efecto jurídico, con el consiguiente incremento de costes procesales para las partes (cfr. arts. 25 LM y 1278 CC); (xiii) complemento del anterior, por la forma en que puede finalizar el PERC: verbal, escrita o necesariamente mediante título público; esto último solo es predicable de la conciliación (art. 146 LJV); la mediación y el arbitraje han de finalizar necesariamente por escrito pero no en título público (cfr. arts. 22 LM y 37.1 LA) y el resto pueden finalizar, incluso, verbalmente (art. 1278 CC); finalmente, (xiv) por el número de impulsos procesales necesarios para finalizar con un título equivalente en términos de mercado al de la sentencia (acuerdo que resuelva el litigio, controlado de legalidad en cuanto a la

solución y su redaccion, y formalizado en documento público), pueden ser de un solo impulso procesal (conciliación) o de dos (los restantes). Obsérvese que no consideramos un criterio clasificatorio el de la labor que pueda desplegar el tercero, pues depende de dos factores: de la capacidad técnica del tercero —principalmente, jurídica o no— y del ámbito de actuación que le concedan los litigantes, asunto que ya expusimos entro lugar (MATEO VILLA, 2022b: 785 y 786).

Por último, la falta de datos impide identificar el tipo de PERC más eficaz por el número de acuerdos alcanzados —cálculo que debería incluir, además, el cumplimiento o no de la ya expresada ecuación oferta=acuerdo=sentencia—, pero de lo expuesto en el párrafo anterior sí puede afirmarse que, *ceteris paribus* —esto es, alcanzándose un acuerdo—, el de un solo impulso procesal (la conciliación) resulta más eficiente que cualquiera de sus alternativas, pues *necesariamente* da lugar un título equivalente en términos de mercado a la sentencia, esto es, sustantivamente controlado de legalidad y formalmente público —para el arbitraje, véase el artículo 517.2.2.o LEC—. Y dentro de la conciliación, es la tramitada registralmente la que resulta significativamente más eficiente que cualquiera de sus otras dos alternativas —judicial y notarial—, tal y como demostramos en otro lugar (MATEO VILLA, 2022c: 1371 y ss.) Y pese a su menor eficiencia económica, los restantes PERC tienen fortalezas significativas: la mediación en el ámbito comunicativo, por la formación profesional del tercero, la medianería, por la confianza personal de las partes en el medianero y, el arbitraje, por la certeza de que el pleito se resolverá.

XVI. CONCLUSIONES

I. Concepto. Los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos («PERC») o medios alternativos de solución de controversias («MASC») son los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos o las actuaciones procesales, típicas o atípicas y más o menos formales que sirven a que las partes enfrentadas por razón de un litigio jurídico logren celebrar un contrato que les permita superar su desavenencia, ya sea por sí mismas o con la participación de un tercero que ora les auxilie para alcanzar el acuerdo, ora lo resuelva por sí (como sucede en el arbitraje). Es imprescindible, pues, que exista un (i) litigio de naturaleza jurídica y que, de alcanzarse un acuerdo, una o ambas (ii) den o prometan a la otra o retengan para sí alguna cosa, a cambio de la renuncia de una o ambas a la *actio* que les corresponda por razón de la desavenencia, de suerte que, no pudiendo exigirse nada más en lo sucesivo, se haga imposible su judicialización. Se distinguen así los PERC o MASC de las técnicas de mediación, que son

las psicológicas, eventualmente empleadas por uno o ambos litigantes, por el tercero que trate de avenirlas para facilitar el inicio, mantenimiento y desarrollo de un diálogo.

II. Causa de su fracaso en España y solución. El porcentaje de litigios que son resueltos extrajudicialmente es residual, anecdótico. Y son varias las causas de este fracaso: primero, el diseño actual de los PERC no tiene en cuenta que los litigantes son seres racionales, orientados a su propia cuenta de resultados y no a la funcionalidad general del sistema legal; segundo, no obliga al demandante judicial a que previamente intente el PERC —requisito de procedibilidad— y, conjuntamente, tampoco reordena la atribución de los gastos que las partes deben asumir, pues los imputa exclusivamente y de manera incalculable al litigante cuya reclamación más se ajusta a Derecho, atribuyendo en consecuencia un espacio de ilegítima protección procesal al litigante cuya reclamación es ilegítima; tercero, las costas (gastos generados al otro litigante y al Estado, tanto en fase prejudicial como judicial), no son ni íntegros, ni causales, ni calculables ni ciertos en su imputación actual. El legislador, ha preferido, en cambio, obstaculizar el acceso al circuito judicial bajo la excusa de la racionalización.

III. Se propone: (i) en cuanto al inicio del procedimiento: exigir la tramitación del PERC como requisito previo de acceso al circuito judicial, donde se reduce jurídica, procesal y económicamente al mínimo necesario esta tramitación, debiendo entenderse por tal la notificación al otro litigante de una oferta en que se identifique la fuente de la relación jurídica, el *petitum* y la renuncia de la acción para el caso de alcanzase el acuerdo; (ii) en cuanto a la imputación de gastos: para el caso de que la oferta de acuerdo notificada no sea contestada, los gastos se imputarán a quien no contestó. Para el caso de que la oferta sí fuera contestada, se imputarán las costas a aquel litigante cuya oferta más se aleje jurídicamente de la sentencia que se dicte; (ii) en cuanto a las costas, deben imputarse en su integridad las generadas, detallarse la causalidad de su imputación, hacerlas calculables en cuanto a su importe antes, incluso, de iniciar el PERC, y hacer cierta su imputación, de manera que el juez no pueda eximir de su condena, salvo en los casos jurídicamente dudosos. Proponemos, pues, pasar superar el actual modelo, basado en que «el que pierde el litigio paga las costas», por el de «quien impide el PERC, paga».

IV. La legislación futura no mejorará la situación de los PERC porque no trata a los litigantes como agentes racionales sino como personas psicológicamente incapacitadas para alcanzar un acuerdo, de manera que considera que la causa del fracaso de los PERC es subjetiva y no objetiva, ideal y no material. Por añadidura, esta nueva legislación se halla más orientada a interponer barreras de acceso al sistema judicial, precisamente en perjuicio del litigante cuya reclamación se ajusta a Derecho, de manera

que lejos de lograr el cumplimiento del deudor, le concede aún mayores ventajas que le incentivarán a no cumplir en el futuro.

XVII. BIBLIOGRAFÍA

ABITBOL, P. y BOTERO, F. (2005). Teoría de la elección racional: estructura conceptual y evolución reciente, en *Colombia Internacional 62*, jul.-dic. de 2005, 132-145. Disponible en http://www.scielo.org.co/pdf/rci/n62/n62a09.pdf.

ACEMOGLU, D. y ROBINSON J.A. (2012). *Por qué fracasan los países*. Barcelona: Deusto Ediciones.

AGUILERA, A. (2016). Disposición final duodécima. Dos, en *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*. (coord. Serrano de Nicolás; dir. Fernández de Buján), 1723-1753.

AGUIRRE, B. (2017). *Comentarios a las normas colegiales sobre conciliación registral*. Disponible en https://regispro.es/basilio-aguirre-comentarios-a-las-normas-colegiales-sobre-conciliacion-registral-2/.

BANCO DE ESPAÑA. El funcionamiento del sistema judicial: nueva evidencia comparada, en *Boletín económico*. Noviembre. Disponible en https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/13/Nov/Fich/be1311-art5.pdf.

CAIVANO, R.J. (1995). Un desafío (y una necesidad) para los abogados: los medios alternativos de resolución de disputas, en *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 31, 209-217.

CARMONA, J.E. (2016). La conciliación notarial, en *Estudios sobre la reforma de la legislación catastral e hipotecaria y sobre jurisdicción voluntaria. Expedientes notariales y registrales*. Sevilla: Decanato territorial de Andalucía occidental, Colegio de registradores.

CLIFFORD, J.H. (2010). Otros métodos alternativos de resolución de disputas, en *Cuadernos de derecho para ingenieros 6: arbitraje*. (coord. Alonso Puig; dir. Agúndez y Martínez-Simancas Sánchez). Vol. 6, 253-262.

CLIFFORD, J.H. y ARCO BLANCO, A.d. (2014). Más allá de la mediación. Otros métodos alternativos de resolución de disputas, en *Cuadernos de derecho para ingenieros 24: mediación y otros medios de amigable composición*. (coord. Alonso Puig; Dir. Agúndez y Martínez-Simancas Sánchez). Vol. 24, 123-134.

COLEGIO DE ABOGADOS DE MÁLAGA. (2016). Criterios orientativos de honorarios a los solos efectos de tasaciones de costas y juras de cuentas, en *Nuevo valor del punto para tasaciones de costas y jura de cuentas*. Disponible en https://www.icamalaga.es/portalMalaga/printPortal.do?urlPagina=/S015010007019/1589439363472_es_ES.html.

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO (S. f). *Mediación: resolución de conflictos con la ayuda del notario*. Disponible en https://www.notariado.org/portal/mediaci%C3%B3n-ante-notario.

CORREOS, (S. f.). Página *Web*. Disponible en https://www.correos.es/.

COVARRUBIAS, S. (1611). *Tesoro de la Lengua castellana o española*. Madrid: Luis Sánchez impresor.

DELGADO RAMOS, J. (2017). RDGRN de 18 de octubre de 2017: La conciliación registral, al igual que la notarial o ante el letrado de la Administración de Justicia, es documento público y tiene fuerza ejecutiva. Pero para inscribir conciliaciones no notariales la DGRN sigue exigiendo escritura pública; 16 de noviembre de 2017, en *www.registro.es*. Disponible en https://registro.es/rdrn-la-conciliacion-registral-al-igual-que-la-notarial-o-ante-el-letrado-de-la-administracion-de-justicia-tiene-fuerza-ejecutiva-pero-para-inscribir-la-dgrn-exige-siempre-escritura-publica/.

DIALNET. (S. f.) Disponible en https://dialnet.unirioja.es/info/ayuda/qe.

DÍAZ FRAILE, J.M. (2016). Conferencia pronunciada en «Jornada sobre el artículo 103 *bis* de la Ley Hipotecaria. Conciliación y registro, en el Colegio de registradores el 9 de marzo de 2016, sin publicar.

DÍEZ-PICAZO, L. (1957). *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*. Barcelona: Editorial Bosch, S.A.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M. y RUEDA LÓPEZ, N. (2013). El servicio de justicia en España: una aproximación mediante Indicadores, en *eXtoikos*, núm. 12.

ESCUDERO, J. y ZUIL, M. (2019). La barrera del «quien pierde paga»: cada vez menos gente litiga contra la administración, en *El Confidencial*, 16 de febrero. Descargado de https://www.elconfidencial.com/espana/2019-02-16/costas-judiciales-contencioso-administrativo_1828498/.

ESTRUCH, J. (2014). *La responsabilidad civil del registrador*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios.

EUR-LEX (S. f.). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/LSU/?uri=celex%3A32013L0011.

FLORES, G. (2013). Teoría de juegos y Derecho: arbitraje de oferta final, en *Foro jurídico*, número 12. Disponible en http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13802.

FRIEDMAN, M. y FRIEDMAN, R. (1984) *La tiranía del* statu quo. Barcelona: Ariel.

GARCÍA BUENO, J. (2021). «Ganas, pero el banco recurre y recurre… y no pasa nada». Una familia de Madrid que evitó su desahucio logra que el Tribunal Constitucional examine si las entidades deben pagar las costas del proceso judicial cuando pierden, en *El País*, 29 de octubre. Disponible en https://elpais.com/economia/2021-10-29/ganas-pero-el-banco-recurre-y-recurre-y-no-pasa-nada.html.

GONZÁLEZ CANO, M.I. (2007). Los métodos alternativos de resolución de conflictos, en *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*. (coord. Solteo Muñoz y Otero Parga). 131-143.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (1877). *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*. Tercera edición. T. IV. Madrid: Librería de Sánchez.

HERRERA, R. (2017). La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles, en *inDret, Revista para el análisis del Derecho*, enero, 1/2017, Barcelona. Disponible en http://www.indret.com/pdf/1282.pdf.

IBERLEY. (S.f.). Cálculo de tasas judiciales. Disponible en http://www.calculo-tasas.com.

LANGENSCHEIDT. Diccionario. Disponible en https://en.langenscheidt.com/german-spanish.

LESMES, C. (2017). Discurso del presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Carlos [sic] Lesmes. Disponible en http://theobjective.com/wp-content/uploads/2017/09/20170905-Discurso-Carlos-Lesmes-apertura-an%CC%83o-judicial-2017-1.pdf.

— (2018). Discurso del presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Carlos [sic] Lesmes. Disponible en https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2018/09/Discurso-Carlos-Lesmes-apertura-ano-judicial-2018.pdf.

— (2019). Discurso del presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Carlos [sic] Lesmes. Disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-presidente-del-TS-y-del-CGPJ-reclama-un--esfuerzo-importante--a-las-Administraciones-para-prestar-a-la-Justicia-la-atencion-que-merece.

MATEO VILLA, I. (2014). Calificación e inscripción registral del convenio y del laudo arbitral tras la Reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de arbitraje. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 743, 1167-1230.

— (2022a). Del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador. (Primera parte). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.* Número 789, 3-60.

— (2022b). Del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador. (Segunda parte). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.* Número 790, 751-813.

— (2022c). Del artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria: la conciliación tramitada por el registrador. (Segunda parte). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.* Número 791, 1339-1386.

MORA-SANGUINETTI, J.S. y GAROUPA, N. [2015]. Litigation in Spain 2001-2010: Exploring the market for legal services, en *Documentos de trabajo*. Núm. 1505. Madrid: Banco de España, disponible en https://repositorio.bde.es/bitstream/123456789/7159/1/dt1505e.pdf.

MORA-SANGUINETTI, J.S. (2013). El funcionamiento del sistema judicial: nueva evidencia comparada, en *Banco de España. Boletín económico*. Disponible en https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/13/Nov/Fich/be1311-art5.pdf.

MORALES FERNÁNDEZ, G. (2013). *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos: la mediación. Sistemas complementarios al proceso. Nuevo enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial*. Tesis doctoral dirigida por Francisco Javier Pérez Royo. Sevilla: Universidad de Sevilla.

MORETÓN TOQUERO, M.A. (2015). Métodos alternativos de resolución de conflictos: la mediación, en *Los derechos humanos en España: un balance crítico*, 196-209.

NAVARRO, J.J. (2011). ¿Qué es la teoría de juegos?, en *El blog salmón*. V. *on line*: https://www.elblogsalmon.com/conceptos-de-economia/que-es-la-teoria-de-juegos.

ORE IBARRA, L.O. (2017). ¿Cómo medir o evaluar el éxito de un proceso de dialogo?, en www.lamula.pe. Disponible en https://transforma.lamula.pe/2017/02/11/como-medir-o-evaluar-el-exito-de-un-proceso-de-dialogo/orasi/.

PALAVECINO CÁCERES, A. (2010). Negociación, mediación y conciliación, como métodos alternativos de resolución de controversias, en *Revista chilena de derecho y ciencia política*, Vol. 1, núm. 2, 107-109.

PARRÁGUEZ RUIZ, L.S. (2012). *El negocio jurídico simulado*, (tesis doctoral dirigida por don José Antonio Martín Pérez). Salamanca: Universidad de Salamanca. Disponible en https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/121399/DDP_ParraguezRuizLuisSergio_Tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

PODER JUDICIAL. Página *Web*. Disponible en http://www.poderjudicial.es.

POUNDSTONE, W. (1995). *El dilema del prisionero: John Von Neumann, la teoría de juegos y la bomba*. Madrid: Alianza Editorial.

PRADA & GONZÁLEZ. Procuradores. Cálculo de aranceles de procuradores 2022. Disponible en https://www.pgprocuradores.com/calculadora-honorarios-aranceles-procurador.html.

RAFÍ, F.X. y DÍAZ REVORIO, E. (2016). *Jurisdicción voluntaria en materia mercantil tras la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción voluntaria*. Valencia: Tirant lo Blanch.

RÍO, A.d. (2021). Nueva apuesta por los medios adecuados de solución de controversias: El silogismo imperfecto, en *Confilegal*. Disponible en https://confilegal.com/20210130-opinion-nueva-apuesta-por-los-medios-adecuados-de-solucion-de-controversias-el-silogismo-imperfecto/.

ROBLES GARZÓN, J.A. (2017). *Lecciones breves de Derecho procesal*. Granada: Comares.

RONDÓN PEREYRA, U. (Coord.). (2019). Estado de la mediación en España, en *www.fapromed.es*, abril de 2018. Disponible en http://www.fapromed.es/docpdf/ESTADO%20DE%20LA%20MEDIACION%20EN%20ESPANA.pdf.

[S.A.]. (S.f.). *Código de Hammurabi*. Luarna. S.L. Disponible en http://www.ataun.net/BIBLIOTECAGRATUITA/Cl%C3%A1sicos%20en%20Espa%C3%B1ol/An%C3%B3nimo/C%C3%B3digo%20de%20Hammurabi.pdf.

[S.A.]. (2009). *Biblia*, trad. Reina-Valera. [S.E.]. Disponible en https://media.ldscdn.org/pdf/lds-scriptures/holy-bible/holy-bible-spa.pdf.

SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho civil*. T. IV. Segunda edición, corregida y aumentada. Madrid: Estudio tipográfico Sucesores de Rivandeyra.

VÁZQUEZ CUETO, J.M. y GUTIÉRREZ LÓPEZ, F. (2017). Gasto público, medios personales y funcionamiento de la Administración de Justicia en España: ¿el problema es el gasto?. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. 4/2017-octubre. Barcelona.

VIOLA DEMESTRE, I. (2003). *El contrato de transacción en el Código Civil*. Colección Monografías. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

VON MISES, L. (1982). *Liberalismo*. Madrid: Unión editorial.

ZAPATERO LEÓN, P. (2021). La justicia que buscamos: Hacia un modelo de solución adecuado de controversias. *Confilegal*. 3 de febrero. Disponible en https://confilegal.com/20210203-opinion-la-justicia-que-buscamos-hacia-un-modelo-de-solucion-adecuado-de-controversias/.

NOTAS

[1] GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1877: 578): «Con el deseo de la conciliación la ventaja que le resultaría de un juicio favorable, y la pérdida que le ocasionaría otro adverso, sacrifica parte del interés que podría esperar para no experimentar toda la pérdida que era de temer y aún en el momento mismo que uno desiste enteramente de su pretensión se determinan a ello por el grande interés de restablecer la unión y de librarse de las dilaciones, de los gastos y de las inquietudes de un pleito». Obsérvese que este autor se refiere a la «transacción» como «conciliación», pues no es hasta la LJV que la segunda adquiere un especial significado, matizado nuevamente por el Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal, al incluir uno nuevo: la «conciliación privada»; SÁNCHEZ ROMÁN (1899: 948): «Comparado con el medio de la decisión judicial de los Tribunales, a que sustituye, reemplaza, la transacción tiene en su abono preferencia evidente sobre cualquiera cuestión judicial, cuyo cortejo de dilaciones, gastos y contrariedades es bien notorio, aun siendo perfecto el procedimiento, económica la administración de justicia e inteligentes e imparciales los miembros de ella»; CORREA (citado por HERRERA, 2017: 15) «No parece descabellada la opción de sancionar a aquel litigante temerario que, aun teniendo razón, ha malgastado inútilmente los recursos del Estado en promover un litigio que a todas luces se hubiera resuelto pacíficamente por los cauces de la mediación». Ninguno de los tres autores explica, sin embargo, por qué el circuito judicial es el preferido. Para la tabla que sigue consideramos para los procedimientos judiciales la «Estadística Judicial», «estadística por temas», «actividad de los órganos y tribunales», «juzgados y tribunales», «informes por territorios sobre la actividad de los órganos judiciales», y en cada informe tomamos los datos de «jurisdicción civil», «ingresados», «número de asuntos». Y para las mediaciones, «estadística judicial» «estadística por temas», «medios alternativos de resolución de conflictos», «mediación intrajudicial», «mediación intrajudicial años 2009-2018» y, por último, «mediación civil en juzgados primera instancia por comunidades autónomas» (PODER JUDICIAL).

Año judicial	Ingresados (primera instancia)	Mediaciones	Avenencias	Avenencias sobre ingresados	Avenencias sobre derivados
2012	857.217	1.166	101	0,00023%	8,66%
2013	831.422	1.075	81	0,00022%	7,53%
2014	896.793	1.252	85	0,00021%	6,79%
2015	977.425	1.217	155	0,00026%	12,74%
2016	863.614	954	128	0,00026%	13,42%
2017	995.559	1.449	176	0,00028%	12,15%
2018	1.095.662	1.289	148	0,00027%	11,48%
Media	931.099	1.200	125	0,00024%	10,40%

Compárese esta litigiosidad con la registral, calculada al recensionar la obra de ESTRUCH (2014), tendente a cero. ZAPATERO LEÓN (2021) afirma, sin embargo, refiriéndose al Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal que «con esta norma se dota al sistema del principio de sostenibilidad, de tal manera que lleguen a los tribunales solo aquellos asuntos en que sea realmente necesaria su intervención […] La implementación de estas medidas redundará en una reducción de la carga de trabajo de los juzgados y

tribunales, *pero no es este el objetivo buscado con la reforma*» (las cursivas son nuestras). En realidad, la reforma obstaculizará el acceso de pleitos al circuito judicial por la vía de incrementar sus costes operativos previos, al exigir el PERC como requisito de procedibilidad, en perjuicio del demandante. Pueden consultarse los interesantes informes económicos del BANCO DE ESPAÑA sobre litigiosidad (MORA-SANGUINETTI [2013] y MORA-SANGUINETTI *et al*. [2015]).

[2] En cuanto a la relación de esta nueva legislación con la «saturación» del sistema judicial español, *vid.* CARMONA (2016: 284); para los beneficios de los PERC, *vid.* AGUILERA (2016, 1730); para la lentitud del sistema judicial, *vid.* DÍAZ FRAILE (2016); para las denuncias del presidente del TS y CGPJ, *vid.* LESMES, (2017), (2018) y (2019). Tomando como referencia DIALNET (s. f.) por ser «uno de los mayores portales bibliográficos del mundo» como predica su propia página *Web*, existen 11.071 documentos para la voz «mediación», 3.203 para «conciliación», 3.014 para «transacción», 4.830 para «arbitraje» y, por último, 168 para «resolución alternativa de disputas».

[3] RÍO (2021) acierta cuando identifica que el número de acuerdos es el dato relevante a la hora de valorar la eficacia de los PERC. Para la racionalidad relacionada es famoso el «dilema del prisionero» o el «juego de la gallina», *vid.* POUNDSTONE (1995).

[4] «Métodos alternativos de resolución de conflictos»: GONZÁLEZ CANO (2007) y MORETÓN TOQUERO (2015); «métodos alternativos de resolución de disputas»: CLIFFORD (2010), CLIFFORD *et al*. (2014) y CAIVANO (1995); «métodos alternativos de resolución de controversias», PALAVECINO CÁCERES (2010); «procedimientos de resolución alternativa de conflictos»: RRDGRN de 31 de enero de 2018, 27 de junio y 24 de julio de 2019; «sistemas alternativos de resolución de conflictos»: MORALES FERNÁNDEZ (2013); «modalidades alternativas de solución de conflictos»: EUR-LEX (s. f.). RAE, vv. «conflicto», acepción (en adelante, a.) 4.ª y «desavenencia». *vid.* «clasificaciones» de la referida norma; para *Alternative Beilegung*, por los cuatro términos entre paréntesis los traduce el DICCIONARIO PONS y solo por el último el LANGENSCHEIDT; para *règlement extrajudiciaire des litiges*, en Wordreference, v. 3.º; PONS ofrece, sin embargo, una traducción mucho más restringida al referirse solo a «reglamento». La DGRN cambió su denominación por la de fe pública y seguridad jurídica por medio del Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales; nosotros seguiremos denominándola DGRN. RAE, v. «método». a. 5.ª.

[5] Ejemplos de estas técnicas de mediación son: la inteligencia emocional —intra, e interpersonal—, la autoconsciencia, el control emocional, la empatía, la asertividad y la autoestima, la escucha activa, la formulación de preguntas —abiertas, cerradas, lineales, estratégicas, reflexivas, desestabilizadoras, modificadoras, de reformulación, circulares—, la apertura y cierre de temas o los resúmenes. *RAE*, v. «conflicto», acepciones 2.º y 4.º. *Vid*., a modo de ejemplo, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (1877: 578).

[6] VIOLA DEMESTRE nos planteó en una conservación que sirvió para enriquecer este trabajo, si los PERC son no tanto «procedimientos» como «procesos». Los primeros se definen como la «actuación por trámites judiciales o administrativos» y «trámites» como «cada uno de los pasos y diligencias que hay que recorrer en un asunto hasta su conclusión»; y el segundo, como «acción de ir hacia delante» y «conjunto de actos y trámites seguidos ante un juez o tribunal, tendentes a dilucidar la justificación en derecho de una determinada pretensión entre partes y que concluye por resolución motivada». Desechamos esta última definición por confundirse con «procedimiento» y creemos que la primera de «proceso» puede entenderse como simple tramitación, con un sentido automático —a cada fase le sigue necesariamente la siguiente, con independencia de lo pedido, tratado o acordado en la anterior o, de depender, lo hace de manera muy limitada por predeterminada (v. gr., presentada una demanda, puede haber contestación o no; en el primer caso se tramita, en el segundo se da por finalizado el procedimiento)—; por el contrario, «proceso» puede entenderse como negociación, donde no hay automaticidad y

cada paso posterior que se dé depende del contenido del anterior, pudiendo no coincidir las fases del procedimiento con las del proceso (v. gr., las partes comienzan a acercar posiciones e, incluso, a negociar un acuerdo, antes de solicitar formalmente el inicio del PERC). Puede entonces entenderse que el «procedimiento» se identifica exactamente con el PERC mientras que es durante el «proceso» cuando, si procede, se aplican «técnicas de mediación». La EM Anteproyecto de LM nos dice que: «sin embargo, en el ámbito de la ejecución […] se ha descartado regular una derivación a mediación […], *al no considerarse proporcionada,* con carácter general, cuando ya existe una decisión judicial que ha resuelto el conflicto; si bien se mantiene, por su impacto social, en algunos supuestos de ejecución hipotecaria, así como en la ejecución de procesos de familia» (las cursivas son nuestras): no es que sea desproporcionada sino que es incongruente pues el trámite (resolver una cuestión jurídicamente litigiosa) no se congracia con la situación *de iure* (la cuestión ya no es litigiosa; no existe *res dubia*), ni con el fin (resolver cómo y no qué ejecutar).

[7] Para el «requisito de procedibilidad», *vid.* Proyecto de LM (art. 7) que, sin embargo, no llegó finalmente a la LM y, más recientemente, Anteproyecto de LM (seis) y Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal (art. 1.3).

[8] El Código Civil solo emplea el término «disputa» dos veces (arst. 1643 y 1815); la LEC ni siquiera lo usa; «conflicto» aparece doce en el Código Civil (arts. 12, 16, 163, 221, 224 y 299) y siete en la LEC.

[9] La *RAE* usa «convenio» para definir las vv. «avenencia», «acuerdo», «concierto» «pacificación» y, por último, «transacción»; «transacción» a su vez para «avenencia», «acuerdo» para «conciliación» y «convenio»; finalmente, emplea términos similares como «ajuste», «conformidad» o «unión». Preferimos el término «acuerdo» por ser el más asentado en el del Código Civil, el CCom, la LEC, la LM (cfr. especialmente, ar. 23 LM) y la LJV (cfr. art. 139.1 LJV); igualmente adecuados nos parecen los de «convenio» y «pacto», por asociarse con «contrato» (cfr. art. 1713 del Proyecto de Código Civil de 1851). Rechazamos los siguientes: (a) «conciliación», (b) «mediación» y (c) «transacción» porque tanto sirven para referirse al procedimiento como a su resultado por lo que resultan confusos; lo anterior se entiende sin perjuicio del arbitraje —cuyo resultado es el laudo— y del procedimiento judicial —que da lugar, en lo que aquí interesa, a la sentencia; a esta última nos referiremos en ocasiones como «acuerdo» a los solos efectos de simplificar nuestra exposición y ello sin perjuicio de que sean «resoluciones» dictadas por un tercero, obligatorias para las partes—; (d) «ajuste», (e) «concierto» y (f) «tratado», porque no son los términos habitualmente empleados para referirse a un «acuerdo» y están más relacionados con otras instituciones —también jurídicas— como son «concierto económico», «concierto administrativo» o «tratado internacional»; por último, utilizaremos marginalmente (g) «avenencia» porque no parece ofrecer un significado distinto del de «acuerdo» y carece de tradición en nuestro ordenamiento jurídico al ser empleado únicamente, en lo que aquí interesa, por la LJV para los tres procedimientos de conciliación estudiados en este trabajo —esto es, la tramitada en sede judicial, registral y, por último, notarial—.

[10] En cuanto a la confusión entre procedimiento y acuerdo, *vid.* artículo 1809 del Código Civil donde «prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa» es el medio y el contrato, el acuerdo («la transacción es un contrato»).

[11] A nuestro diseño no solo se opondrá el litigante cuya pretensión menos se ajuste a Derecho sino, también, los terceros-auxiliares que, con el requisito de procedibilidad, esperan obtener rentas cuantiosas a costa del sufrido y procesalmente desamparado litigante cuya pretensión se ajusta a Derecho y cuyo interés es, por tanto, cobrar lo que se le adeuda con el menor coste procesal posible. Estos terceros-auxiliadores alegarán que no existen litigios patrimonialmente puros, pues siempre subsiste un aspecto subjetivo, no sujeto a calculabilidad por emocional y que, por tanto, debe abordarse no desde el Derecho sino desde las técnicas de mediación, ámbito que, por lo visto, ellos dominan. En cuanto

a los parcialmente patrimoniales, sostendrán que los aspectos no-patrimoniales priman siempre y en todo caso sobre los patrimoniales o, en su caso, que descubrir la relevancia que los aspectos emocionales tienen sobre los patrimoniales es tarea que debe realizarse durante la fase de mediación, labor que, por supuesto, exigirán como obligatoria. Solo se librarán de su afán de participación mediadora los litigios de Derecho público, aunque, seguramente, idearán la forma de argumentar como imprescindible su presencia y los honorarios que le seguirán. Otra vía argumentativa en favor de su presencia será la de la sublimación formativa del tercero-auxiliar como instrumento imprescindible para que los litigantes negocien. La honestidad de estos terceros quedaría probada si estuvieran dispuestos a recibir sus honorarios solo para el caso de que las partes alcanzaran un acuerdo. Por añadidura, con el requisito de procedibilidad anticipamos una inflación de academias formativas —no se sabe muy bien con qué contenido, a tenor del artículo 11 LM— y de mediadores. Todos ganan —el Estado, dificultando aún más el acceso al servicio judicial; «B», a quien cada vez le será más fácil dejar de cumplir lo que debe; academias de formadores y formados mediadores a quienes habrá que pagar solo como requisito para poder acceder al circuito judicial (anticipamos las mediaciones formales con el único objetivo de darlas por tramitadas para lograr este acceso)— menos quien debía hacerlo, porque «A» no verá satisfecha su prestación.

[12] En el caso relatado por la noticia, el litigante —un particular sin formación jurídica— ganó el litigio, pero sin imposición de costas a la otra, lo que le exigió detraerlas del valor del derecho reconocido por la sentencia, generándole entonces «una profunda sensación de injusticia […]. «Ganas y piensas que ya estás segura. Pero el banco recurre y recurre… Y no pasa nada. Tienen abogados, recursos, pueden hacer lo que quieran. Nosotros no» […] si ha acudido al Constitucional no es por dinero —es beneficiaria de justicia gratuita— sino por dignidad […] Sabían que no tenían razón y quisieron echarnos de casa, quitarnos lo que era nuestro. No quiero que le pase a nadie más lo que me pasó a mí»» GARCÍA BUENO (2021). Sostienen los afectados que «cuando los bancos pierden en una ejecución hipotecaria, pero se les perdona la condena en costas, se está vulnerando el derecho fundamental de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva» (ibídem): este «perdón» es, en realidad, una transferencia de recursos del contribuyente al litigante cuya pretensión no se ajustaba a Derecho, transferencia que, además, perjudica directamente las legítimas expectativas de aquel cuya pretensión sí era legítima, pues al no obligar al primero a incluirlas en su cálculo, litiga con un mayor espacio económico. Por el contrario, el litigante legítimo debe soportarlas desde el momento mismo en que decide litigar. Es, pues, la racionalidad económica de los agentes la que determina su estrategia procesal y explica acertadamente el fracaso de los PERC, y no teorías especulativas como el «desconocimiento y [las] limitaciones de acceso» (RONDÓN, 2018: 4 y sigs.), el «rechazo de algunos colectivos a las fórmulas alternativas de resolución de conflictos» (RAFÍ y DÍAZ REVORIO, 2016: 244), el «carácter latino de nuestra sociedad [que hace] más difícil el buscar soluciones a conflictos por una vía que descanse exclusivamente en la voluntad de las partes» (CARMONA, 2016: 284; en el mismo sentido, HERRERA, 2017) o supuestas razones «culturales» (EM Anteproyecto que se apoya a su vez en el Informe sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación) (2016/2066 [INI]). E, igualmente, esta racionalidad económica es la que justifica la inflación de los terceros-auxiliares, sublimando su labor y su supuesta capacidad para convencer a «B» para que actúe en contra de sus propios intereses debidamente calculados (para esta posición, *vid.* RÍO [2019]: «la solución a los conflictos […] [es] el resultado de un arduo trabajo de acercamiento de las partes, de facilitar la comunicación y el dialogo, la mutua y recíproca comprensión de los intereses propio y ajenos»). Lo único que previsiblemente puede intentar este tercero es convencer a «B» por desgaste, por aburrimiento, lo que anticipamos improbable y, en todo caso, irracional, además de ilegítimo por hacerse a costa del patrimonio de «A». Por su parte,

la idea del valor de la negociación por la simple negociación se resuelve preguntándonos si «A» preferiría cobrar su crédito directamente o pasar primero por una negociación cuyos gastos correrán a su cargo. Esta postura en favor de la simple negociación es la de ORE IBARRA (2017), para quien «el éxito de un proceso de […] [mediación] no debe ser evaluado o medido únicamente por el acuerdo final resultado del proceso de diálogo o negociación, sino también por el proceso en sí mismo».

[13] Nos dice VON MISES (1982: 210) que «algunos partidarios de este corporativismo aseguran que las disputas entre facciones debieran solucionarse por vías transaccionales, sin obligar a unos a someterse a los otros. Pero si las partes no se ponen de acuerdo, entonces ¿qué? La avenencia entre litigantes se produce cuando los interesados ceden por temor mutuo a un resultado final todavía peor». El planteamiento del autor no resuelve, sin embargo, el supuesto en que el daño medido en unidades monetarias para cada litigante fuera distinto ni cuenta, tampoco, con los gastos procesales necesarios para obtener un título operativo en el mercado (título ejecutivo); para un análisis de la fuerza del *statu quo*, *vid.* FRIEDMAN *et al.* (1984).

[14] Consideremos un juicio verbal de seis mil euros (6000€) y calculemos sus costes procesales que incluyen: tasa judicial (150€; IBERLEY), abogado (*ex* art. 394.3 LEC un tercio, esto es, 2000€, y según el COLEGIO DE ABOGADOS DE MÁLAGA [2016: 18], 891€, por lo que tomamos un valor intermedio dado que los honorarios son libremente pactados, esto es, 1445€), procurador (165,27€), y sumamos a las dos últimas cantidades el impuesto sobre el valor añadido (en adelante, IVA, del 21%; 338,15€). Incrementamos la cantidad en un diez por ciento (194,84€) por la incertidumbre del resultado del pleito —como coste de colateralización (PASTOR, 1993)— y otro tanto por el de oportunidad (ídem del anterior), lo que arroja un total de 150+1445+165,27+338,15+194,84+194,84 = 2488,1€ o, lo que es lo mismo, el 41,46% del recorrido del importe de cero a seis mil euros, lo que representa el espacio ilegítimo de seguridad procesal para «B» y de correlativa desprotección para «A». Si ahora consideramos un pleito de seiscientos euros (600€), la tasa judicial permanece constante (150€), el abogado tiene un coste de 900€ o 141€ según acudamos al sistema de baremo o puntos de los referidos («Criterios orientativos […]» [ibídem, 18 o 20, donde cada punto equivale a sesenta euros], tomando nosotros esta última cantidad por razones de proporcionalidad), el arancel del procurador es de 52,88€, el IVA, de 40,71€, y los dos referidos espacios de incertidumbre son de 23,45€ cada uno, lo que arroja un total de 150+141+52,88+40,71+23,45+23,45= 384,5€ o, lo que es lo mismo, que el 66,4% del recorrido del importe de cero a seiscientos euros, es el dicho espacio ilegítimo de seguridad procesal para «B» y de correlativa desprotección para «A». Para la tasa judicial, IBERLEY; para el arancel de los procuradores, PRADA & GONZÁLEZ.

[15] Para la imposibilidad de presentar demanda por litigios ya superados por PERC, *vid.* artículo 10 Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal; los procuradores no son necesarios porque no existe procedimiento judicial en el que puedan intervenir (cfr. arts. 1 y 3 RD 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España) y los abogados porque, o no vienen exigidos por ley, o porque se permite prescindir de ellos (cfr. LM y LJV).

[16] El portal de transparencia del CGPJ ofrece datos sobre el plazo para dictar resolución, advirtiendo que «se han utilizado estimaciones de las duraciones medias de los asuntos terminados en cada año, *independientemente de su forma de terminación*» (las cursivas son nuestras), lo que significa que se incluyen supuestos en que no se ha dictado resolución; en todo caso, para el año 2017 el plazo de terminación —mejor que resolución— de los procedimientos en Juzgados de primera instancia ha sido de 6,4 meses, esto es, 192 días, donde desagregados, resulta que el tiempo medio de terminación de procedimientos de división de patrimonio —muy sencillo técnicamente— es de 19,5 meses y el de liquidación del régimen económico matrimonial —ídem del anterior—, 12,4; criterio de búsqueda: «Juzgados de 1.ª Instancia y J. de 1.ª Instancia e Instrucción (proc.

civiles)— Año 2017—Asuntos civiles—España» (PODER JUDICIAL). Sobre el efecto de ralentización que tiene el procedimiento en el ejercicio de los derechos sustantivos, *vid.* ROBLES GARCÓN (2017). En cuanto a las formalidades procesales, bien pueden medirse estas por el número de preceptos que regulan la materia: la LEC tiene 827 artículos, la conciliación judicial 10 y la registral uno solo, la LM 27 y, por último, la LA 46 —que puede considerarse el más procesal de todos los PERC—. Para los recursos a las sentencias, *vid.* artículos 448 y sigs. LEC. De acuerdo con la EM I Anteproyecto, el legislador, incluso, pretende atribuir a los PERC el papel principal en la resolución de conflictos —«reducir los altos niveles de litigiosidad que actualmente España ostenta contribuyendo a concebir los órganos de la Administración de Justicia como un recurso subsidiario para la resolución de los litigios» (las cursivas son nuestras)—. Vid. sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 18 de marzo de 2010: exigir el PERC es posible siempre que este requisito previo no obligue a las partes a tener que llegar a un acuerdo, no conlleve un retraso sustancial para el ejercicio de la acción judicial e interrumpa la prescripción de los derechos reclamados; sentencia de 14 de junio de 2017, Menini, asunto C- 75/16: «el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional conforme a la cual, en determinados litigios, el recurso a un procedimiento de mediación constituye un requisito de admisibilidad de la demanda judicial, siempre que tal exigencia no impida que las partes ejerzan su derecho de acceso al sistema judicial» (cita tomada del Anteproyecto de Ley de LM).

[17] En cuanto a la imputación de costas, resultaría preciso reformar el artículo 242 LEC sobre la causa de la condena, el concepto y el alcance de las costas, mantener las excepciones en caso de supuesto «jurídicamente dudoso» (art. 394 LEC) y su recurribilidad (cfr. art. 245 LEC)—. El Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal propone ciertas modificaciones realmente interesantes, en el sentido apuntado por nosotros: en cuanto a su inclusión para el cálculo de los costes agregados reales, pretende «incluir en la tasación de costas la intervención de profesionales […] aun cuando su intervención no resulte preceptiva y para que en la imposición de costas del pleito los tribunales puedan valorar la actitud de las partes en la utilización de los medios adecuados de solución de controversias y en el posible abuso del servicio público de Justicia […] regulándose también a tal fin la posible solicitud de exoneración o moderación de las costas […] [cuando se acredite] la formulación de una propuesta […], que la misma no hubiera sido aceptada por la parte requerida y que la resolución judicial que haya puesto término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta. Surge así la noción del *abuso del servicio público de Justicia»* (las cursivas son nuestras). Por su parte, el Decreto legislativo italiano de 4 de marzo de 2010, número 28 sobre mediación civil en asuntos civiles y mercantiles señala que «el juez podrá valorar [la no participación injustificada de uno de los litigantes] en su sentencia […], de acuerdo con el artículo 116.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (art. 8.4 bis); «el juez podrá deducir las pruebas de las respuestas que le den las partes de acuerdo con el artículo siguiente, de la negativa injustificada de estas a permitir las inspecciones que haya ordenado y, en general, del comportamiento de las propias partes en el juicio».

[18] Los artículos 1820 y 1821 sobre los compromisos fueron derogados por Ley 36/1988, de 5 de diciembre, sobre arbitraje que tuvo su antecedente en la Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado; la primera de las leyes de arbitraje citadas fue derogada a su vez por Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, reformada a su vez por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, por la Ley 11/2011, de 20 de mayo. Finalmente, por la Ley 42/2015, de 5 de octubre. Recuérdese igualmente la Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios entre comerciantes y consumidores. En cuanto a la conciliación, existen tres alternativas posibles de tramitación donde la registral, regulada en el artículo 103 bis del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH), que fueron objeto de análisis en otro lugar (MATEO VILLA, 2022a, 2022b y 2022c).

[19] V. «comprometer»: «1. Poner de común acuerdo *en manos de un tercero* la determinación de la diferencia, pleito, etc., sobre que se contiende» (las cursivas son nuestras).

[20] Esta definición se ajusta básicamente con la ofrecida por la *RAE* (acepción primera): «poner de acuerdo a dos o más personas o cosas» para lo que es instrumento el «intervenir o ponerse de por medio» al que nos referíamos al tratar de la mediación, dirigido a conseguir de las partes su consentimiento en relación con una «oposición, discordia» y donde la acción de «avenir» se dirige a «concordar, ajustar las partes discordes». (Esta acepción no se recoge por COVARRUBIAS). La conciliación judicial se regula en los artículos 139 a 148 LJV —curiosamente, fuera de la LEC—, el registral en el dicho 103 bis LH y, por último, el notarial en los 81-83 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (en adelante, LN)—; en el mismo sentido, para los artículos 209 y 210 LH, la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. En cuanto a la formación de los mediadores, hemos analizado varios de los títulos (Mediación y gestión de conflictos), centrada sobre todo en aspectos psicológicos y no jurídicos y en el contenido del programa, con asignaturas no jurídicas como la resolución de conflictos en ámbitos sociales, introducción a la negociación, el proceso de negociación y técnicas, o técnicas para el mediador (máster de la Universidad Carlos III, Madrid); sobre el particular y a modo de ejemplo, véase el contenido del máster ofrecido por la Universidad de Loyola de Sevilla, por la Universidad internacional de La Rioja (UNIR), el Colegio oficial de psicólogos de Madrid, Formación en mediación. Soluciones a conflictos, institución de mediación, la Escuela internacional de mediación, Cursos online de mediación acreditados ante el Ministerio de Justicia para trabajar como mediador/a civil, mercantil y familiar en España, ASEMED y, más claramente, UNED. En cuanto a la conclusión de que «una parte importante de los inscritos en los registros de mediadores sean abogados», formulada consulta al Ministerio de Justicia no ha podido facilitarnos los datos desagregados, pero de un rápido vistazo aleatorio al registro de mediadores se observa la presencia mayoritaria de este colectivo; *vid.* artículos 140 LJV y 81 y sigs. LN; *Preámbulo* LJV ap. X pfo. último; artículos 460 y sigs. LEC. Para el acuerdo final, nada se dice en el caso de la medianería por las razones expuestas; en cuanto al arbitraje, el conflicto finaliza con un laudo, *vid.* artículos 34 y sigs. LA; para la mediación, mediante acuerdo (acta) cuyo contenido será el del artículo 21.1 pfo. II.o, esto es, «la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento»; para la conciliación, mediante acta, que se reflejará después en certificación judicial, registral o notarial; y probar el acuerdo (fecha, identidad de las partes y contenido) siempre estuvo a disposición de las partes que quisieran soportar económicamente el remedio del artículo 17.1 párrafo II.o LN, esto es, la formalización por elevación a público del acuerdo mediante intervención notarial que, a su vez, conllevaba, fuerza probatoria procesal especial por presunción de autenticidad. «Los árbitros solo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello» y decidiendo en Derecho, deben ser «juristas». Nos dice la EM del Anteproyecto: «del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, de 26 de agosto de 2016, pues constituye un documento de indudable valor por sistematizar el estudio de los cuestionarios emitidos por operadores jurídicos de todos los Estados Miembros y que viene en términos generales a evidenciar determinadas dificultades en relación con el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación en la práctica, particularmente relacionadas con la falta de una "cultura" de la mediación en los Estados miembros. Resulta también de especial interés el análisis efectuado por la Comisión Europea de las medidas utilizadas en otros Estados miembros para el fomento de la

mediación, del que resulta cómo las legislaciones nacionales basculan entre la aplicación de mecanismos de incentivación y estímulo fiscal a las partes que recurren a la mediación, y mecanismos sancionadores para supuestos de rechazo injustificado a la misma. La Comisión concluye recomendando a los Estados Miembros intensificar sus esfuerzos por fomentar y alentar el recurso a la mediación, petición que hizo suya el Parlamento Europeo en su Resolución de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE. Actualmente, la mediación en España se encuentra obstaculizada por una cultura ajena a esta forma particular de resolución de conflictos intersubjetivos. Continúa siendo una institución desconocida que no ha conseguido demostrar su operatividad. Por todo ello, se ha considerado que dicho proceso podría experimentar un significativo impulso a través de medidas legislativas de índole procesal sin olvidar que una labor de concienciación y de formación de todos los actores involucrados en este ámbito puede ser una solución eficaz a largo plazo».

[21] Para el acuerdo de mediación, *vid.*, sin ánimo exhaustivo, arts. 3.1, 4 pfo. III.º, 6.3, 8 y, principalmente, 23 LM; art. 11.2 LM; v. «intervenir», a. 13.ª; art. 23.3 pfo. II.º LM. Nos referimos aquí también al juez y no solo al notario pese a lo previsto en el dicho art. 23.3 pfo. II.º LM, pensando en el caso de las mediaciones intrajudiciales. De la homologación judicial de los acuerdos de las partes, de su elevación a documento público) judicial y de la aplicación del art. 3 LH al mismo y, por tanto, de su directa inscribibilidad nos ocupamos más adelante.

[22] COVARRUBIAS (1611: 229) definía al «medianero» como «componedor» —léase «arbitrador» por lo que diremos seguidamente— y «árbitro»; para el mismo autor, v. «componedor» es «el que concierta alguna cosa; el árbitro y de las demás acepciones del verbo componer se puede dar este nombre verbal».

[23] El contrato de transacción o, simplemente, transacción se regula principalmente en el libro IV CC (De las obligaciones y contratos), título XIII (De las transacciones y los compromisos) capítulo I (De las transacciones), artículos 1809 y siguientes; a ella se refieren también los artículos 271. 3.º y 1713 —del alcance de la representación del tutor y del apoderado voluntario, respectivamente— y, por último, 816 —de la transacción sobre herencia futura—.

(Trabajo recibido el 1 de diciembre de 2021 y aceptado para su publicación el 4 de abril de 2022)

Reflexiones en torno a la respuesta del ordenamiento ante la insolvencia y su sanción jurídica*

Reflections on the response of the legal system to insolvency and its legal penalty

por
SALVADOR TOMÁS TOMÁS
Profesor contratado doctor
Universidad de Murcia

RESUMEN: La elemental idea de infracción del deber jurídico y la posterior sujeción del patrimonio del deudor a la actividad del órgano jurisdiccional para atender la responsabilidad contraída, comúnmente compartida en sede de ejecución forzosa, exige de importantes matizaciones en el concurso de acreedores. La presente contribución se adentra en el estudio de la tempestiva y adecuada reacción del ordenamiento jurídico ante la insolvencia, profundizando en las especialidades de su tutela jurisdiccional en el proceso concursal y su reproche en sede penal.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «Hacia una Justicia eficiente y sostenible: una aproximación multidisciplinar» (UAL2020-SEJ-C1965), financiado por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades, Junta de Andalucía, cofinanciado por el Programa Operativo FEDER 2014-2020.

ABSTRACT: The elementary idea of breach of legal duty and subjection of the debtor's assets to the activity of the court to meet the liability incurred, commonly shared in the venue of forced execution, requires important nuances in insolvency proceedings. The present contribution goes into the study of the timely and adequate reaction of the legal system to insolvency, delving into the special features of its jurisdictional protection in the bankruptcy process and its reproach in criminal proceedings.

PALABRAS CLAVE: Sanción. Insolvencia. Declaración de concurso. Ordenamiento jurídico.

KEY WORDS: Sanction. Insolvency. Bankruptcy. Legal system.

SUMARIO: I. INSOLVENCIA Y TUTELA DEL CRÉDITO EN EL PROCESO CONCURSAL: 1. La responsabilidad patrimonial universal. 2. La tutela del crédito en el concurso de acreedores. 3. La tutela patrimonial dineraria del concurso de acreedores. 4. Incumplimiento de obligaciones e insolvencia.—II. LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANTE LA INSOLVENCIA: 1. Aproximación a los instrumentos para la promoción de la declaración de concurso. 2. Crítica a la insuficiente e intempestiva respuesta del ordenamiento jurídico ante la insolvencia.—III. LA SANCIÓN JURÍDICA EN EL PROCESO CONCURSAL: 1. La sujeción patrimonial a los fines del concurso: *A) Responsabilidad y potestad pública. B) La actuación jurisdiccional y la fungibilidad jurídica en el proceso concursal. C) El momento de la sujeción patrimonial*. 2. Coacción y coerción en el concurso. 3. La sanción jurídica en el concurso. 4. Funciones del proceso concursal.—IV. LA SANCIÓN EN LA TUTELA PENAL DEL CRÉDITO Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO.—V. LA VALORACIÓN DE LAS SANCIONES PREVISTAS ANTE LA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INSOLVENCIA Y TUTELA DEL CRÉDITO EN EL PROCESO CONCURSAL

1. La responsabilidad patrimonial universal

Es sabido que el artículo 1911 del Código Civil se erige en uno de los cimientos básicos sobre los que se asienta nuestro sistema jurídico y opera

el tráfico civil. De su tenor —«Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros»— se desprende la afirmación del carácter patrimonial (se responde con los bienes) y universal (con todos ellos) de la garantía que presta el deudor por el hecho de serlo[1]. Parece claro, pues, que el artículo 1911 del Código Civil no puede ser extraño al concurso de acreedores. Tampoco el concepto de deber jurídico que, junto a la responsabilidad, constituye la base de la que partir para entender la razón de ser del proceso concursal.

Por definición, la relación obligatoria se compone de dos elementos: el derecho de crédito y la deuda[2]. Concebida la deuda como el deber jurídico consistente en realizar una prestación acordada, se presenta en la otra parte el interés en su cumplimiento. Es así que la contravención de la conducta debida desencadena la responsabilidad patrimonial como garantía de quien ostenta el derecho[3]. En otras palabras, a la inobservancia del deber se asocia un instrumento coactivo de compulsión a disposición del acreedor dirigido a garantizar la satisfacción de su interés y a desincentivar el incumplimiento por parte del deudor.

Con todo, como veremos, deber y responsabilidad no se hallan en igual plano. Como gráficamente expresara DE CASTRO, «acompaña la responsabilidad a la deuda jurídica como la sombra al cuerpo, aunque, a veces, como la misma sombra, se quede en simple posibilidad, en potencia»[4]. La responsabilidad queda así configurada como la facultad de hacer efectiva la deuda al permitir la utilización de instrumentos que sujetan el patrimonio del deudor a las consecuencias de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.

Esta es la respuesta del ordenamiento jurídico ante su violación con la finalidad de conservarse y devenir efectivo. Y así descrita, la responsabilidad patrimonial universal encaja, de manera completa, en la idea de sanción.

2. La tutela del crédito en el concurso de acreedores

Tiempo atrás quedaron los severos remedios que en materia patrimonial se dirigían sobre el deudor como destino sobre el que infligir un mal para restablecer el orden legal[5].

En los regímenes jurídicos modernos, por el contrario, la reacción del ordenamiento jurídico se articula a través de instrumentos que se orientan a la satisfacción directa del interés de los acreedores. De este modo, la responsabilidad se proyecta sobre el patrimonio del deudor que queda sometido al cumplimiento coactivo de la deuda frente al poder o la facultad de agresión que se atribuye al acreedor. En estricta correspondencia con la naturaleza del interés lesionado[6], el mal que puede sufrir el deudor es de carácter patrimonial[7].

El cauce procesal que hace efectiva la responsabilidad es, por excelencia, la ejecución forzosa[8]. Sin embargo, no es el único cauce.

En efecto, en escenarios de insolvencia —o previos a la insolvencia— con pluralidad de acreedores, la ejecución forzosa puede quedar vetada al poder de agresión que se hace valer a través de la acción ejecutiva, instaurándose un cauce procesal distinto a través del cual canalizar la responsabilidad patrimonial del deudor[9]. El proceso concursal e, incluso, los expedientes de preinsolvencia —acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos— se erigen así en instrumentos al servicio de la tutela del crédito, si bien ordenados para la solución de escenarios jurídicos distintos.

Dejando al margen los expedientes de preinsolvencia, con peculiaridades que exceden del objeto de este trabajo, ejecución forzosa y proceso concursal presentan la nota común de someter el patrimonio del deudor a un particular régimen de actividades y de sustituciones con el que se persigue la satisfacción del interés de sus acreedores. Y al igual que en la ejecución forzosa el cumplimiento voluntario de la prestación desactiva su inicio y, en su caso, desarrollo, en el proceso concursal la satisfacción de los créditos aboca a la conclusión del concurso y al archivo de las actuaciones (arts. 465.6.º y 477 TRLC).

Pese a lo expuesto, la diferencia entre ambos procesos no es baladí, pues la causa que habilita su estímulo es dispar: frente al incumplimiento de obligaciones de la ejecución forzosa, se instaura la insolvencia en el proceso concursal[10]. Ello entraña distancias insalvables.

3. La tutela patrimonial dineraria del concurso de acreedores

El artículo 1911 del Código Civil, como principio general de responsabilidad previsto por la Ley ante el incumplimiento de cualquier obligación, viene acompañado de otros preceptos que permiten reconstruir con precisión una visión completa del sistema. Destacadamente, el artículo 1088 del Código Civil —que acota las posibilidades de la prestación: «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa»—; los artículos 1101 y siguientes del Código Civil —que permiten delimitar el *quantum* de la responsabilidad, en especial, el artículo 1101 de este texto legal: «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieron en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieron el tenor de aquellas»—; y, en fin, otros preceptos que amplían las oportunidades de reacción del ordenamiento jurídico ante la imposibilidad de cumplimiento de la obligación —*v.gr.*, artículo 1186 del Código Civil—.

Sobre esta base legal, todas las obligaciones, pecuniarias o no (en este caso, por el daño que cause su incumplimiento imputable), son susceptibles de generar el estado de sujeción de los bienes del deudor asociado a la responsabilidad patrimonial universal.

Este planteamiento no es extraño al concurso de acreedores. El deber inicial del deudor de realizar la prestación debida sigue existiendo; también el deber secundario de reparar el daño causado ante el incumplimiento del primero cuando concurren los presupuestos para ello.

Sin embargo, la declaración de concurso entraña la inclusión de reglas que se superponen a las previstas con carácter general, modulando y alterando su común eficacia.

De partida, si ejecución genérica y específica constituyen instrumentos que se excluyen total o parcialmente, la tutela del crédito que se otorga en el concurso no admite el juego de la ejecución específica[11]. Al margen de la *separatio ex iure dominii* (art. 239 TRLC)[12], parece lógico que así sea si tenemos en cuenta que tal tutela es estrictamente dineraria y se halla presidida por el principio de la *par condicio creditorum*.

Por mor del distinto criterio que se instaura tras la declaración de concurso para la satisfacción de los acreedores, las prestaciones debidas que potencialmente pueden derivar en ejecuciones específicas deben ser computadas en dinero (art. 267 TRLC). Exclusivamente con una unidad común de medida es posible homogeneizar la posición de los acreedores de igual condición y establecer unas reglas de funcionamiento y reparto adecuadas para alcanzar el cometido de la *sui generis par condicio* que se instaura en el concurso[13].

4. Incumplimiento de obligaciones e insolvencia

Entre incumplimiento de obligaciones e insolvencia existe una honda relación. Ahora bien, no son términos equivalentes. Baste observar aquellas situaciones en las que se produce un incumplimiento de obligaciones sin insolvencia y aquellas otras en las que concurre un estado de insolvencia sin incumplimiento de obligación. Esta última afirmación es, además, predicable tanto respecto a estados de insolvencia actual como inminente.

Incumplimiento de obligación e insolvencia se erigen en el presupuesto objetivo de la ejecución forzosa y el proceso concursal, respectivamente. Este distinto punto de partida condiciona toda su articulación. La desigual realidad a la que hacer frente en ejecución y en concurso determina unas necesidades de tutela dispares a las que se adapta el cauce procesal.

Al igual que frente a la frustración procedente del incumplimiento de una obligación el ordenamiento jurídico reacciona predisponiendo al servicio del acreedor los instrumentos coactivos precisos para evitar su producción

y paliar sus consecuencias, ante la generación de la insolvencia el ordenamiento responde habilitando un conjunto de herramientas que permiten, total o parcialmente, su solución e incluso su prevención.

A este respecto, la delimitación del concepto de insolvencia resulta crucial. El texto refundido de la Ley Concursal (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo) maneja dos conceptos de insolvencia: actual e inminente.

La insolvencia actual es definida como el estado en el que se encuentra «el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles» (art. 2.3 TRLC). Por su parte, el mismo precepto define el estado de insolvencia inminente como aquel en el que se halla «el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones»[14]. Ninguna de las clases de insolvencia presupone, inexcusablemente, incumplimiento de obligación.

En efecto, pese a que del calificativo «exigibles» pudiera deducirse que el estado de insolvencia actual entraña el referido incumplimiento, esta afirmación ha de ser revisada valorando el adverbio «regularmente». En su recta inteligencia hemos de apoyarnos para distinguir el concepto de insolvencia que maneja el texto refundido y el incumplimiento de obligaciones propiamente dicho[15].

Si acudimos a la Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, el concepto «regular» es definido, entre otras acepciones, como: «ajustado a una regla y conforme a ella» (acepción 1.ª); «uniforme, sin cambios grandes o bruscos» (acepción 2.ª); «ajustado, medido, arreglado en las acciones y modo de vivir» (acepción 4.ª)[16]. Derivan, pues, distintas interpretaciones posibles.

BELTRÁN, con apoyo en la doctrina italiana, describe tres posibles lecturas del adverbio «regularmente» compatibles entre sí[17]. Una primera, en la que el cumplimiento regular es equiparado al cumplimiento realizado conforme a las reglas generales sobre el pago (modo y tiempo) de obligaciones[18]. Esta interpretación, aunque lógica, ha de ser descartada desde el momento en que, para el legislador concursal, regularidad no equivale a puntualidad en el pago. De este modo se constata si se confrontan los conceptos de insolvencia inminente y actual que proporciona el texto refundido de la Ley Concursal: la primera aparece concretada por los calificativos regular y puntual, mientras que la segunda contiene exclusivamente la regularidad en el cumplimiento.

Una segunda, en la que cumplir regularmente puede ser entendido como aquel modo de cumplimiento que no es perjudicial para la masa activa, es decir, el ajustado a las reglas concursales. Tesis razonable en tanto que todo pago rescindible es irregular pero desechable por cuanto hay actos que sin ser rescindibles constituyen cumplimientos irregulares (v.gr., actos

ordinarios de la actividad profesional o empresarial realizados en condiciones normales).

Una tercera, en la que el cumplimiento regular es aquel efectuado con los medios ordinarios con que cuenta el deudor. Esto es, el realizado con los ingresos corrientes o, de desarrollar una actividad económica o empresarial, el llevado a cabo «conforme a las reglas observadas por los operadores económicos en el específico sector de actividad de que se trate y, además, con medios normales derivados del ejercicio de la actividad»[19].

A la luz de esta última propuesta, el empleo de medios de pago «anómalos» constituye el elemento determinante de la insolvencia. En concreto, el estado de insolvencia deviene efectivo cuando para atender una obligación exigible en el corto plazo es precisa una liquidación apresurada o ruinosa de los bienes o aceptar unas condiciones de financiación perjudiciales para el deudor, por más que se satisfaga en tiempo y forma la obligación contraída[20].

Esta última exégesis del adverbio «regularmente» permite, además, dotar al concepto de insolvencia de la amplitud necesaria para cumplir con la doble función a la que aspira el concurso de acreedores: junto a la satisfacción de los acreedores, fin esencial (apartado II EM de la LC/2003), el saneamiento de aquellas empresas total o parcialmente viables «en beneficio no solo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses» (apartado VI EM de la LC/2003). En efecto, adviértase que bajo la cobertura de este concepto tienen cabida tanto las situaciones de déficit patrimonial —más pasivo que activo— como aquellas situaciones de superávit patrimonial —más activo que pasivo— en las que el deudor carece de liquidez para afrontar de manera regular sus compromisos obligacionales[21].

En suma, la extensión del concepto de insolvencia responde a la necesidad de contar con un instrumento que, más allá de procurar la mera liquidación, permita al deudor afrontar el concurso de manera organizada en los pagos permitiéndole reestructurar su patrimonio y/o su actividad empresarial[22].

II. LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANTE LA INSOLVENCIA

1. Aproximación a los instrumentos para la promoción de la declaración de concurso

La reacción del ordenamiento jurídico ante la insolvencia es desigual, destacadamente si se pone en relación con el incumplimiento de obligaciones y la ejecución forzosa.

En efecto, respecto al deudor, se amplían las posibilidades de respuesta del ordenamiento dotándole de la facultad de estimular la aplicación de un régimen legal extraordinario en estado de insolvencia inminente (art. 2.3 TRLC). En relación a los acreedores, sin embargo, se reduce notablemente el poder para la promoción del concurso dados los hechos habilitantes que permiten su ejercicio ante una insolvencia actual (art. 2.4 TRLC).

De esta suerte, en sede concursal, en la elección de los medios necesarios para la restauración del orden legal, la Ley distingue nítidamente en función de si la insolvencia es de una u otra clase.

En la insolvencia inminente solo el deudor puede instar la creación de la nueva situación jurídica (art. 2.3 TRLC). Se trata de una facultad, extraordinaria si la ponemos en relación con la ejecución forzosa[23], que encuentra justificación en las consecuencias perjudiciales que, para los acreedores, la sociedad y el resto de sujetos implicados en el concurso, lleva aparejada la cercana imposibilidad de observancia regular de las obligaciones. Detectada la previsión de insolvencia, parece razonable la configuración de mecanismos legales que permitan ofrecer una pronta respuesta orientada a alcanzar una superior satisfacción del interés de los acreedores y, en general, de todos los intereses en juego.

Asimismo, esta facultad debe ser puesta en relación con el interés del propio deudor en la reordenación del patrimonio y, en su caso, de la actividad empresarial. En este sentido, resultan coherentes las previsiones de aplicación general que estipulan la conservación de las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor cuando el concurso es voluntario —siempre que el juez no determine lo contrario (art. 106.1 y 3 TRLC)—, y la improcedencia de formar la sección de calificación del concurso cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca una quita inferior a un tercio del importe de los créditos o una espera inferior a tres años —salvo que aquel resulte incumplido (art. 446.2 TRLC)—.

En cualquier caso, el poder para instar la declaración de concurso por el deudor en situaciones de insolvencia inminente se articula como un verdadero y exclusivo derecho —derecho a pedir el cambio jurídico—, lo que excluye la instauración coactiva de un sistema riguroso en la preventiva detección de la insolvencia.

En la insolvencia actual el escenario es distinto. Junto a las descritas previsiones de aplicación general, para promover su declaración el legislador se sirve de un doble instrumento: se instaura el deber del deudor de solicitar la declaración de concurso (art. 5 TRLC), y se faculta a los acreedores para promover tal declaración cuando concurra alguno de los hechos descritos en el artículo 2.4 del texto refundido.

En lo que hace al primer instrumento, el respeto del aludido deber[24] por el deudor, viene acompañado de un estímulo negativo: su inobservancia

lleva aparejada una presunción *iuris tantum* de culpabilidad en la generación del estado de insolvencia en caso de apertura de la sección de calificación (art. 444.1.º TRLC)[25]. Dudamos de que el estímulo, siendo necesario, sea suficiente para alcanzar el objetivo que se propone.

En lo que afecta al segundo instrumento, y en sentido inverso a lo que se prevé respecto al deudor, el legislador acota las posibilidades de los acreedores en la promoción del concurso de un modo llamativo. En terminología del propio texto refundido de la Ley Concursal, la solicitud de declaración presentada por un acreedor «deberá» estar fundada en la concurrencia de alguno de los siguientes hechos externos reveladores del estado de insolvencia: «1.º) La existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme. 2.º) La existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago. 3.º) La existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. 4.º) El sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor. 5.º) El sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades. 6.º) El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor».

La configuración legal de los hechos alegables por los acreedores para instar el concurso resulta excesivamente restrictiva[26]. Por la gravedad de los hechos recogidos en el referido elenco, a esta insolvencia se le ha denominado doctrinalmente «insolvencia cualificada»[27].

2. Crítica a la insuficiente e intempestiva respuesta del ordenamiento jurídico ante la insolvencia

La respuesta del ordenamiento jurídico ante la insolvencia no es, sin embargo, suficiente; tampoco tempestiva. Así se deduce si se constata el elevado porcentaje de concursos que tras su apertura son calificados como «concursos sin masa» y abocan, por ende, de manera inmediata, a su conclusión por insuficiencia patrimonial (arts. 470 y sigs. TRLC).

Desde la entrada en vigor de la Ley Concursal de 2003, el presupuesto temporal ha constituido el principal caballo de batalla de los procesos de insolvencia. Y es que, en realidad, de la correcta definición del presupuesto objetivo depende el cumplimiento de la función que al concurso se atribuye:

«no estamos, tan solo, ante un elemento definitorio de la oportunidad del concurso (de cuándo puede o debe iniciarse este), sino sobre todo del por qué y del para qué del concurso»[28].

En relación a este presupuesto y a las posibilidades de hacerlo valer en el proceso son varias las reservas que se deben formular al régimen legal instaurado en 2003; todas pivotan en torno a la excesiva confianza depositada en el deudor para instar el concurso, y, en el lado opuesto, en la escasez de instrumentos eficaces a disposición del resto de legitimados —arts. 3, 13 y sigs., 568 y 695 a) TRLC— para rogar su declaración.

Desde la perspectiva del deudor anticipamos que ha sido un acierto no restituir a la solicitud de declaración de concurso la eficacia confesoria de los textos prelegislativos[29]. En primer lugar, porque el deudor puede hacer un uso fraudulento de la institución concursal[30], y, estrechamente vinculado a ello, desde un punto de vista de técnica jurídica, por la limitación de alcance constitucional que impide que el deudor pueda vetar una ejecución procesal instando, sin acreditar su situación de insolvencia, la declaración de concurso[31].

Ahora bien, hubiera sido un acierto reforzar —en el texto de 2003 y, por ende, en el TRLC— el deber de instar el concurso. El hecho de evitar la responsabilidad se ha demostrado un elemento decisivo en la declaración tempestiva del concurso[32].

Desde un punto de vista teórico, debemos valorar una doble circunstancia: en primer lugar, si tal refuerzo ha de efectuarse asociando a aquel deber un reproche directo sobre el deudor ante su incumplimiento (junto a los ya estipulados)[33]; y, en segundo término, si procede hacer extensible a las situaciones de insolvencia inminente el actual deber configurado en el artículo 5 del texto refundido de la Ley Concursal[34]. Respecto a esta segunda propuesta, el principal obstáculo lo localizaríamos en la indeterminación de los límites temporales de la inminencia[35]. Sin embargo, definida esta legalmente[36], se lograría anticipar la respuesta del ordenamiento jurídico con las bondades que ello trae consigo para la consecución de sus fines.

Esta última solución, sin embargo, ha de ser descartada. La realidad evidencia que no son pocos los supuestos en los que la situación de liquidez patrimonial puede rozar la insolvencia actual (v.gr., elevada inversión con capital propio) a la espera de una pronta recuperación con pingües beneficios. En estos escenarios, constreñir al deudor a instar la declaración de concurso es una solución desmedida e inadecuada.

Tampoco somos partidarios de intensificar el reproche ante la infracción del deber de instar la declaración. Más oportuno reputamos el diseño de instrumentos de estímulo positivo que fomenten, en estadios de insolvencia actual, la declaración voluntaria. Una solución podría consistir en el reconocimiento de un elenco de supuestos que previeran expresamente un

tratamiento más favorable a aquel deudor o sujetos vinculados con la sociedad que insten la declaración. Por ejemplo, estatuyendo una presunción *iuris tantum* de buena fe respecto al administrador social que solicita la declaración con subsiguiente reflejo en la eventual sentencia de calificación.

Desde 2009 el problema de la intempestiva declaración de concurso se ha intentado resolver con la paulatina incorporación de los conocidos expedientes de preinsolvencia —acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos—. La errónea configuración del presupuesto objetivo se ha perseguido corregir así con una suerte de vuelta al régimen dual de antaño (quiebra y suspensión de pagos), atenuando el principio de sistema instaurado en la Ley Concursal de 2003.

En la línea de lo apuntado, la detección precoz de la insolvencia exige de mayores ajustes. Conscientes de esta realidad, la Directiva 2019/1023, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, introduce las denominadas herramientas de alerta temprana (art. 3). Se trata de instrumentos orientados a advertir circunstancias que puedan desembocar en una insolvencia (inminente o actual)[37].

En su propuesta de trasposición al ordenamiento interno, la incorporación de tales mecanismos vienen acompañados de un nuevo concepto de insolvencia: la probabilidad de insolvencia. Como advierte el Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal: «probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual son tres estados que se ordenan secuencialmente: la probabilidad de insolvencia es un estado previo a la insolvencia inminente y esta un estado previo a la insolvencia actual. Un deudor que tenga probabilidad de insolvencia no puede ser sujeto de un concurso de acreedores, pero puede utilizar los mecanismos que integran el derecho preconcursal» (apartado III de la EM del TRLC)[38].

De este modo, se persigue adelantar el presupuesto temporal para la adopción de medidas de reestructuración fijando un horizonte temporal concreto: se halla en probabilidad de insolvencia el deudor que no va a poder cumplir regularmente aquellas obligaciones que venzan en los próximos dos años (art. 584.2 del aludido Proyecto de Ley).

Este anticipo del presupuesto objetivo en instrumentos preconcursales no empece el manejo de su extensión a situaciones de insolvencia inminente y actual (art. 584.1 del Proyecto de Ley). Mientras la empresa sea económicamente viable es posible la restructuración en orden a esquivar los perjuicios y pérdidas asociados a la declaración de concurso.

Tales ajustes son buena prueba de la importancia de una respuesta temprana ante la insolvencia; también de la insuficiencia de los mecanismos configurados actualmente.

Es plausible, al menos de manera inicial, que el legislador persiga y potencie una diligente actuación del deudor. Sin embargo, pese a la coerción que se pueda ejercitar frente a él, su actividad no siempre se amolda a los designios estipulados legalmente[39]. Ello exige reforzar no solo la actuación del deudor sino también la respuesta del ordenamiento jurídico ante su inacción, instaurando medios que faciliten que otros sujetos puedan, constatada la insolvencia, promover la declaración de concurso.

En el régimen vigente no ocurre así. En relación a los acreedores, y al resto de legitimados distintos del deudor, las posibilidades de actuación previstas son manifiestamente perfectibles. En primer lugar, el estímulo para su promoción es bien exiguo: los créditos del acreedor instante se califican con privilegio general hasta el cincuenta por ciento de su importe, excluidos los subordinados (art. 280.7.º TRLC). En segundo término, junto al abono de la tasa judicial (art. 5.1.d Ley 10/2012, de 20 de noviembre, que el artículo 7 cifra en 200 euros), la norma les exige alegar, so pena de inadmisión de su solicitud, la concurrencia de hechos que son constitutivos de una insolvencia reforzada.

Como es sabido, con carácter general, contando con título ejecutivo, el primer instrumento del que dispone el acreedor ante el incumplimiento de cualquier obligación[40] es la ejecución forzosa. La sucesión natural de actos será entonces acudir a tal ejecución y, ante la ausencia de bienes bastantes para el pago, instar la declaración de concurso. Menos probable, por la evidente limitación de fuentes de información de que disponen los acreedores, aunque posible dados los importantes avances en la coordinación entre ejecuciones singulares y la publicidad del Registro público concursal (art. 551.3-II LEC)[41], es que alguno de estos acreedores promueva la declaración de concurso ante cualquiera de los restantes hechos taxativamente enumerados[42].

En cualquiera de los casos descritos, cuando el acreedor vaya a instar el concurso el estado de agravación patrimonial será tal que escaso servicio cumplirá el concurso de acreedores.

En contraposición a este sistema, más cabal resulta la instauración de un régimen legal en el que se permitiera a los acreedores alegar y, en su caso, probar la existencia de cualquier hecho demostrativo de la insolvencia, con exención del abono de tasa judicial[43]. El deudor siempre podría, en caso de no concurrir tal estado, oponerse a su declaración (arts. 20 y sigs. TRLC). La eventual condena en costas y la indemnización de daños y perjuicios ocasionados al acreedor de desestimarse su solicitud servirá de rémora para peticiones impertinentes (arts. 24.2 y 27 TRLC)[44].

Adviértase de que tal y como está configurado el sistema se está dotando a los acreedores en la ejecución forzosa de un mayor poder para estimular su actuación que el que se les reconoce para hacer lo propio —en situación

de insolvencia— respecto al proceso concursal. En efecto, en lo que atañe a los acreedores, la solución del ordenamiento jurídico ante el presupuesto objetivo que habilita promover la actividad jurisdiccional concursal se presenta más limitada que la predispuesta para la ejecución singular. Algo incomprensible si se tiene en cuenta, en primer lugar, que la incoación de ejecuciones forzosas (*a priori* opción preferida para todo acreedor) entraña una merma del patrimonio concursal destinado a la satisfacción del conjunto de acreedores, y, en segundo lugar, que el legislador, en la articulación de los medios que arbitra el Derecho para cumplir sus fines, ha de realizar una valoración comparativa de los intereses en juego.

Finalmente, a nuestro modo de ver, no debieran ser despreciados aquellos remedios que, en la búsqueda de una estimulación temprana de la declaración de concurso, dotan a determinados órganos públicos, concretamente al Ministerio Fiscal, de acción pública para instar su declaración, o habilitan al órgano jurisdiccional para su incoación de oficio[45]. Adviértase que, sin excepción, es necesaria una actividad de control jurisdiccional —con posibilidad de oposición del deudor— de la situación de insolvencia.

Y es que, en el régimen actual, instada la declaración de concurso por cualquiera de los legitimados [arts. 3, 568 y 695 a) TRLC] y constatado por el juez el estado de insolvencia, puede ocurrir que el concurso no sea declarado. De este modo acontece cuando la solicitud no es admitida a trámite (arts. 10 a 17 TRLC), o, cuando, convocada vista para su celebración, el solicitante no comparece o, habiéndolo hecho, no se ratifica en su solicitud (art. 22.3 TRLC). En tales supuestos solo se prevé que si «el juez considerase que concurre presupuesto objetivo para la declaración del concurso necesario, y de las actuaciones resulte la existencia de otros posibles acreedores, antes de dictar el auto que resuelva sobre la solicitud, se concederá a esos acreedores un plazo de cinco días para que formulen las alegaciones que les conviniesen» (art. 22.3 TRLC)[46]. *A sensu contrario* se desprende que, de no formularse alegación alguna, el juez, al igual que si entendiera que no concurre el presupuesto de la insolvencia, debe dictar auto teniendo al solicitante por desistido con expresa imposición de costas[47].

III. LA SANCIÓN JURÍDICA EN EL PROCESO CONCURSAL

1. La sujeción patrimonial a los fines del concurso

A) Responsabilidad y potestad pública

Como escribiera CARRERAS, frente al incumplimiento del deber, entendido como omisión de la conducta debida, se engendra la responsa-

bilidad, generando deber y responsabilidad una distinta relación jurídica con diverso y distinto sujeto activo en el polo de la relación. Así, mientras que en el reverso del deber hallamos el derecho y su titular, frente a la responsabilidad ubicamos el poder o potestad pública y una actuación instrumental, desarrollada por el órgano jurisdiccional que la ostenta, dirigida al cumplimiento de un fin. La primera relación cae de lleno en el ámbito del Derecho privado; la segunda, por el contrario, es asunto que concierne al Derecho procesal[48].

En la actualidad, es irrefutable que responsabilidad patrimonial y potestad pública subyacen en todo fenómeno concursal, legitimando y justificando toda la actividad jurisdiccional posterior.

Cierto es que, para actuar la responsabilidad patrimonial universal en el proceso concursal, es precisa una actividad judicial previa dirigida a comprobar la concurrencia de los presupuestos que habilitan la instauración del cauce que permite su aplicación. Ahora bien, constatada la insolvencia[49] y dictado el auto de declaración de concurso, el patrimonio del deudor insolvente queda sujeto al órgano jurisdiccional para atender la responsabilidad patrimonial que nace en ese momento, por el incumplimiento de las obligaciones exigibles, o, que nacerá, cuando aquel incumplimiento devenga efectivo.

De este modo, frente al incumplimiento de la obligación como elemento determinante de la reacción del ordenamiento jurídico con la finalidad de conservarse y devenir efectivo, aparece la insolvencia. Y esta, aunque no tiene por qué entrañar el incumplimiento de la obligación de manera inmediata, solo ostenta virtualidad para mantener vivo el proceso concursal en tanto que el deudor se halle en una situación que desemboque, de manera inminente, en el incumplimiento de las prestaciones debidas.

En efecto, con sus especialidades, el proceso concursal existe en tanto que sea posible actuar la responsabilidad patrimonial universal en escenarios de insolvencia a favor de una pluralidad de acreedores. Esta realidad queda constatada desde el momento en que si de la lista definitiva de acreedores resulta la existencia de un único acreedor, desaparece el estado de iliquidez, se satisfacen todos los créditos, se cumple con el convenio, finaliza la liquidación o, tras la fase común, todos los acreedores desisten o renuncian a su crédito, el órgano jurisdiccional está conminado a decretar la conclusión del concurso (art. 465 TRLC).

B) La actuación jurisdiccional y la fungibilidad jurídica en el proceso concursal

El poder o potestad pública del órgano jurisdiccional se manifiesta con el dictado del auto de declaración de concurso. Tras él, el órgano jurisdiccional

desarrolla una intensa actividad de variada naturaleza que se inicia con la actuación de los mandamientos contenidos en el referido auto y continúa con aplicación del resto disposiciones contenidas en el texto refundido de la Ley Concursal.

Sin embargo, a diferencia de la ejecución forzosa, no podemos afirmar que la actividad que desarrolla el órgano jurisdiccional sea sustitutiva, sin más, de aquella que debería desarrollar el deudor para hacer desaparecer el desequilibrio patrimonial y satisfacer el interés del acreedor[50]. La actividad del órgano jurisdiccional en el proceso concursal es heterogénea y más amplia, siendo preciso distinguir cada fase del concurso para concretar su distinto cometido.

A este respecto, la estructura diseñada legalmente para alcanzar los fines del proceso concursal goza de una especial significación. Pues aunque el propósito último sea satisfacer la responsabilidad patrimonial, la situación de insuficiencia patrimonial y la imposibilidad de proceder al pago de los acreedores exige una ordenación y estructura particular con fases que persiguen distintos cometidos.

La catalogación de esta tutela jurisdiccional es, pues, instrumental al servicio de los mandatos previstos por el legislador en orden a alcanzar determinados fines[51]. Además, tal carácter es extensible a la administración concursal, e incluso al deudor, en los quehaceres que, de esta naturaleza, les son atribuidos[52].

La actividad que realiza el órgano jurisdiccional, e incluso la administración concursal, disfruta de plenos efectos sobre el patrimonio del deudor, como si por este hubiera sido realizada[53]. Y, es que tras la declaración de concurso, y aun cuando este sea voluntario, la potestad pública del órgano jurisdiccional se superpone al interés del concursado en orden a garantizar los fines, legalmente establecidos, a que se destinan los bienes y derechos que integran la masa activa. En esta colisión entre derecho privado y potestad pública, el primero cede frente a la segunda, pues, desde la constitución del nuevo escenario, la satisfacción del interés del concurso[54] pasa a ser una cuestión de interés público cuya observancia se procura con o sin la connivencia del deudor.

La tutela que dispensa el órgano jurisdiccional se proyecta sobre el patrimonio objeto de responsabilidad, que queda bajo su sujeción, con merma de las facultades de administración y disposición de su titular, de mayor o menor intensidad en función de las necesidades del concurso[55]. Ahora bien, al mismo tiempo, desde la perspectiva de los acreedores del deudor, la declaración de concurso entraña destacables limitaciones dada la imposibilidad de ejercitar acciones declarativas al margen del concurso (art. 136 y sigs. TRLC), de iniciar o continuar ejecuciones (arts. 142 y sigs. TRLC) o de pretender su satisfacción por medios distintos a los previstos en él.

— *Actividad jurisdiccional y el poder de los acreedores*

El desapoderamiento patrimonial del deudor, la imposibilidad de agresión jurídica individual directa de los acreedores y el correlativo apoderamiento de los órganos del concurso para la actuación de un fin, llevó consigo la aparición de sofisticas construcciones en el pasado; tesis que permitían explicar y justificar la actividad jurisdiccional (y del administrador) con sujeción del patrimonio del deudor a fin de satisfacer a los acreedores.

En esta sede no nos detendremos en la detallada exposición de aquellas teorías[56] pero sí haremos hincapié —por su indiscutible engarce con el principio de responsabilidad patrimonial universal y la posición de los acreedores— en las construcciones de corte privatista que abogaban por defender que si, con carácter general, ante el incumplimiento del deudor es preciso dotar a los acreedores de los medios oportunos para ver satisfecho su interés, estos cristalizan en un poder de agresión directo sobre el patrimonio del deudor, operando el órgano jurisdiccional como una suerte de instrumento a su servicio.

Tales tesis concebían la actividad jurisdiccional como un modo de cumplimiento de las obligaciones[57], con fórmulas dirigidas a explicar la función de garantía que cumple el patrimonio del deudor respecto a la consumación de toda obligación[58].

En la actualidad, superadas estas construcciones, es ya comúnmente compartido que el órgano jurisdiccional opera actuando el poder que asume el Estado desde el momento en el que la responsabilidad entra en juego. Esto es, no cabe duda de que mientras que en contextos de normalidad económica y cumplimiento de obligaciones deudor y acreedores están en correspondencia, en situación jurídica de concurso tal enlace se interrumpe por la interferencia del Estado. El titular del poder al que queda sujeto el deudor no es ya atribuido a los acreedores sino a aquel[59], gozando estos últimos del derecho a estimular su ejercicio y a constituir la nueva situación jurídica (derecho a pedir el cambio jurídico).

Así pues, tras la apertura de concurso, la expectativa de satisfacción de los acreedores en actuación de la responsabilidad será procurada por el órgano jurisdiccional y no por el deudor, cuya voluntad, a estos efectos, es del todo irrelevante.

La responsabilidad que a nosotros interesa se resuelve, como ocurre en la ejecución forzosa y en la ejecución penal y a diferencia de la responsabilidad entendida como obligación de resarcimiento del daño causado, con la sujeción a un poder. Esto es, como un *status subiectionis* al órgano jurisdiccional, bien diverso de la obligación[60].

Como apuntara CARNELUTTI: «la responsabilità è una soggezione allo Stato, non al creditore; al creditore il debitore deve, allo Stato è sogge-

to; al diritto di quello corrisponde l'obbligo; al potere di questo uno *status subiectionis*, che con l'obbligo non ha niente che fare»[61].

C) El momento de la sujeción patrimonial

Con carácter general, obligación y sujeción operan en distinto plano con diferentes efectos sobre el deudor. De este modo, mientras la obligación precisa de un acto de voluntad del obligado para su cumplimiento, la sujeción opera al margen de ella.

En el concurso de acreedores, esta afirmación no sufre quiebra, ni siquiera en los supuestos de concurso voluntario. Es cierto que en estas hipótesis es precisamente la cooperación del deudor lo que permite su declaración y el sometimiento a aquel poder. Sin embargo, en sentido estricto, esta colaboración (sea impuesta o voluntaria) es previa e iniciadora, en caso de estimación de la pretensión, de un proceso anterior al que entraña la sujeción, esto es, del proceso dirigido a determinar si concurren los presupuestos necesarios para la declaración de concurso.

Habríamos de añadir entonces que la indiferencia hacia la voluntad del deudor en orden a hacer efectiva la sujeción se produce desde el momento —y no antes— en que es constatada la responsabilidad ante el incumplimiento generalizado de las obligaciones o, al menos, la potencial responsabilidad inminente exigida para la declaración de concurso.

Habida cuenta de ello, el poder que ejerce el órgano jurisdiccional debe ser forzosamente previo al momento en el que se produce la sujeción. Si el auto de declaración de concurso entraña la sujeción patrimonial descrita a los fines referidos, inexcusablemente el órgano jurisdiccional debe contar en un momento anterior con la potestad pública que permite realizar actos con plena eficacia en la esfera jurídica del deudor.

No se trata de una simple posibilidad jurídica de obrar[62] sino del poder que dota de plena eficacia la actividad jurisdiccional sobre el patrimonio objeto de agresión, sometiéndolo a un especial tratamiento jurídico y procediendo, en caso de liquidación, a su enajenación[63].

Esta potestad con la que cuenta el órgano jurisdiccional con carácter previo al dictado del auto y que se extiende sobre cada uno de los bienes que integran el patrimonio concursal se mantiene intacta durante todas las fases que integran el proceso concursal, si bien con distintas especialidades e intensidades, hasta su conclusión[64]. Solo así se logra explicar, entre otras cuestiones, la eficacia de la decisión jurisdiccional sobre la limitación de las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor en la fase común; la fuerza general vinculante del convenio —tras la sentencia judicial de aprobación— respecto a todos los acreedores (ordinarios y subordinados,

e incluso privilegiados en los términos del artículo 397 TRLC); la necesaria declaración judicial de cumplimiento del convenio para proceder a la efectiva conclusión del concurso (art. 465.3.º TRLC); o, en una eventual liquidación, el título válido que permite al órgano jurisdiccional proceder a la transmisión o venta del dominio del deudor —o incluso de terceros cuando se trata de bienes que, habiendo salido indebidamente del patrimonio del deudor según los criterios estipulados legalmente, se reintegran en la masa—.

2. Coacción y coerción en el concurso

En sede de ejecución forzosa, junto a la sustitución de la voluntad y conducta del deudor por el juez, es común en la prevalente doctrina valorar otra idea: la coacción y coerción como instrumento al servicio de la potestad jurisdiccional a fin de transformar la realidad material y ajustarla al título ejecutivo[65]. Estas notas que adornan toda ejecución, no es claro, empero, que participen en el proceso concursal.

Entendida la coacción como el «poder legítimo del derecho para imponer su cumplimiento o prevalecer sobre su infracción» (acepción segunda de la Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española)[66], no podemos afirmar, de partida, que constituya un rasgo inherente a todo concurso.

Cierto es que puede contenerla. En los supuestos de concurso necesario, el empleo de la coacción es notoria en tanto que instada la declaración por cualquier sujeto legitimado distinto al deudor —ora acreedores ora socios personalmente responsables de las deudas o el mediador concursal (arts. 3 y 695.a TRLC)—, se produce la sujeción patrimonial con la imposición de reglas extraordinarias de gestión y delimitación, sin, e incluso contra, la voluntad del deudor[67]. Asimismo ocurre en hipótesis de concurso voluntario en los que la insolvencia es actual, por cuanto el comportamiento del deudor es debido y, por tanto, necesario para el cumplimiento del Derecho.

De distinto modo acontece en supuestos de concurso voluntario cuando la insolvencia es inminente. En estos casos, presentada la solicitud por el deudor y acreditado «su endeudamiento y su situación de insolvencia» (art. 2.3 TRLC), se presume su interés en que se produzcan los efectos de la declaración. En tales hipótesis resulta controvertido afirmar que concurre coacción en la forma descrita.

Cuestión distinta acontece en los supuestos de insolvencia inminente en los que instada la tutela por el deudor y declarado el concurso, este no quiera que los efectos —inicialmente postulados— prosigan. En tales casos podría hablarse de coacción: declarada la nueva situación jurídica desaparece todo elemento volitivo, hasta el punto que la anuencia del deudor para continuar con el proceso concursal resulta irrelevante para el legislador.

Ello evidencia una situación en la que rogada la tutela y comprobados judicialmente los presupuestos para su declaración queda constituida, con carácter imperativo, la nueva situación jurídica con la que se pretende hacer efectivo el restablecimiento del orden legal.

Estrechamente relacionada con la coacción hallamos la coerción, entendida como la «presión ejercida sobre alguien para forzar su voluntad o su conducta» (acepción primera de la Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española)[68]. La aplicación del concepto a los supuestos descritos tampoco nos permite afirmar que esta sea una nota definitoria del proceso concursal en todos sus potenciales escenarios.

Muy al contrario, el problema de ambos conceptos —coacción y coerción— es que implican «imposición» o el uso de «presión» —en sentido negativo— para alcanzar un resultado (el cumplimiento del orden legal), dejando fuera supuestos que el concurso acoge. Solo desde una concepción amplísima de la coerción, que abarcara las medidas de estímulo positivo orientadas a la constitución de la situación jurídica de concurso, se podría predicar su concurrencia.

3. La sanción jurídica en el concurso

El proceso concursal, como instrumento al servicio de la actuación de la responsabilidad patrimonial universal en estados de insolvencia con pluralidad de acreedores, enlaza con la idea de sanción.

Al igual que es comúnmente aceptado que la ejecución forzosa tiene por objeto tal aplicación de sanciones[69], no dudamos de que este es el mismo fin al que se orienta el proceso concursal[70]. Eso así, por cauces y aplicando reglas distintas atendida la dispar realidad a la que debe hacer frente[71].

En efecto, si como definiera BOBBIO, dentro de la teoría general del derecho, el término sanción equivale al conjunto de medidas predispuestas por el ordenamiento jurídico para reforzar la observancia de las propias normas y eventualmente para poner remedio a los efectos de la inobservancia[72], la sanción halla pleno acomodo en la institución concursal[73].

Ahora bien, teniendo en cuenta que lo que importa al ordenamiento jurídico es su transgresión, o lo que es lo mismo, que solo ante su infracción o previsible conculcación reacciona, es trascendental determinar, en primer lugar, antes de adentrarnos en el concepto de sanción jurídica, cuál es la vulneración última que subyace y preocupa al proceso concursal.

La respuesta la podríamos hallar en la insolvencia, en tanto que presupuesto objetivo del concurso de acreedores. Sin embargo, sería erróneo sostener esta idea pues la insolvencia —en los términos expuestos— no conlleva inexcusablemente contravención del ordenamiento jurídico.

Más correcto es aseverar que la transgresión última que preocupa al proceso concursal es el incumplimiento de obligaciones en un determinado escenario patrimonial. Así visto se comprende la virtualidad de articular el concepto de insolvencia como presupuesto de apertura del proceso concursal pues, precisamente, su concurrencia permite determinar una situación —o potencial situación— generalizada de incumplimiento de obligaciones en un contexto de iliquidez económica.

De este modo, si la insolvencia preocupa al ordenamiento jurídico en tanto implica o puede entrañar incumplimiento de obligaciones sin suficiencia de recursos para su satisfacción, todas las sanciones que identifiquemos en el proceso concursal se dirigirán a evitar y, fundamentalmente, a paliar los efectos que lleva consigo tal conculcación.

Siguiendo la clasificación general propuesta por BOBBIO[74], la tutela principal que persigue el proceso concursal encuadra dentro de las denominadas sanciones reparadoras, es decir, medidas orientadas a eliminar o atenuar las consecuencias asociadas a la contravención del ordenamiento jurídico. También, si bien ocasionalmente, preventivas, en tanto que se disponen con carácter previo a la conculcación y se dirigen a evitar su producción —o, al menos, a atemperar sus consecuencias—[75]. Tampoco podemos descartar la concurrencia de las sanciones retributivas, al prever el texto refundido de la Ley Concursal, en determinados casos, la imposición de un mal al deudor concursado en ajustada respuesta al menoscabo que genera este con la violación del orden jurídico.

Parece lógico que las sanciones que se diseñan en el proceso concursal sean distintas a las previstas en la ejecución forzosa: el restablecimiento legal en contextos de insolvencia tiene bastantes más aristas que las concurrentes en cualquier escenario en el que se produce el incumplimiento de obligaciones con suficiencia patrimonial —o con insuficiencia patrimonial pero con un solo acreedor—.

De este modo se constata si se atiende a la realidad inherente al estado de insolvencia con pluralidad de acreedores. Nótese que el cumplimiento de las prestaciones debidas por el deudor concursado no es, o previsiblemente no será, posible regularmente. Asimismo, la voluntad del deudor no puede ser sometida a una coerción dirigida a tal fin pues no hay, o presumiblemente no habrá, solvencia patrimonial suficiente para garantizar este cumplimiento de manera ordinaria y sostenida en el tiempo. Los mecanismos tradicionales de coerción de la ejecución forzosa devienen así inútiles en el proceso concursal.

Por ello, la respuesta del ordenamiento jurídico ante tales particularidades debe orientarse, en la línea de lo ya sostenido, en otro sentido: no solo es preciso su fortalecimiento, sino también su anticipación.

Ahora bien, ni el deber del deudor de instar la declaración de concurso ante una insolvencia actual (art. 5.1 TRLC) ni el derecho a hacer lo pro-

pio ante una insolvencia inminente (art. 2.3 TRLC) constituyen sanción jurídica alguna. En realidad, se erigen en instrumentos al servicio de la sanción jurídica pues con su previsión el legislador persigue, ante el estado de insolvencia, la creación de una nueva situación jurídica que permite la actuación de la sanción[76].

Detrás del aludido deber, sí localizamos una doble medida —ya apuntada— de desaliento o preventiva de desánimo ante su infracción por el deudor: la presunción *iuris tantum* de culpabilidad en la generación del estado de insolvencia en caso de apertura de la sección de calificación (art. 444.1.º TRLC), y la suspensión de sus facultades de administración y disposición patrimonial, salvo criterio judicial en contrario (arts. 106.2 y 3 TRLC).

En lo que hace al derecho a instar la solicitud de concurso, hallamos una medida de estímulo positivo[77], dado que el deudor conserva sus facultades de administración y disposición patrimonial a excepción de que el juez acuerde y motive su improcedencia (art. 106.2 y 3 TRLC)[78].

Común a deber y derecho, y asociado generalmente a una presentación tempestiva de la solicitud, identificamos otro acicate también referido: la no apertura de la sección de calificación del concurso en los términos del artículo 446.2 del texto refundido de la Ley Concursal.

Junto a tales medidas de carácter anticipatorio, las particularidades asociadas al concurso exigen que el ordenamiento jurídico responda de una manera más completa e inequívoca una vez es declarado. Principalmente, mediante medidas reparadoras, pero además a través de medidas retributivas, de distinto alcance, que pueden comprender el reproche penal[79].

Las sanciones reparadoras constituyen la principal actividad del proceso concursal por cuanto su finalidad primera es la satisfacción del interés del concurso. La responsabilidad patrimonial universal cumple así su normal función: atender al conjunto de intereses que se reúnen bajo el interés concursal operando como garantía para hacer inocuo, en la medida de lo posible, el incumplimiento de obligaciones[80]. Por lo demás, dado el estado de iliquidez, poco reportaría al interés del concurso dotar a esta sanción de una función punitiva dirigida a presionar al deudor al cumplimiento.

Nótese que, en un escenario de insolvencia, las consecuencias patrimoniales que puede llevar consigo el incumplimiento de obligaciones pueden ser revertidas, al menos parcialmente, mediante la imposición de esta clase de sanción[81]. Y es que tras la declaración de concurso, esta sanción reparadora se sirve, alcanzando un mayor grado de eficacia, de la imposición de reglas extraordinarias como la reordenación del patrimonio concursal en masas (activa y pasiva), la instauración de medidas singulares para su formación o la aplicación de criterios distintos de satisfacción de los acreedores; medidas todas ellas orientadas a paliar o, al menos, a atenuar las consecuencias pro-

vocadas por el incumplimiento —o próximo incumplimiento— generalizado de obligaciones.

La tutela reparadora que dispensa el proceso concursal es, así, especialmente amplia. La ordinaria frustración del interés de los acreedores se intenta neutralizar, indirectamente, mediante el reconocimiento de facultades extraordinarias que procuran la defensa del interés del concurso por encima de otros intereses (*vid.* arts. 164 y 165 TRLC), y, directamente, mediante la instauración de remedios excepcionalísimos que permiten la reintegración de bienes a la masa (arts. 226 y sigs. TRLC) y el ejercicio de acciones de responsabilidad frente aquellos que, mediando dolo o culpa grave, contribuyeron en la generación o agravación del estado de insolvencia (arts. 455.2.3.º, 4.º y 5.º y 702 TRLC)[82]. La sección de calificación contribuye, de este modo, a la función solutoria del concurso de acreedores[83].

Sin embargo, las descritas sanciones reparadoras no son siempre suficientes. Precisamente porque la restauración legal en el proceso concursal es, en la mayoría de ocasiones, incompleta, se hace necesario que las medidas reparadoras vengan acompañadas de medidas retributivas.

No es algo extraño en los sistemas jurídicos que así acontezca. Cuando la transgresión del orden legal es irreparable es habitual encontrar, junto a las medidas dirigidas a limitar o eliminar sus efectos, otras orientadas a reprimir y castigar la infracción[84].

El proceso concursal proporciona, de este modo, una sanción civil retributiva y, en concreto, punitiva[85]. Esta se articula a través de la referida calificación concursal, que dispensa una tutela complementaria y contingente, subordinada al cumplimiento de los siguientes presupuestos: en primer lugar, a la apertura de la liquidación o a la aprobación de un convenio que suponga una espera igual o superior a los tres años o una quita igual o superior al tercio del importe de los créditos (art. 446 TRLC); en segundo lugar, a la prueba del dolo o culpa grave en la generación del estado de insolvencia o, al menos, al fracaso de las resistencias que oponga el deudor —o el resto de sujetos que pueden ser calificados *ex* artículo 442 TRLC— a las presunciones de culpabilidad que recogen los artículos 444 y 700 del texto refundido[86].

La calificación juega así un papel relevante, tanto al compeler al deudor a una presentación tempestiva de la solicitud de concurso, como, destacadamente, al salvaguardar la seguridad del mercado, con la expulsión, en su caso, de aquellos que no son aptos para operar en el tráfico civil y mercantil. Cuando se alcanza una solución razonable —cifrada por el legislador *ex* artículo 446.2 TRLC—, ni la función reparadora ni la función retributiva a que sirve la calificación tienen cabida. Se trata de una dispensa plenamente coherente con la función que persigue el concurso de acreedores[87].

Por último, la actuación de la sanción varía según su naturaleza. La perfección de la sanción reparadora se consuma bien con la implementa-

ción del plan de liquidación aprobado (arts. 416 a 420 TRLC) —o, en su defecto, con la aplicación de las reglas legales supletorias (arts. 421 y 422 TRLC)—, bien, en caso de aprobación de convenio, con el cumplimiento voluntario de lo en él estipulado. Sin embargo, la sanción retributiva, de existir, se consuma con la ejecución de la sentencia de calificación culpable (arts. 455 y sigs. TRLC).

4. Funciones del proceso concursal

Por lo expuesto podemos afirmar que el proceso concursal cumple una triple función. La primera y capital función es satisfactiva: toda la actividad jurisdiccional prevista, así como la del resto de sujetos, se dirige —como fin último— a hacer desaparecer el desequilibrio patrimonial generado por el deudor.

En segundo lugar, cumple una función preventiva general, en tanto que relega del tráfico mercantil aquella empresa que no resiste el convenio como forma de solución en el concurso.

Y, en tercer término, cumple una función racionalizadora, por cuanto el proceso concursal facilita una organización óptima de la actividad profesional o empresarial en aras a aumentar los rendimientos y/o reducir los costes al fin último de restablecer, total o parcialmente, la empresa viable económicamente[88].

Junto a estas funciones, ínsitas en todo proceso concursal, podemos identificar una función represiva contingente. De este modo, la perturbación generada por la situación de desequilibrio patrimonial es atendida, no solo mediante el restablecimiento patrimonial, sino también por medio de una actuación orientada a infligir un reproche civil a quien por una gestión negligente, dolosa o culposa favoreció o agravó el estado de insolvencia (arts. 442 y sigs. TRLC).

IV. LA SANCIÓN EN LA TUTELA PENAL DEL CRÉDITO Y EL ORDEN SOCIOECONÓMICO

La tutela civil del crédito que proporciona el proceso concursal se ve reforzada a través de su tutela penal. Ambas constituyen cauces distintos para el restablecimiento del orden legal y la desaparición o atenuación de la alteración ocasionada por el incumplimiento de los deberes asociados al estado de insolvencia. La primera es de carácter necesario y aplicable en todo caso, con las sanciones de diverso signo expuestas; la segunda surge exclusivamente ante la concurrencia de determinadas conductas típicas, y su sanción es punitiva.

Su previsión legal es precisa e inexcusable. Cuando la perturbación va más allá del mero desequilibrio patrimonial y transciende al ámbito social, su restauración exige introducir, junto a las sanciones civiles, otro tipo de sanción dirigida a castigar al culpable y a reprimir su conducta. Su imposición no se orienta a beneficiar a los perjudicados por el incumplimiento ni a consumar una función reparadora, aunque la entrañe, sino a rehabilitar el orden social y legal por medio de la consecución de fines no patrimoniales[89].

La sanción penal en materia de insolvencia se halla regulada en los artículos 259 a 261 bis, capítulo VII bis del título XIII del libro II del Código Penal, que lleva por rúbrica «De las insolvencias punibles»[90].

Los paralelismos de este reproche penal con la sanción retributiva de la calificación concursal son evidentes[91]: ambas se dirigen a corregir las actuaciones contrarias al deber de diligencia, por dolo o culpa, en la gestión de asuntos económicos producidos en una situación de crisis económica. Pero también subyacen diferencias, en especial, la redención del deudor concursado habilitada en el proceso concursal cuando aquel logra alcanzar un convenio «no gravoso» (art. 446 TRLC).

Este conjunto de tipos penales articulados por el legislador atiende a razones de interés público, reprimiendo aquellas conductas consideradas socialmente peligrosas en aras a proporcionar un marco seguro en las relaciones del tráfico económico. En esta lógica, la sanción penal castiga al deudor en caso de concurrir la conducta típica por más que se repare o desaparezca, incluso en su totalidad, el menoscabo causado[92].

Con la reforma del Código Penal acometida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el reproche penal en los delitos de insolvencia punible o bancarrota se configura como un delito de peligro, si bien vinculado a la situación de insolvencia (actual o inminente) y perseguible únicamente cuando se declara el concurso o se produce un «sobreseimiento en los pagos»[93]. No es precisa ya la causación de un daño material o lesión para la comisión del tipo penal, sino que la reacción del Estado se produce ante la probabilidad o amenaza de la destrucción o menoscabo del patrimonio concursal, garantía para la satisfacción de los acreedores.

Esta posibilidad de adelanto de la barrera penal a momentos previos a la lesión, común también a la anticipación de la tutela prevista en el proceso concursal, se articula fundamentalmente sobre el deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos[94]. Para ello se tipifica un conjunto de acciones que determinan una quiebra de aquel deber y una indebida merma del patrimonio concursal o una ocultación al acreedor de la situación económica real del deudor, ya sea declarado el concurso (art. 259.1 CP), ya sea causa de la situación de insolvencia posterior (art. 259.2 CP).

El delito de insolvencia punible se refuerza con un tipo agravado en el artículo 259 bis Código Penal para aquellos supuestos en los que se causan

—o puedan causarse— perjuicios económicos de especial gravedad —«1.º. Cuando se produzca o pueda producirse perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica» o «2.º. Cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros»— o en los que, al menos la mitad del importe de los créditos concursales, corresponda a deudas frente a la Hacienda Pública y la Seguridad Social (3.º).

La indirecta protección de la garantía de los acreedores, tras la reforma del Código Penal de 2015, no queda ahí. Tal amparo se amplía mediante la tipificación de acciones no justificadas de favorecimiento patrimonial a determinados acreedores desde la admisión a trámite de la solicitud de concurso (art. 260.2 CP) o de un momento anterior cuando ya concurría la situación de insolvencia actual o inminente (art. 260.1 CP)[95].

La primitiva notoriedad de la sanción penal respecto a la civil, incluso para garantizar la desaparición de perturbaciones económicas o patrimoniales y que encuentra en materia concursal su paradigmático antecedente en la prisión por deudas[96], parece así tornar a su histórica función dado el reproche al elenco de acciones típicas que contempla el Código Penal[97].

Con destacadas diferencias respecto a la sanción civil en la protección de la garantía patrimonial, el Derecho penal deja de constituir la última *ratio* para erigirse en igual *ratio* que el Derecho concursal en la protección de aquella garantía. La conquistada subsidiariedad de la sanción penal respecto a la civil y la tradicional reducción de la aplicación de la pena en sus justos límites queda así atemperada de manera notable.

Es cierto que en materia de insolvencia no se actúa la expansión máxima que puede alcanzar el Derecho penal, de paulatino crecimiento en otras zonas de actividad social (v.gr., el medio ambiente, la salud pública o el sistema crediticio). En estos, la creciente protección de bienes jurídicos colectivos y supraindividuales aboca a un Derecho penal destinado a la prevención del riesgo y no al establecimiento, como encomienda primera, de una sanción adecuada y proporcionada a la gravedad del injusto culpable (son los denominados delitos de peligro abstracto o delitos de peligro abstracto-concreto)[98].

No es esta la categoría a la que pertenecen las insolvencias punibles. En los tipos penales contemplados en el capítulo VII bis del Código Penal nos encontramos, por el contrario, ante delitos de peligro concreto[99]. En todas las conductas definidas en este capítulo el peligro del bien jurídico es un elemento del tipo, de modo que el delito queda consumado exclusivamente cuando, de manera efectiva, aquel se produce[100].

Esta distinta configuración delictiva de las insolvencias punibles repercute en el régimen jurídico aplicable y en las posibilidades de defensa procesal del deudor concursado en el ámbito procesal penal. En efecto, frente

a los delitos de peligro abstracto en los que no forma parte del tipo ni la lesión, ni el peligro concreto del bien jurídico protegido (no siendo precisa la prueba de la producción del resultado, ni la relación de causalidad entre la acción y el resultado delictivo)[101], y en los que se constata una destacada mengua de las oportunidades de resistencia del deudor —con la automática condena de concurrir cualquiera de las conductas tipificadas—, en los delitos de insolvencia introducidos por el legislador de 2015 el deudor goza de un estatuto jurídico más garantista.

El injusto material, esto es, el perjuicio patrimonial en los acreedores o la ocultación de la situación económica real del deudor, debe quedar acreditado. La verificación de este injusto se articula por medio de presunciones, en una doble vía. En primer lugar, respecto a determinadas acciones, se configuran presunciones *iuris et de iure* en las que probado el hecho indicio se da por cierto el presunto. Así sucede en los apartados 1.º, 4.º, 6.º, 7.º, 8.º y 9.º (en las cuatro últimas acciones parcialmente) del artículo 259.1 Código Penal, que sirven de apoyo a los artículos 259.2 y 259 bis Código Penal, y también en el artículo 260.2 Código Penal. En segundo lugar, en el resto de acciones contempladas, se disponen presunciones *iuris tantum* en las que cabe demostrar que la acción goza de justificación económica o empresarial o no se dificulta o impide conocer la situación económica real del deudor. En este sentido, véanse los apartados 2.º, 3.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º y 9.º (en las cuatro últimas acciones parcialmente) del artículo 259.1 Código Penal, de igual aplicación en artículos 259.2 y 259 bis Código Penal, y el artículo 260.1 Código Penal.

En el primer grupo de presunciones, la defensa del deudor solo podrá dirigirse a practicar contraprueba eficaz frente al hecho indicio para evitar que este quede demostrado y pueda operar la presunción. Este régimen de presunciones es lógico habida cuenta de que el elenco de acciones recogidas conducen incontestablemente a un resultado atentatorio contra el deber de diligencia del deudor en la gestión de asuntos económicos, sea llevando a cabo un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones indebido sea ocultando la situación económica o financiera del deudor.

En el segundo grupo de presunciones, el deudor puede concentrar sus esfuerzos tanto en practicar contraprueba frente al hecho indicio, como en practicar prueba plena dirigida a demostrar la falsedad del hecho presunto o la ausencia de enlace entre uno y otro hecho. Este grupo de acciones, afectadas por una presunción relativa, son sospechosas de infringir el deber de diligencia del deudor pero se admite su confrontación al no ser absoluto el nexo entre ambos hechos.

Finalmente, en lo que hace a las insolvencias punibles y a la mayor intensidad del reproche penal instaurado tras la Ley Orgánica 1/2015, conviene subrayar la inclusión de la conducta imprudente como tipo concreto

en la realización de alguna de las acciones que contempla el artículo 259.1, extensibles al artículo 259.2 Código Penal (art. 259.3 CP). Se suprime así la despenalización de la imprudencia en todos sus tipos en materia concursal, introducida por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y en la que se castigaba exclusivamente la comisión delictiva en la que concurría dolo[102].

Igual razonamiento es extensible al delito del artículo 260 Código Penal, dirigido al favorecimiento de acreedores en perjuicio del resto, en sus dos tipos (apartados 1.º y 2.º), ya que realizado el acto se entiende consumado el delito, al margen de la intención fraudulenta del deudor[103].

V. LA VALORACIÓN DE LAS SANCIONES PREVISTAS ANTE LA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA

La respuesta descrita del ordenamiento jurídico ante cualquier situación de insolvencia (actual o inminente) no puede causar desconcierto si se atiende a que el legislador, en la determinación de las sanciones, debe adecuar su intensidad y alcance a la gravedad de la amenaza, al valor de los intereses concurrentes y a la finalidad que se persigue.

En efecto, ante el temor a un eventual impago generalizado de las obligaciones del deudor y a las severas consecuencias que puede traer consigo la declaración de concurso, el ordenamiento jurídico reacciona con una antelación inusual —aunque insuficiente— tanto en vía civil, articulando una facultad exclusiva del deudor para instar la declaración de concurso en situaciones de insolvencia inminente, como penal, con la instauración de una exigente sanción ante actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos[104].

Este aumento del reproche penal (materializado tanto en su anticipación como en el castigo de la conducta imprudente) parece reñir con la eliminación, tras la entrada en vigor del régimen de 2003, de los efectos represivos vinculados a la institución concursal en el sistema precedente y a las connotaciones peyorativas que se asociaban al deudor insolvente —EM (III) LC de 2003—.

Al margen de los resultados de esta política legislativa en la tutela penal de la insolvencia, la firmeza de la reacción deja entrever la búsqueda de una solución comprometida ante un medio que está resultando ineficaz en la protección del crédito. Mostrándose imposible hacer inocuo el incumplimiento respecto a los acreedores, se establecen mecanismos correctores de la conducta del deudor que se dirigen a salvaguardar su patrimonio penalmente. Estas medidas, junto a las previstas a través de la calificación concursal y que permiten la inhabilitación temporal de aquellos que no han mostrado

capacidades de operar en el mercado, delinean un escenario más represivo en la tutela del crédito que el que nos muestra nuestra historia reciente y que el que cabía esperar a la vista de la evolución legislativa en la materia.

Muy probablemente se están despreciando otras vías para alcanzar una más completa aplicación de la garantía patrimonial y, por ende, una mayor satisfacción del interés del concurso y de los acreedores. Destacadamente, aquellas orientadas a combatir las limitaciones estructurales del proceso concursal.

En este sentido, los instrumentos de preinsolvencia han constituido un progreso notable —aunque insuficiente— para que el proceso concursal pueda cumplir su función. Sin embargo, son precisos otros remedios que permitan combatir el problema del presupuesto temporal del concurso, tales como la conminación suficiente del deudor para que inste su declaración, la dotación de mayores instrumentos a los acreedores para que puedan acceder con mayor facilidad a la declaración de concurso o el reconocimiento de tal promoción a favor de órganos públicos.

La anticipación de la respuesta a la situación de insolvencia que esboza el Proyecto de Ley de reforma del texto refundido para la trasposición de la Directiva 2019/1023[105], con la introducción de la denominada «probabilidad de insolvencia» para el acceso a los expedientes de preinsolvencia, va en la senda de hallar una solución tempestiva. Siendo necesaria y oportuna, auguramos, empero, un escaso éxito a esta solución. Lejos de venir acompañada de instrumentos de refuerzo positivo de la solicitud de concurso voluntario o de medios que faciliten a los acreedores o a los órganos públicos la apreciación y/o estimulación de la declaración del concurso, la propuesta legal de modificación se ciñe a incorporar exclusivamente —para el acceso a los expedientes de preinsolvencia— otro mecanismo voluntario al servicio del deudor.

VI. CONCLUSIONES

I. La insolvencia, como presupuesto objetivo del concurso, no es reductible a la mera inobservancia de las obligaciones exigibles del deudor. La cualidad asociada al adverbio regular, tanto en insolvencia actual como inminente, impone el manejo de un concepto más amplio que se concreta en la imposibilidad de atender las obligaciones exigibles sin depauperar el patrimonio, proceder a una liquidación apresurada o ruinosa o aceptar unas condiciones de financiación anormales y perjudiciales para el deudor.

II. La tempestiva declaración de concurso constituye un elemento decisivo para el cumplimiento de la función atribuida al concurso de acreedores. Sin embargo, las limitadas posibilidades de actuación legalmente estipuladas

a los acreedores dificultan una temprana constitución de la situación jurídica concursal. A nuestro juicio, junto a las previsiones proyectadas en la reforma del texto refundido en relación a la acotación temporal de la insolvencia inminente y la inserción de la denominada probabilidad de insolvencia, es necesario, de un lado, reforzar positivamente el deber del deudor de instar la declaración de concurso en insolvencia actual, y, de otro, dotar a los acreedores de mayores instrumentos para que, alegado cualquier hecho determinante de la insolvencia, se declare el concurso. Asimismo, se reputan pertinentes aquellos instrumentos que puestos a disposición de los órganos públicos —acción a favor del Ministerio Fiscal o posibilidad de incoación de oficio por el órgano jurisdiccional— faciliten su promoción.

III. Responsabilidad patrimonial y potestad pública subyacen en todo fenómeno concursal, legitimando y justificando la actuación jurisdiccional al cumplimiento de un fin. Sin embargo, a diferencia de la ejecución forzosa, en el proceso concursal tal actividad judicial no es meramente sustitutiva de aquella que corresponde desarrollar al deudor para satisfacer la responsabilidad patrimonial; tampoco un modo de cumplimiento de obligaciones donde el juez ejerza el poder de agresión directo de los acreedores sobre el patrimonio del deudor. La tutela jurisdiccional que se predica en el concurso es instrumental al servicio de los distintos mandatos previstos por el legislador en orden a alcanzar, según la fase concursal, distintos propósitos que cristalizan en el denominado interés del concurso.

IV. El proceso concursal no participa, sin excepción, del empleo de potestad jurisdiccional coactiva y coercitiva. Es cierto que puede contenerla (en insolvencia actual); sin embargo, quedan fuera otros supuestos que el concurso acoge. Exclusivamente desde una concepción amplísima de la coerción, que englobe medidas de estímulo positivo en orden a la constitución de la situación jurídica concursal, se podría reconocer su concurrencia en el referido proceso.

V. La sanción, como respuesta jurídica ante la insolvencia con pluralidad de acreedores, halla pleno acomodo en el proceso concursal. Ahora bien, en el concurso el concepto de sanción ha de ser forzosamente más amplio que el descrito en la ejecución forzosa. Y es que, entendida como el conjunto de medidas predispuestas para reforzar la observancia de las normas, la complejidad inherente a esta situación jurídica exige de sanciones de distinta naturaleza (reparadoras, preventivas y retributivas) que favorecen la ampliación y reintegración excepcional de bienes y derechos en la masa activa.

VI. El reproche penal en los delitos de insolvencia punible se configura como un delito de peligro concreto. La posibilidad de adelanto de la barrera penal a momentos previos a la lesión resulta chocante desde el momento en que evidencia cierto regreso en la evolución histórica de la legislación

en la materia, con decaimiento de la conquistada subsidiariedad de la sanción penal respecto a la civil. Por la vía del deber de diligencia del deudor, en la protección de la garantía patrimonial y el orden socioeconómico, el Derecho penal deja de constituir la última *ratio* para erigirse en igual *ratio* que el Derecho concursal.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

Sentencias del Tribunal Constitucional

- STC núm. 32/1982, de 7 de junio (ref. A.W: RTC/1982/32).
- STC núm. 176/1985, de 17 de diciembre (ref. A.W: RTC/1985/176).
- STC núm. 178/1985, de 19 de diciembre (BOE núm. 13, de 15 de enero de 1986, 28 a 32).
- STC núm. 113/1989, de 22 de junio (ref. A.W: RTC/1989/113).
- STC núm. 34/1993, de 8 de febrero (ref. A.W: RTC/1993/34).
- STC núm. 158/1993, de 6 de mayo (ref. A.W: RTC/1991/158).
- STC núm. 210/1993, de 28 de junio (ref. A.W: RTC/1993/210).
- STC núm. 219/1994, de 18 de julio (ref. A.W: RTC/1994/219).
- STC núm. 39/1995, de 13 de febrero (ref. A.W: RTC/1995/39).
- STC núm. 92/1998, de 27 de abril (ref. A.W: RTC/1998/92).
- STC núm. 55/2000, de 28 de febrero (ref. A.W: RTC/2000/55).
- STC núm. 73/2000, de 14 de marzo (ref. A.W: RTC/2000/73).
- STC núm. 211/2013, de 16 de diciembre (ref. A.W: RTC/2013/210).

Sentencias de Audiencias Provinciales

- SAP (Sección 1.ª) de Jaén, de 10 de marzo de 2008 (Roj: SAP J 46/2008).

Autos de Juzgados de lo Mercantil

- Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Santander, de 28 de abril de 2006 (Roj: AJPI 20/2006).
- Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 29 de noviembre de 2005 (AJM M 64/2005).
- Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao, de 17 de febrero de 2006 (La Ley, 497, 2006).
- Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Santander, de 8 de mayo de 2006 (ROJ: AJPI 17/2006)

VII. BIBLIOGRAFÍA

AAVV (2005). *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa y procesos especiales*. 3.ª ed., Madrid: editorial universitaria Ramón Areces.

ALEJANDRE GARCÍA, J.A. (1970). La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla. *Anales de la Universidad Hispalense,* núm. 7.

ALLORIO, E. (1958). *El ordenamiento jurídico bajo el prisma de la declaración judicial* (trad. Sentís Melendo). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

— (1963). Observaciones críticas sobre la sanción. En *Problemas de Derecho Procesal* (trad. Sentís Melendo). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 29-52.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2004). Comentario al artículo 2 LC. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley Concursal,* tomo I. Madrid: Tecnos, 36-48.

BERMEJO GUTIÉRREZ, N. (2004). Comentario al artículo 88 LC. En A. Rojo Fernández-Río/E. Beltrán Sánchez (dirs). *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Civitas, 1578-1595.

BETTI, E. (1920). *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*. Pavia: ed. tipografía cooperativa.

— (1947). *Istituzioni di Diritto Romano*. Padova: Cedam.

BOBBIO, N. (1969). Voz «sanzione». En *Novissimo Digesto Italiano*, XVI. Torino: Utet, 530 a 540.

CABALLERO BRUN, F. (2008). *Insolvencias punibles*. Madrid: Iustel.

CALDERÓN CUADRADO, P. (2004). Comentario al artículo 19. En A. Rojo Fernández-Río/E. Beltrán Sánchez (dirs). *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Civitas, 433-452.

CAPILLA RONCERO, F. (1989). *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*. Cádiz: Fundación Universitaria de Jerez.

CARNELUTTI, F. (1928), Diritto e processo nella teoria delle obligazioni. En *Studi di Diritto Processuale*, vol. II. Padova: Cedam, 191 a 316.

— (1932). *Lezioni di Diritto Processuale Civile. Processo di esecuzione*. vol. II, Padova: Cedam.

— (1951). *Teoria generale del Diritto*, 3.ª ed. Roma: soc. ed. del «Foro italiano».

— (1955) Il valore della sanzione del diritto. *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 4, anno X, Ottobre-Dicembre, 237 a 248.

— (1960). *Instituciones del Proceso Civil* (traducción Sentís Melendo). vol. III, Buenos Aires: Ejea.

— (2018). *Arte del derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.

CARRERAS LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*. Barcelona: Bosch.

CASTILLO FELIPE, R. (2016). *Control de los presupuestos procesales en la ejecución civil ordinaria: de oficio y por oposición del ejecutado*, tesis doctoral, inédita, Murcia.

CEREZO MIR, J. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 10, 47-72.

CORDERO LOBATO, E. (2013). En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Valencia: Tirant lo Blanch, 13057 a 13059.

CORDÓN MORENO, F. (2004). La intervención judicial en el convenio. *Anuario de Derecho concursal*, núm. 1, 127-156.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (2004). La declaración judicial de concurso. *Revista del Poder Judicial. La Ley Concursal*, número especial, XVIII, 11-24.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1932). La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial universal: estudio de los artículos 1911 y 1111 del Código Civil, *Revista de Derecho Privado*, núms. 226 y 227, julio-agosto, 193-227.

DENTI, V. (1955). Intorno ai concetti generali del processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. I, 132 a 139.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, tomo II, 6.ª ed. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. (1982). *El proceso de ejecución*. Barcelona: Romargraf.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A. (2003). Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso. En J.F. Garnica Martín (dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejemplar dedicado a la Nueva Ley Concursal*. Madrid: CGPJ, núm. 18, 19-126.

FURNO, C. (1938). Del mero accertamento come sanzione. *Archivio giuridico*, vol. CXX, fasc. 2, 187 a 213.

GARCÍA VILLAVERDE, R. (2001). El Anteproyecto de Ley Concursal español de 2000; las bases de una reforma española. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 21 de junio de 2001, XI, núm. 491, 1 y sigs. (versión digital westlaw).

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (2004). *La calificación del concurso*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.

GOLDSMICHT, J. (1961). *Principios generales del proceso. Teoría general del proceso*, tomo I. Buenos Aires: Ejea.

GÓMEZ ASENSIO, C. (2022). Alerta temprana y exoneración de pasivo. En C. Gómez Asensio (dir.). *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 69 a 89.

GONZÁLEZ MONTES. J.L. (1974), *La calificación civil de la quiebra en el proceso penal*, Pamplona: Universidad de Navarra.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E. (1966). *La enajenación forzosa*. Navarra: Ediciones de Universidad de Navarra.

HELLMANN, F. (1907). *Lehrbuch des deutschen Konkursrecht*, 2.ª ed. Berlín: Häring.

HERNÁNDEZ GIL, A. (1983). *Derecho de obligaciones*, tomo I. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

INVREA, F. (1939). Possibilità giuridica e legittimazione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, 313 a 331.

KOHLER, J. (1891). *Lehrbuch des Konkursrechts*. Stuttgart: Enke.

LASERRA, G. (1966). *La responsabilità patrimoniale*, Napoli: Casa editrice dott. Eugenio Jovene.

LENT, F. (1954). Obblighi e oneri nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, Vol. IX, parte I, 150-158.

MANDRIOLI, C. (1955). *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*. Milano: Giuffrè.

— (1956). Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale. *Jus*, 86 a 120.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2005). Las técnicas para limitar el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado desde el Derecho Romano a la Codificación. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 4, 2005, 315 a 344.

— (2013). *La extinción de las sociedades de capital a causa de la conclusión del concurso*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters Civitas.

MENDOZA BUERGO, B. (2001). *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid: Civitas.

MERCADAL VIDAL, F., (2004). Comentario al artículo 2 LC. En J.M. Sagrera Tizón/A. Ferrer Barriendos/A. Sala Reixachs (coords.). *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo I. Barcelona: Bosch, 29-43.

MUÑOZ CONDE, F. (2021). *Derecho Penal. Parte especial*. 23.ª ed., Valencia: Tirant lo blanch.

NASI, A. (1973). *Processo e esecuzione nel fallimento.* Padova: Cedam.

NAVAS, I. (2015). *Insolvencias punibles. Fundamentos y límites*. Madrid: Marcial Pons.

OLIVENCIA RUIZ, M. (2004). La declaración de concurso. En *La nueva Ley Concursal*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 59, 19-70.

— (2009). El presupuesto objetivo del concurso. En A. Fernández Rodríguez/ J.A. Rodríguez / R. Sebastián (dirs.). *La Ley Concursal y su aplicación*, Fundación de estudios financieros, núm. 33, 71-90.

ORTELLS RAMOS, M. (1984/1985), Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española. *Anuario de la Facultad de Derecho.* Universidad de Extremadura, núm. 3, 415 a 458.

PELLEGRINO, G. (1980). *Lo stato di insolvenza*. Padova: Cedam.

PUGLIATTI, S. (1932). Vendita forzata e rappresentanza legale. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, 294 a 299.

— (1933). Ancora sulla rappresentanza nella vendita forzata. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, 408 a 433.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.P. (2000). *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico*. Madrid: Mira-UAM.

PUGLIATTI, S. (1935). *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano: Giuffrè.

REDENTI, E. (1939). *Profili pratici del Diritto processuale civile*, 2.ª ed. Milano: Giuffrè.

— (1952). *Diritto Processuale Civile*, vol. I. Milano. Giuffrè.

— (1962). Intorno al concetto di giurisdizione. En *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*. vol. I. Milano: Giuffrè, 230 a 245.

ROCA SASTRE, R. M. (1948). *Estudios de Derecho Privado*, Vol. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

ROCCO, A. (1962). *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, Milano: Giuffrè.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (2004). Comentario al artículo 2 LC. En A. Rojo Fernández-Río/E. Beltrán Sánchez (dirs). *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Civitas, 164-193.

ROSSI, L. (1924). *La funzione del giudice nel sistema della tutela giuridica*. Roma: Athenaeum.

SÁNCHEZ-CALERO, J. (2004). Comentario al artículo 2 LC. En J. Sánchez-Calero/V. Guilarte Gutiérrez (dirs.). *Comentarios a la legislación concursal*, tomo I. Valladolid: Lex Nova, 95-137.

SATTA, S. (1937). *L'esecuzione forzata*. Milano: Giuffrè.

— (1950). L'esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti. En *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II. Padova: Cedam, 1950.

SATTA, S. (1953) *Diritto processuale civile*, 3.ª ed. Padova: Cedam.

SENÉS MOTILLA, C. (2014). La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 33, 73 a 83.

SEUFFERT, L. (1899). *Deutsches Konskursprozessrecht*. Leipzig: Duncker & Humbolt.

TAPIA FERNÁNDEZ, I. (1984). *Las condenas no pecuniarias (Ejecución de sentencias de dar, hacer y no hacer)*. Palma de Mallorca: Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, Serie «Ensayos», núm. 3.

TIRADO MARTÍ, I. (2009). Reflexiones sobre el concepto de «interés concursal». (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores). *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, núm. 3, 1055 a 1108.

TOMÁS Y VALIENTE, F. (1960). La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés. *Anuario de historia del Derecho español*. núm. 30, 249 a 490.

TOMÁS TOMÁS, S. (2022). *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters.

VEIGA COPO, A. B. (2012). *La masa pasiva del concurso de acreedores*. 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters.

NOTAS

[1] Cfr. CAPILLA RONCERO, F. (1989). *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*. Cádiz: Fundación Universitaria de Jerez, 7.

[2] Como señala DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. II, 6.ª ed. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 141: el esquema fundamental de toda relación obligatoria es «la correlación que se establece entre un derecho de crédito y una deuda».

[3] Como refiere CARNELUTTI, F. (1928), Diritto e processo nella teoria delle obligazioni. En *Studi di Diritto Processuale*, vol. II. Padova: Cedam, 300 y 301: «ogni debito ha da avere la sua responsabilità e ogni responsabilità ha da avere il suo debito».

[4] Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. (1932). La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial universal. Estudio de los artículos 1911 y 1111 del Código Civil. *Revista de Derecho Privado*, núms. 226 y 227, julio-agosto, 196.

[5] Desde el Derecho Romano hasta la actualidad, con saltos y retrocesos, se ha producido una progresiva tendencia hacia la patrimonialización de las sanciones impuestas al deudor concursado. En un principio, la primera institución conocida en Derecho Romano, la *manus iniectio*, preveía un sistema de ejecución estrictamente personal —prisión para conminar al pago, esclavitud, venta e, incluso, muerte— [sobre el particular, *vid.* BETTI,

E. (1947). *Istituzioni di Diritto Romano*. Padova: Cedam, 247 y sigs.; ALEJANDRE GARCÍA, J.A. (1970). *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla. *Anales de la Universidad Hispalense,* núm. 7, 3 y sigs.; y PÉREZ ÁLVAREZ, M.P. (2000). *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico*. Madrid: Mira-UAM, 44 y sigs.]. De tales instrumentos punitivos sobre la vida o la libertad del deudor se evolucionó progresivamente hacia un sistema, también punitivo, pero de carácter estrictamente patrimonial. Aunque en él se seguía manteniendo la responsabilidad personal subsidiaria, llegó un punto en que esta terminó desapareciendo, permaneciendo únicamente una responsabilidad con función resarcitoria o meramente reparadora —vid., al respecto, la evolución descrita en la obra de CAPILLA RONCERO, F. (1989). *La responsabilidad patrimonial universal*…, *cit.*, 129 y sigs.; asimismo, TOMÁS Y VALIENTE, F. (1960). La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés. *Anuario de historia del Derecho español*, núm. 30, 249 y sigs.—. Sobre el origen exacto de la ejecución patrimonial no existe un consenso doctrinal —vid. en tal sentido MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2005). Las técnicas para limitar el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado desde el Derecho Romano a la Codificación. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 4, 2005, 317 y 318, nota al pie 4—.

[6] CAPILLA RONCERO, F. (1989). *La responsabilidad patrimonial universal*…, *cit.,* 25.

[7] Sin embargo, ello no empece la previsión de instrumentos de coerción que atentan contra la persona del deudor para forzarle al cumplimiento de obligaciones. Entre otros, *vid.* artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo al deber manifestación de bienes del ejecutado, con posibilidad de imposición de multas coercitivas periódicas, y la elevación de su infracción a la categoría de ilícito penal *ex* artículo 258 del Código Penal; o los artículos 709 y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a las condenas de hacer personalísimo y de no hacer, con apremio al ejecutado a través de multas y, ante la infracción de la obligación de no hacer, eventual comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial. Esto no debe sorprender si atendemos a voces autorizadas que, bajo el texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ya promovían su inserción en el seno de la ejecución civil. Entre otros, FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. (1982). *El proceso de ejecución*. Barcelona: Romargraf, 111 y 112, que aludía a la necesidad de prever arrestos domiciliarios y multas ante actos de desobediencia del deudor dirigidos a evitar comprometer la eficacia de la Administración de Justicia. De igual opinión, TAPIA FERNÁNDEZ, I. (1984). *Las condenas no pecuniarias (Ejecución de sentencias de dar, hacer y no hacer)*. Palma de Mallorca: Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, Serie «Ensayos», núm. 3, 140.

[8] En la literatura jurídica localizamos afirmaciones de las que parece desprenderse que la ejecución forzosa es el único instrumento con el que cuentan los acreedores para hacer efectivo su poder de agresión (residenciando en el incumplimiento de obligaciones la transmutación del derecho de los acreedores). Así se constata si se consultan obras de Derecho privado de referencia. Entre otros, *vid.* ROCA SASTRE, R. M. (1948). *Estudios de Derecho Privado*, Vol. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 169, para quien la responsabilidad patrimonial universal es «un estado de sujeción, consistente en que la ley coloca los bienes del deudor frente a la acción ejecutiva del acreedor»; en similares términos, CORDERO LOBATO, E. (2013). En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Valencia: Tirant lo Blanch, 13057. Con una definición más amplia de responsabilidad pero con alusión exclusiva a la ejecución forzosa, HERNÁNDEZ GIL (1983): «conjunto de consecuencias jurídicas a que queda sometido el deudor en cuanto ha asumido un deber y que tienden a dotar de efectividad al derecho del acreedor» (*Derecho de obligaciones*, tomo I. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 73).

Ahora bien, localizamos voces autorizadas (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN) que proporcionando una definición similar —«la responsabilidad como situación de

sujeción de la persona o de sus bienes, como necesidad de soportar las consecuencias del incumplimiento y como vía de facilitación de la realización del derecho de los acreedores» (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *cit.,* 148), no obvian la idea de solvencia: «como quiera que del cumplimiento de las obligaciones se responde con bienes, resulta que solvencia y responsabilidad son conceptos que se hallan en una conexión muy estrecha». Tanto es así que la verdadera garantía de los acreedores consiste «en que se les concedan las facultades necesarias para asegurar la capacidad económica del patrimonio. Concretamente, las facultades necesarias para impedir la preparación, la consumación o el aumento de la insolvencia, así como las facultades necesarias para conseguir la diminución o la desaparición de una insolvencia ya producida» (*ibidem*, 152).

[9] Así se desprende con claridad del artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que lleva por rúbrica «Suspensión en caso de situaciones concursales o preconcursales», al establecer: «1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo (…). 2. El secretario judicial (sic) decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto conste en el procedimiento la declaración del concurso (…)». También del artículo 551.1-II del mismo cuerpo legal al exigir al letrado de la Administración de Justicia, con carácter previo al dictado del auto judicial conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma, la «consulta al Registro Público Concursal a los efectos previstos en el apartado 4 del artículo 5 bis de la Ley Concursal» (actual artículo 588 TRLC en relación con los artículos 583 y sigs. de la misma norma) —de interés sobre la comunicación contemplada en tales preceptos, SENÉS MOTILLA, C. (2014). La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 33, 73 a 83—. De igual modo se desprende de otras disposiciones del texto refundido, destacadamente: artículos 142 a 151 y 430.2, en relación a los procesos de ejecución; artículos 136 a 139, en relación a los procesos de declaración; artículos 140 y 141, en relación a los procedimientos arbitrales y laudos firmes; y, en fin, artículos 596 y sigs. y artículos 631 y sigs., en relación a los acuerdos de refinanciación y extrajudiciales de pagos, respectivamente.

[10] En este hito encontraba NASI, A. (1973). *Processo e esecuzione nel fallimento.* Padova: Cedam, 26, la ruptura irreconciliable entre *fallimento* italiano y ejecución forzosa: «Credo che il vero punto di rottura tra il fallimento e l'esecuzione forzata lo si debba localizzare proprio nel fatto che la procedura fallimentare non ha come suo presupposto l'inadempimento dell'obbligazione, (…) per il processualista inadempimento e esecuzione forzata sono termini correlativi, non ci può esse l'una se non c'è l'altro. E effettivamente in una prima approssimazione si capisce come appia inconcepibile che vi sia un'esecuzione forzata là dove può non esservi nulla da forzare, non essendovi da superare la volontà ribelle del debitore che non vuole adempiere la prestazione».

[11] CAPILLA RONCERO, F. (1989). *La responsabilidad patrimonial universal…*, *cit.,* 75. En este sentido, más ampliamente, LASERRA, G. (1966). *La responsabilità patrimoniale*, Napoli: Casa editrice dott. Eugenio Jovene, 334 a 339.

[12] Incluimos la restitución de los bienes derivados de la resolución o rescisión contractual y las prestaciones derivadas del ejercicio de la acción redhibitoria, pues otorgan un derecho a recobrar el bien como titular dominical y no un mero derecho a la restitución susceptible de ser convertido en dinero. Al respecto, *vid.* BERMEJO GUTIÉRREZ, N. (2004). Comentario al artículo 88 LC. En A. Rojo Fernández-Río/E. Beltrán Sánchez (dirs). *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Civitas, 1586.

[13] Sobre el principio de la *par condicio creditorum* y su real existencia en el concurso de acreedores, *vid.* VEIGA COPO, A. B. (2012). *La masa pasiva del concurso de acreedores*. 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 35 y sigs. y 643 y sigs.,

y TOMÁS TOMÁS, S. (2022). *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi-Thomson Reuters, 67 a 69.

[14] Conviene notar que pese a que el artículo 2 del texto refundido de la Ley Concursal parte de un único presupuesto objetivo, prolongación del principio de unidad que se instaura tras la Ley Concursal de 2003 —vid. apartado II de su exposición de motivos (en adelante, EM)—, la bifurcación posterior en dos clases de insolvencia determina que tal unidad sea más aparente que real —en este sentido, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (2004). Comentario al artículo 2 LC. En A. Rojo Fernández-Río/E. Beltrán Sánchez (dirs). *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Civitas, 167—. Probablemente la inspiración de esta distinción haya que encontrarla en el doble régimen precedente, quiebra y suspensión de pagos, que partían de un distinto presupuesto objetivo en atención a la gravedad de la insolvencia. En la quiebra, el artículo 874 del Código de Comercio de 1885 exigía un sobreseimiento general en los pagos revelado a través de cualquiera de los hechos recogidos en los artículos 875 a 877. La suspensión de pagos, por su parte, podía instarse por el deudor ante cualquier situación de dificultad económica (arts. 8 y 10), lo que daba encaje tanto a la insolvencia provisional como a la definitiva. Con el régimen actual, si bien ya no hallamos aquel doble procedimiento, sí localizamos «formas distintas de demostrar la insolvencia, o, mejor, de conseguir la declaración de concurso, según quien solicite la apertura» —en BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 11, 37—.

[15] En contra, al no atribuir ningún valor a la palabra «regularmente», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2004). Comentario al artículo 2 LC. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley Concursal,* tomo I. Madrid: Tecnos, 38, nota al pie 5.

[16] En línea, 23.ª edición, consultado el 2 de noviembre de 2021, disponible en: https://dle.rae.es/regular?m=form.

[17] Cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores, *cit.,* 47 y 48. Tal lectura es importante pues la exigencia de regularidad es trasplantada del ordenamiento jurídico italiano e introducida en España durante la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal de 2003.

[18] Esta interpretación es sostenida por SÁNCHEZ-CALERO, J. (2004). Comentario al artículo 2 LC. En J. Sánchez-Calero/V. Guilarte Gutiérrez (dirs.). *Comentarios a la legislación concursal*, tomo I. Valladolid: Lex Nova, 104 y 105, que amplía el concepto a aquellos estados en los que la incapacidad de cumplimiento se basa en una regular o continuada falta de liquidez.

[19] En este sentido, autos del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Santander, de 28 de abril de 2006 (Roj: AJPI 20/2006) y de 8 de mayo de 2006 (Roj: AJPI 17/2006): «el término regularmente (…) ha de ser entendido como acudiendo a medios ordinarios de mercado ya sea de financiación o de consecución de activos o liquidez para hacer frente a la deuda. (…) no existirá regularidad en el pago cuando un deudor que para hacer frente a sus deudas exigibles haya de acudir a un crédito usurario ni cuando tenga que vender para ello la sede física en la que desarrolla su actividad principal». Mismo criterio sigue la sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 1.ª) de Jaén, de 10 de marzo de 2008 (Roj: SAP J 46/2008). En doctrina, *vid.* BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores, *cit.,* 41.

[20] Como apunta ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (2004), Comentario al artículo 2 LC, *cit.,* 172, el deudor cumplirá con la obligación exigible pero el incumplimiento será irregular en tanto se halle en la imposibilidad de cumplir las demás obligaciones exigibles o las demás obligaciones contraídas cuya exigibilidad sea inminente. Se alinea con esta idea, OLIVENCIA RUIZ, M. (2004). La declaración de concurso. En *La nueva*

Ley Concursal, Estudios de Derecho Judicial, núm. 59, 44: «es irregular el cumplimiento realizado a costa de un endeudamiento excesivo que aumenta el pasivo o de una anormal situación de disminución del activo». En Italia, donde esta postura ha sido dominante, *vid.* PELLEGRINO, G. (1980). *Lo stato di insolvenza*. Padova: Cedam, 317 y 318.

[21] Siguiendo a ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (2004). Comentario al artículo 2 LC, *cit.,* 167, la Ley Concursal de 2003 (extensible al TRLC) ha prescindido de una «concepción patrimonial» de la insolvencia, para la que la situación de desbalance o déficit patrimonial es esencial, y ha seguido una «concepción funcional», en la que el centro de gravedad se sitúa en el hecho objetivo de la imposibilidad de cumplir, cualquiera que sea la causa de esa imposibilidad. Así pues, para declarar el concurso, el juez no debe atender al estado del patrimonio, sino al estado de insolvencia.

[22] Por todos, BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores, *cit.,* 43 y 44.

[23] Pese a que en ejecución forzosa hay quien propone que la promoción de la ejecución del deudor contra sí mismo debiera estar reconocida legalmente con carácter general. En este sentido, NASI, A. (1973). *Processo e esecuzione nel fallimento*, *cit.,* 46. Con todo, no desconocemos que el fenómeno descrito no es totalmente extraño al proceso de ejecución. Como señala CASTILLO FELIPE, R. (2016). *Control de los presupuestos procesales en la ejecución civil ordinaria: de oficio y por oposición del ejecutado*, tesis doctoral, inédita, Murcia, 353 y siguientes podemos localizar algún peculiar supuesto en el que quien interpone demanda ejecutiva es el condenado en la sentencia que ha puesto fin al proceso declarativo. Así ocurre, por ejemplo, cuando el título ejecutivo condena al demandado a la realización de una prestación que requiere el concurso de la voluntad del acreedor para poder ser llevada a cabo —v.gr., condena a elevar determinado contrato a escritura pública o a celebrarlo (art. 708 LEC) o condena a una prestación de hacer que debe ser realizada en la morada del acreedor (art. 706 LEC)—; o cuando del título ejecutivo se derivan obligaciones recíprocas para ambos litigantes del proceso declarativo —v.gr., entrega de la cosa para un litigante y pago del precio para otro—.

[24] En contra de lo que ha manifestado cierto sector de la doctrina no nos encontramos ante una mera carga procesal —en este sentido, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. (2004). La declaración judicial de concurso. *Revista del Poder Judicial. La Ley Concursal*, número especial, XVIII, 19—. El hecho de que su incumplimiento no lleve aparejada una sanción directa sino solo ciertos inconvenientes que admiten prueba en contrario por parte del deudor no desnaturaliza su esencia como deber. Nótese que su plasmación legal no se dirige a satisfacer el exclusivo interés del deudor con su ejercicio (lo que se identificaría con la carga) sino a atender la tutela de un interés ajeno —el concursal donde se engloba, entre otros, el interés de los acreedores— (lo que lo asemeja al deber). En este sentido, como refiriera CARNELUTTI, F. (1951). *Teoria generale del Diritto*, 3.ª ed. Roma: soc. ed. del «Foro italiano», 174: «mentre l'obbligo è subordinazione di un interesse dell'obbligato a un interesse altrui, l'onere è subordinazione di un interesse dell'onerato a un altro interesse proprio».

De otro lado, esta categorización tiene mejor encaje si atendemos a la idea de que los deberes representan imperativos estipulados en beneficio de la comunidad y las cargas en beneficio de las partes —GOLDSMICHT, J. (1961). *Principios generales del proceso. Teoría general del proceso*, tomo I. Buenos Aires: Ejea, 91 y 92—. También a la consideración de que solo en el deber se halla presente la coacción —LENT, F. (1954). Obblighi e oneri nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, Vol. IX, parte I, 150 y sigs.—, lo que permite explicar su existencia (de la coacción) ante el incumplimiento del deudor con atribución a los acreedores de la posibilidad de instar la declaración de concurso.

[25] Con anterioridad a la reforma de la Ley Concursal de 2003 acometida por Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, el incumplimiento del referido

deber llevaba consigo la prohibición del deudor de presentar propuesta anticipada de convenio (art. 105.1.6.º).

[26] Desde la aprobación de la Ley Concursal de 2003, salvo alguna contada excepción —MERCADAL VIDAL, F., (2004). Comentario al artículo 2 LC. En J.M. Sagrera Tizón/A. Ferrer Barriendos/A. Sala Reixachs (coords.). *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo I. Barcelona: Bosch, 31, 36 y 37—, la mayoría de la doctrina entiende que la legitimación del acreedor para instar la declaración de concurso queda condicionada al cumplimiento de cualquiera de los hechos reveladores del artículo 2.4, que conforman un *numerus clausus*. De esta opinión, respecto a la norma de 2003, entre otros, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A. (2003). Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso. En J.F. Garnica Martín (dir.). *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejemplar dedicado a la Nueva Ley Concursal*. Madrid: CGPJ, núm. 18, 63, para quien el artículo 2.1 LC devenía, en tales casos, una ficción. En la jurisprudencia, *vid.* auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, de 29 de noviembre de 2005 (AJM M 64/2005, especialmente FJ 6.º).

En este sentido, quizás convendría una ampliación de los hechos reveladores de la situación de crisis económica en orden a facilitar una temprana detección de la insolvencia por los acreedores. En relación a la Ley Concursal de 2003, el texto refundido de la Ley Concursal ya amplía tales hechos de cinco —existentes con la anterior norma— a seis. Ahora bien, se podría valorar la inclusión de otros como los contenidos por ejemplo: en el Anteproyecto de 1959 (2.4.º: «La cesación del deudor de un modo general en el pago de sus obligaciones vencidas», pero siendo suficiente con que «dos o más acreedores presenten los títulos de sus créditos y que estos, aunque carezcan de fuerza ejecutiva, representen obligaciones vencidas y no pagadas»); en el Anteproyecto de 1983 (art. 9.1.º: «El sobreseimiento en los pagos que, aun no siendo definitivo ni completo, afecte al conjunto de las obligaciones del deudor o de una manera general a algunos de los siguientes supuestos: a) Obligaciones tributarias correspondientes a la última anualidad vencida. b) Cuotas de Seguridad Social, por el mismo periodo. c) Rentas del local o locales de negocio en donde se realice la actividad principal del deudor, por el mismo periodo. d) Salarios y demás retribuciones derivadas de relaciones de trabajo correspondientes a las dos últimas mensualidades vencidas. e) Intereses, amortizaciones, reembolsos u otras prestaciones establecidas en la emisión de obligaciones o cualesquiera otros valores, cuando haya transcurrido más de un mes desde el respectivo vencimiento. f) Prestaciones de servicio de caja específicas de las entidades de crédito. g) Indemnizaciones debidas por las entidades aseguradoras a asegurados o beneficiarios»; sobre todo habida cuenta de que el actual artículo 2.4 del texto refundido de la Ley Concursal exige el sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones, hecho reforzadísimo de endeudamiento, de no siempre fácil conocimiento por los acreedores, o la concurrencia de sobreseimientos sectoriales que quedan limitados a obligaciones tributarias, Seguridad social y retribuciones derivadas de relaciones de trabajo; y artículo 9.3.º: «El cierre del último balance con activo realizable inferior al pasivo exigible, cuando el deudor esté obligado a llevar contabilidad»); en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 (art. 3.2: «Se presume la falta de crédito en caso de que el instante fuera titular de uno o más créditos que hubieran vencido, al menos, tres meses antes de la presentación de solicitud de concurso») y en el Anteproyecto de 2000 (art. 2.4.3.º: «La desaparición injustificada del deudor de su domicilio o residencia o, en el caso de personas jurídicas, el abandono de sus funciones por parte de los administradores, sin que en uno u otro caso se haya dejado representante con facultades»; también contemplado en el art. 9.4.º del Anteproyecto de 1983).

[27] Por todos, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (2004), Comentario al artículo 2 LC, *cit.,* 167 y sigs.

[28] Cfr. SÁNCHEZ-CALERO, J. (2004). Comentario al artículo 2 LC, *cit.,* 99. De igual modo, BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores, *cit.,* 32 y sigs.

[29] Así aparece recogido en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 (art. 10.I: «la solicitud de concurso instada por el propio deudor se considerará por sí sola hecho revelador de una situación de crisis económica»); en la Propuesta de Anteproyecto de 1995 (art. 5.1: «La solicitud de declaración judicial de concurso instada por el deudor se considerará por si sola reconocimiento del estado de insolvencia»; en el Anteproyecto de Ley de 2000 (art. 2.3: «Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, se considera reconocimiento de su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente»), reproducido de manera idéntica y en el mismo ordinal en el Anteproyecto de Ley de 2001 y en el Proyecto de Ley de 2002. Sin embargo, esta previsión fue suprimida en el Congreso pasando a exigir, con un cambio de redacción en el Senado, la justificación del endeudamiento y su estado de insolvencia. Por lo demás, esta función judicial de control de la insolvencia tampoco aparece en los textos del régimen precedente (arts. 1024 CCom/1829, 1324 LEC/1881 y 875 CCom/1885).

[30] En este sentido, GARCÍA VILLAVERDE, R. (2001). El Anteproyecto de Ley Concursal español de 2000; las bases de una reforma española. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 21 de junio de 2001, XI, núm. 491, 1 y sigs. (versión digital westlaw); BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2004). Comentario al artículo 2 LC, *cit.,* 42; y OLIVENCIA RUIZ, M. (2009). El presupuesto objetivo del concurso. En A. Fernández Rodríguez/ J.A. Rodríguez/ R. Sebastián (dirs.). *La Ley Concursal y su aplicación*, Fundación de estudios financieros, núm. 33, 85 y 86. En contra, BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores, *cit.,* 51 y 52.

[31] En este sentido, como señala el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao, de 17 de febrero de 2006 (La Ley, 497, 2006): «el concurso es salvedad del proceso de ejecución singular, integrado en el derecho a la tutela judicial, y en su caso, en la capacidad de autotutela de la Administración, y solo se hallará constitucionalmente amparada dicha excepción cuando se constate la base real objetiva de la insuficiencia de respuesta patrimonial ante la pluralidad de acreedores concurrentes. En otro caso, quedaría privada de proporcionalidad. Por ello, la desaparición legal de la eficacia confesoria de la solicitud de concurso voluntario, de modo que la insolvencia no se debe reconocer por la mera afirmación de la solicitud del deudor».

En efecto, como ha declarado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, el derecho a la ejecución de sentencias y resoluciones judiciales forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Entre otras, *vid.* STC núm. 32/1982, de 7 de junio (ref. A.W: RTC/1982/32), F.J. 2.º; STC núm. 176/1985, de 17 de diciembre (ref. A.W: RTC/1985/176), F.J. 2.º; STC núm. 34/1993, de 8 de febrero (ref. A.W: RTC/1993/34), F.J. 2.º; STC núm. 210/1993, de 28 de junio (ref. A.W: RTC/1993/210), F.J. 1.º; STC núm. 219/1994, de 18 de julio (ref. A.W: RTC/1994/219), FF.JJ. 2.º y 3.º; STC núm. 39/1995, de 13 de febrero (ref. A.W: RTC/1995/39), F.J. 4.º; STC núm. 92/1998, de 27 de abril (ref. A.W: RTC/1998/92), F.J. 5.º; STC núm. 55/2000, de 28 de febrero (ref. A.W: RTC/2000/55), F.J. 4.º; STC núm. 73/2000, de 14 de marzo (ref. A.W: RTC/2000/73); y, la STC núm. 211/2013, de 16 de diciembre (ref. A.W: RTC/2013/210), F.J. 3.º. De estas resoluciones se desprende que el derecho a la ejecución, aunque integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva, constituye un derecho de prestación y, por tanto, no goza de un contenido absoluto. Esto es, el legislador puede limitar su ejercicio en ciertas circunstancias pero en tal caso «su legitimidad constitucional habrá de ser examinada para comprobar si responden a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan debida proporcionalidad con dichas finalidades, lo cual significa que serán inconstitucionales, por vulneración de derecho fundamental, aquellos requisitos, formalidades y limitaciones que comprometen su ejercicio de tal forma que no resulten comprensibles a la luz de una ponderación razonable y proporcionada de los valores acogidos en la Constitución» —STC núm. 113/1989, de 22 de junio (ref. A.W: RTC/1989/113), F.J. 3.º); *vid.* también STC núm. 158/1993, de 6 de mayo (ref. A.W:

RTC/1991/158), FF.JJ. 1.º y 3.º—. Por lo expuesto, a nuestro juicio, de reconocerse eficacia confesoria a la solicitud de concurso del deudor, difícilmente se superaría el control de legitimidad constitucional referido.

Cuestión distinta —y plenamente justificada— es la limitación de ejecuciones sobre bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor desde la presentación de la comunicación de negociaciones prevista en los artículos 583 y sigs. del texto refundido de la Ley Concursal. En efecto, esta suspensión obedece a la idea de instaurar un marco legal que facilite la subsistencia de la empresa mediante la consecución de acuerdos de refinanciación y reestructuración de su pasivo financiero. Además, se limita temporalmente la eficacia de tal comunicación (art. 595 TRLC: «El deudor que, dentro de los tres meses a contar desde la comunicación al juzgado de la apertura de negociaciones con los acreedores o dos meses si fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario…deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente si se encontrara en estado de insolvencia actual, a menos que ya la hubiera solicitado el mediador concursal»), así como las posibilidades de su solicitud (art. 583.4 TRLC: «Una vez formulada la comunicación, no podrá presentarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año») evitando que la concatenación fraudulenta de comunicaciones prolongue una situación de insolvencia. Sobre la cuestión, en relación al derogado artículo 5 bis de la Ley Concursal, *vid.* SENÉS MOTILLA, C. (2014). La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores, *cit.,* 73 a 83.

[32] BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores, *cit.,* 34.

[33] Por ejemplo, impidiendo sin excepción a tales deudores el acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho (cfr. art. 487.2.1.º TRLC) o extendiendo a los administradores la cobertura del déficit patrimonial (art. 456 TRLC).

[34] No constituye un descubrimiento el alto efecto disuasivo que la instauración de reproches tiene para evitar el incumplimiento de deberes. Como señalara CARNELUTTI, F. (2018). *Arte del derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 80: «solamente porque los hombres no tienen en su espíritu más que un átomo de libertad, no logran cumplir su deber si alguien no provee a mandarlos y castigarlos».

[35] Teniendo en cuenta que, como ha señalado ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (2004), Comentario al artículo 2, *cit.,* 176 y 177, la insolvencia inminente consiste en un estado objetivamente probable (no absolutamente seguro) de incumplimiento regular y puntual en el corto plazo y prolongable en el tiempo, determinar a partir de cuando se produce esa inminencia resulta ciertamente complejo. Ante este voluntario silencio del legislador la disparidad de soluciones judiciales es inevitable. Un criterio que propone el referido autor, dentro de la amplitud de soluciones que admite el concepto de inminencia, es entender que dado que la Ley Concursal de 2003 al configurar uno de los «hechos externos» reveladores de la situación de insolvencia actual alude a incumplimientos durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso (antiguo art. 2.4.4.º LC; actual art. 2.4.5.º TRLC), el carácter inminente puede ser asociado a «aquella insolvencia que previsiblemente se produzca dentro de los seis meses inmediatamente posteriores a la presentación de la solicitud».

[36] En este sentido, *vid.* el Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A: proyectos de ley, 14 de enero de 2022, núm. 84-1, 30) que prevé modificar el tenor actual del artículo 2.3, en relación a la insolvencia inminente, limitando temporalmente la previsión de incumplimiento regular de las obligaciones. En concreto dispone: «se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones».

[37] Sobre tales herramientas, entre otros, *vid.* GÓMEZ ASENSIO, C. (2022). Alerta temprana y exoneración de pasivo. En C. GÓMEZ ASENSIO (dir.). *La insolvencia del*

deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 69 y sigs.

[38] Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A: proyectos de ley, 14 de enero de 2022, núm. 84-1, 5.

[39] Otras previsiones de estímulo positivo, al servicio del deudor, como la posibilidad de presentar una propuesta anticipada de convenio (art. 333 TRLC), también se ha demostrado un instrumento claramente estéril en aras a conseguir una pronta declaración de concurso.

La anticipación de la solución liquidatoria, con la facultad reconocida al deudor de «pedir la liquidación en cualquier momento» (art. 406 TRLC), si se quiere que actúe como incentivo, necesita de importantes ajustes. Nótese que la apertura de la fase de liquidación opera como causa de disolución de pleno derecho de la sociedad (art. 361.2-I texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), impidiendo la reactivación de la persona jurídica (art. 370.1 del mismo texto legal). Se veta así que la sociedad pueda «adoptar (a través del principio mayoritario) y con el cumplimiento de los requisitos propios de la reactivación el acuerdo de retorno a la vida activa», solo posible «con el consentimiento de todos los socios» [sobre la cuestión, MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2013). *La extinción de las sociedades de capital a causa de la conclusión del concurso*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters Civitas, 35 y sigs.].

[40] En todos los hechos recogidos en el artículo 2.4 del texto refundido de la Ley Concursal (salvo el contenido en el número 6) el incumplimiento de obligaciones es requisito previo para su concurrencia.

[41] Así reza el artículo 551.3-II LEC: «El Secretario judicial pondrá en conocimiento del Registro Público Concursal la existencia del auto por el que se despacha la ejecución con expresa especificación del número de identificación fiscal del deudor persona física o jurídica contra el que se despache la ejecución. El Registro Público Concursal notificará al juzgado que esté conociendo de la ejecución la práctica de cualquier asiento que se lleve a cabo asociado al número de identificación fiscal notificado a los efectos previstos en la legislación concursal. El Secretario judicial pondrá en conocimiento del Registro Público Concursal la finalización del procedimiento de ejecución cuando la misma se produzca». Dado el fácil acceso al Registro público concursal es indudable el valor de esta medida en aras a facilitar que los acreedores dispongan de información sobre la situación del deudor. Con todo, es insuficiente. Como durante la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal de 2003 ya recogiera la enmienda núm. 415 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán —Convergència i Unió— (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15, 251) es necesario reforzar las fuentes de información de los acreedores. Aquella enmienda proponía la inclusión de un nuevo apartado 5 en el artículo 2 con el siguiente tenor: «En el caso de embargo de bienes, cuando de la manifestación de bienes del ejecutado o de la investigación judicial de su patrimonio no resultaren bienes libres bastantes para cubrir la cuantía de la ejecución, el Juez que esté conociendo de la misma comunicará esta circunstancia al Registro público que resulte competente de conformidad con lo previsto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 23 de esta Ley. El Juez apercibirá de esta comunicación al ejecutado, y mandará cancelar esta información pública cuando se acredite por aquel que la motivó que ha cesado». En la justificación de la enmienda se señalaba: «Es necesario establecer algún mecanismo de publicidad para que todos los acreedores estén en condiciones de conocer la existencia de la situación que se produce cuando no es posible hallar bienes del ejecutado de conformidad con los artículos 689 y 590 LEC (y no, como sucede en la actualidad, solo las entidades financieras que tienen acceso privilegiado a las bases de datos públicas y privadas de insolventes y riesgos)». En esta materia indiscutiblemente se han de producir avances legislativos.

[42] Los problemas asociados a la falta de información de los acreedores sobre la verdadera situación patrimonial y financiera del deudor también se tratan de corregir a través

del reproche penal. Se instaura, así, en el artículo 259.1 del Código Penal, un conjunto de acciones dirigidas a garantizar el cumplimiento del deber de diligencia por parte del deudor y que afectan al conocimiento de su estado económico (*vid.* apartados 6.º, 7.º, 8.º y 9.º del referido precepto).

[43] De este modo ocurre con la solicitud de concurso voluntario del deudor *ex* artículo 4.1.c) Ley 10/2012, de 20 de noviembre.

[44] En todo caso, es evidente que el acreedor avezado procurará la satisfacción de su crédito en ejecución individual (*prior in tempore potior in iure*) para evitar la solidaridad económica que trae consigo la declaración de concurso (*par condicio creditorum*). Los estímulos dirigidos a promover y facilitar que los acreedores insten el concurso ante estados de insolvencia son, por tanto, bienvenidos.

[45] Durante la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal de 2003 se propusieron distintas enmiendas en esta dirección (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15). La enmienda núm. 125 (p. 136) formulada por el Grupo Parlamentario Vasco proponía la adición de un nuevo apartado 5 en el artículo 3 con el siguiente tenor: «5. Lo dispuesto en este sentido se entenderá sin perjuicio de los supuestos de declaración de oficio por el propio Juez cuando conozca de una acumulación de ejecuciones contra el mismo deudor, y en la que advierta la imposibilidad de pago de las deudas por el mismo. También procederá la declaración a instancia del Ministerio Fiscal cuando así lo decida con ocasión de una causa criminal de la que esté conociendo»; la enmienda núm. 233 del Grupo Parlamentario Socialista (pp. 176 y 177) instaba la adición de dos nuevos apartados (5 y 6) en el artículo 3: «5. También podrá solicitar la declaración de concurso el Ministerio Fiscal cuando intervenga en procedimientos por delitos socioeconómicos en los que se pongan de manifiesto indicios de sobreseimiento en el pago del autor o de los cómplices o cooperadores del mismo. 6. Los jueces de Primera Instancia cuando tengan conocimiento del sobreseimiento generalizado en el pago de una persona pondrán dicha circunstancia en conocimiento del Ministerio Fiscal a los efectos de que el Fiscal inste la declaración de concurso»; la enmienda núm. 416 del Grupo Parlamentario catalán —Convergència i Unió— (p. 251) buscaba la inclusión de un nuevo apartado 5 en el artículo 3: «5. Asimismo, se podrá solicitar la declaración del concurso de oficio por parte del Juez de la jurisdicción penal o del Juez de la jurisdicción civil cuando haya comprobado la insuficiencia de bienes del deudor para cumplir sus obligaciones». En la justificación de la enmienda del Grupo Parlamentario Socialista se destaca expresamente la clara dimensión pública que ostenta el concurso de acreedores y que, sin embargo, es obviada por el legislador a favor de una visión privatista de la institución, que exclusivamente reconoce legitimación privada para solicitar su declaración.

Tal propuesta no debe extrañar pues otros ordenamientos jurídicos han reconocido esta posibilidad. Así ocurre en Italia; *vid.* artículos 6 y 7 *Legge Fallimentare* italiana, de 16 de marzo de 1942 (en vigor hasta el 16 de mayo de 2022 en virtud del D.L. n. 118 de 24 de agosto de 2021) y artículos 41.2 y 42 del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* que reconocen legitimación al *Pubblico Ministero*.

[46] En este sentido, en relación a la derogada Ley Concursal, *vid.* CORDÓN MORENO, F. (2004). La intervención judicial en el convenio. *Anuario de Derecho concursal*, núm. 1, 132, nota al pie 7.

[47] Sobre la cuestión, en relación a la Ley Concursal de 2003, *vid.* CALDERÓN CUADRADO, P. (2004). Comentario al artículo 19. En A. Rojo Fernández-Río/E. Beltrán Sánchez (dirs). *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid: Civitas, 440 a 442.

[48] Cfr. CARRERAS LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*, *cit.,* 14. Esta idea, de la que se infiere un destacado carácter publicista, no ha sido, sin embargo, muy tenida en cuenta por la doctrina a la hora de explicar el desapoderamiento patrimonial del deudor y la sujeción de la masa activa a los órganos del concurso. Probablemente ello obedece al influjo legislativo y doctrinal, de marcado carácter privatístico, imperante

en los regímenes precedentes. Así se constata, desde el punto de vista legislativo, con la tendencia progresivamente abandonada a lo largo de la historia de dotar a los acreedores de plenos poderes sobre el patrimonio del insolvente, y, desde el punto de vista doctrinal, en la construcción de complejas teorías que pretendían explicar la sujeción del patrimonio del insolvente desde una perspectiva privatista.

[49] La pluralidad de acreedores no constituye *ex lege* un presupuesto para la apertura del proceso concursal (arts. 2.1, 2 y 3, 10.2 y 20 TRLC), aunque sí un presupuesto para su prosecución una vez presentada la lista definitiva de acreedores (cfr. art. 465.2.º TRLC).

[50] La fungibilidad jurídica es definida como «la posibilidad de que una conducta privada venga sustituida por la del Juez» (CARRERAS LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*, *cit.,* 39); o, como refiere DE LA OLIVA SANTOS: «la posibilidad, en el orden jurídico, de que el Juez logre un resultado equivalente (perfecta o imperfectamente equivalente) al del cumplimiento del imperativo jurídico o al de la conducta que repararía una lesión injusta a los bienes jurídicos de un sujeto o restablecería el equilibrio patrimonial alterado por la infracción de un deber» (en *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa y procesos especiales*, *cit.,* 25).

[51] La actividad instrumental descrita no queda al arbitrio del titular de la potestad. Muy al contrario, la actuación de los mandatos que constan en el auto de declaración de concurso y el desarrollo del resto de la actividad encomendada tras su dictado se realiza a través de una sucesión de actos reglados por normas de procedimiento que articulan el proceso concursal. Aparece así fijada legalmente la conducta ajena que debe soportar el deudor, con ciertos márgenes de concreción judicial en atención al estadio del concurso, pero también las atribuciones conferidas a los órganos del concurso.

[52] El distinto estado patrimonial al que hacer frente exige que la actividad judicial —y aquella desarrollada por la administración concursal—, pueda venir auxiliada por el propio deudor responsable a fin de lograr una mayor satisfacción del interés del concurso. De esta suerte, en función de las necesidades del concurso y el estadio procedimental, la actividad del deudor puede ser instrumental a sus fines.

[53] Ello que nos sitúa lejos de aquellas épocas —remotas— en las que la infungibilidad de la conducta del deudor impedía cualquier actividad del órgano jurisdiccional dirigida a suplir la actividad del deudor. En efecto, el proceso romano se hallaba fuertemente enraizado en la idea *iusprivatista* de respeto a la voluntad individual. La ausencia de sometimiento forzoso del demandado a la decisión del *iudex* exigía acudir al contrato procesal, e, incluso, la efectividad de la sentencia requería un cumplimiento voluntario pues resultaba impensable que cualquier otro sujeto distinto del deudor dispusiera de sus bienes en contra de su voluntad. Ante la infungibilidad de su conducta se buscaban fórmulas que hacían que la alternativa al incumplimiento fuera tan onerosa para el deudor que a él mismo le convenía el cumplimiento. Inicialmente, como ya apuntamos, a través de la *manus iniectio*, el ofendido quedaba a disposición de los acreedores que, en sus estadios primitivos, podían incluso hacer valer su venganza con la muerte del deudor o con su sometimiento a esclavitud. Estas sanciones punitivas sobre el deudor fueron evolucionando hacia una progresiva humanización con medidas que toman por objeto el patrimonio del deudor a manos de los acreedores si bien con sanciones desproporcionadas de las que se infiere un marcado carácter punitivo (*missio in bona* y *bonorum venditio*, en virtud de las cuales se permite explicar la aparición anterior de la ejecución universal sobre la singular en Derecho romano). En estas medidas, sin embargo, ya se va observando el carácter sustitutivo de la actividad ejecutiva actual. Desde la *Lex Poetelia Papiria* del 326 a.C., que introduce la posibilidad de realizar prestaciones de carácter patrimonial para redimir las sanciones punitivas que atentan contra la vida o la libertad del sujeto, aparecen ficciones dirigidas a legitimar a un tercero para realizar una determinada conducta en sustitución de aquella que debía realizar el deudor como titular del patrimonio. Finalmente, con la expansión de la *cognitio extra ordinem* en el Derecho romano postclásico y justinianeo, que acabó reemplazando al proceso formu-

lario, la sustitución privada va dejando paso a una sustitución a cargo de funcionarios públicos que en procesos singulares asumen poderes de sujeción sobre el patrimonio del deudor. Así, en condenas a favor de un acreedor, la *missio in bona* es sustituida por el *pignus in causa iudicati pactum* que supone la ejecución sobre elementos patrimoniales aislados que eran vendidos en subasta cuando el deudor no cumplía con la condena en el plazo establecido para ello. Con lo obtenido en esta, se pagaba al acreedor en la cuantía de su crédito, con entrega del remanente al deudor. Este modelo, aplicable a ejecuciones singulares, convive con la *bonorum distractio* que, heredera de la *missio in bona*, quedaba reservada para supuestos de pluralidad de acreedores. El triunfo de los principios publicísticos sobre los privatísticos se deja así sentir más tempranamente en la ejecución singular que en la ejecución colectiva que, inicialmente, sigue manteniendo fórmulas de Derecho privado hasta la progresiva generalización del sistema de secuestro patrimonial y fortalecimiento de la presencia del órgano jurisdiccional.

[54] Para una delimitación de este concepto, entre otros, *vid.* TIRADO MARTÍ, I. (2009). Reflexiones sobre el concepto de «interés concursal». (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores). *Anuario de Derecho Civil,* vol. 62, núm. 3, 1055 a 1108, y TOMÁS TOMÁS, S. (2022). *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, *cit.,* 459 a 490.

[55] Siendo la sujeción del patrimonio —embargable— plena, la intensidad de la limitación de las facultades patrimoniales del deudor es desigual a lo largo del concurso. Como es lógico, por cuanto el deudor sigue conservando el derecho de propiedad tras la declaración de concurso, toda invasión de su esfera patrimonial debe contar con apoyo legal expreso. Es decir, toda agresión a la autonomía patrimonial del deudor para actuar la responsabilidad patrimonial exige la concurrencia de previsión legal habilitadora. Así se contempla expresamente en el concurso de acreedores. En atención a la fase del concurso y del empeño que cada una de ellas persiga, el legislador diseña un dispar régimen legal. En la fase común, su concreción —intervención o suspensión— es encomendada al titular del órgano jurisdiccional en función de las circunstancias concurrentes (art. 106 TRLC). Con todo, se reconoce —con carácter general— la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el concursado (arts. 111 y sigs. TRLC). En las fases de convenio y de liquidación, la delimitación de tales restricciones es distinta (arts. 321, 393, 394, 413.1 y 558.2 TRLC, respectivamente). Con la aprobación judicial del convenio desaparecen las restricciones patrimoniales al deudor establecidas en la fase común —con excepción de que la sentencia de aprobación del convenio hubiera sido recurrida y el juez decidiera, por razón de su contenido, retrasar la eficacia de aquel hasta que la aprobación adquiriera firmeza (arts. 393 y 548 TRLC)—. Ello no implica el restablecimiento del régimen patrimonial ordinario sino el relevo del sistema legal establecido para la fase común por lo acordado en el convenio (arts. 393 y 394 TRLC). De esta suerte, de un lado, el artículo 321 del texto refundido preceptúa que el convenio podrá contener medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor y, de otro, el artículo 394 del mismo cuerpo legal estatuye que los efectos del convenio llevarán consigo el cese y sustitución de aquellos asociados a la declaración de concurso. Ahora bien, el régimen legal descrito no conduce, de manera indefectible, al reconocimiento de una restricción de la autonomía patrimonial del deudor. Es lógico que así se prevea. Por cuanto el concurso admite la validez de los pactos modificativos de la responsabilidad —siempre que no se contravengan ciertas directrices y el convenio cuente con las mayorías necesarias establecidas en el texto refundido de la Ley Concursal (arts. 317 y sigs.)—, la satisfacción de los acreedores se alcanzará en esta fase en tanto se cumpla íntegramente lo pactado con estos en los términos establecidos en el convenio. Y ello se articula de manera flexible habilitando al deudor en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición o restringiendo, o incluso suprimiendo, tal posibilidad. De esta suerte, aunque la naturaleza de las referidas restricciones, de aparecer en el convenio, sea dispar a la contenida en la fase común,

comparten un mismo fin último: la satisfacción del interés del concurso. Finalmente, en la fase de liquidación, el concursado pierde toda oportunidad de intervención activa al servicio del interés del concurso, con suspensión de sus facultades de administración y disposición patrimonial (art. 413.1 TRLC) y limitando su actuación al cumplimiento de los deberes de colaboración e información establecidos, con carácter general, en el artículo 135 del texto refundido.

[56] Para una completa exposición, *vid.* TOMÁS TOMÁS, S. (2022). *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, *cit.,* 315 y sigs.

[57] Entre los procesalistas, especialmente partidario de esta tesis, SATTA, S. (1950). L'esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti. En *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II. Padova: Cedam, 1950, *passim*, especialmente, 7 y 15: «La tutela giurisdizionale non avviene allo esterno (…) ma nell'interno del diritto stesso, in quanto tutelare un diritto non può in definitiva voler dire altro che dar modo ad un diritto di essere un diritto, cioè alle sue forze intrinseche di manifestarsi». Desde otra perspectiva, puede verse MANDRIOLI, C. (1955). *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*. Milano: Giuffrè, 177 y sigs. Una crítica a ambas posiciones puede encontrarse en DENTI, V. (1955). Intorno ai concetti generali del processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. I, 132 a 139.

En una posición intermedia entre las dos tesis expuestas, *vid.* PUGLIATTI, S. (1935). *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano: Giuffrè, 1 a 21 y 135 y sigs.: «Lo scopo mediato dell'esecuzione si collega al rapporto giuridico sostanziale, ed è analogo a quello dell'adempimento: il procedimiento esecutivo si muove per la realizzazione del diritto del creditore. Ma, pur legato ai due estremi: punto di partenza e punto di arrivo, al rapporto giuridico sostanziale, il procedimento esecutivo ha una sua piena e completa autonomia» (p. 135).

[58] Aparecía entonces el derecho de prenda o de hipoteca de los acreedores sobre el patrimonio del deudor e, incluso, su embargo general como trasplante del derecho real de garantía reconocido al acreedor instante de una ejecución individual (§ 804 *Zivilprozessordnung*) y que, por analogía, era aplicado al concurso. Esta construcción se fragua por la doctrina germana y, posteriormente, italiana, fundamentalmente a finales del siglo XIX y principios del XX. Con distintos matices, en Alemania, entre otros, *vid.* SEUFFERT, L. (1899). *Deutsches Konskursprozessrecht*. Leipzig: Duncker & Humbolt, 157; KOHLER, J. (1891). *Lehrbuch des Konkursrechts*. Stuttgart: Enke, 399 y sigs.; y HELLMANN, F. (1907). *Lehrbuch des deutschen Konkursrecht*, 2.ª ed. Berlín: Häring, 624 y sigs. En Italia, especialmente, ROCCO, A. (1962). *Il fallimento*. *Teoria generale ed origine storica*. Milano: Giuffre, 31 y sigs.; con referencia a un derecho de garantia, *vid.* BETTI, E. (1920). *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*. Pavia: ed. tipografia cooperativa, 215.

Esta tesis tuvo pronta y fácil acogida en la doctrina concursal por la naturaleza de la tutela forzosamente dineraria que se otorga en el concurso. A pesar de su defensa hasta tiempos no tan lejanos, esta visión privatista de la actividad jurisdiccional sufre serios envites, derivados de su limitada aplicabilidad, que exigen su desecho. No nos detendremos en el estudio detallado de tales razones [para ello nos remitimos a TOMÁS TOMÁS, S. (2022). *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, *cit.,* 317 y sigs.]. Sí destacaremos, desde el punto de vista de la responsabilidad, en cambio, dos aspectos. En primer lugar, que esta visión del fenómeno lleva consigo la ruptura de un concepto uniforme de responsabilidad, como sujeción a la sanción, alcanzado en los ámbitos civil y penal, y que cuenta con un amplio respaldo doctrinal como especies de un mismo *genus* [por todos, CARNELUTTI, F. (1928). Diritto e processo nella teoria delle obligazioni, *cit., passim*, especialmente, 289, 290 y 292, y CARRERAS LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*, *cit.,* 27]. Ello no confronta con la idea de que responsabilidad civil y penal sean perfectamente diferenciables tanto por los presupuestos de su nacimiento como por la clase de conducta que se impone y a que están sujetos. Evidentemente, la

sujeción que entraña la responsabilidad en el proceso concursal es bien distinta de la responsabilidad penal; y, aunque con importantes similitudes, identificamos matices dignos de análisis respecto a la responsabilidad asociada a la ejecución forzosa. En el binomio responsabilidad civil y penal, más allá de la común sujeción al poder del Estado sobre el sujeto incumplidor, aparecen notas distintivas que alejan de manera irreconciliable a una y otra. Frente a la sujeción patrimonial asociada al proceso concursal y a la ejecución forzosa, la sujeción personal vinculada a la ejecución penal; frente a la responsabilidad civil que surge ante el hecho del incumplimiento, la responsabilidad penal cuyo nacimiento necesita de la concurrencia de determinadas circunstancias —antijuridicidad y culpabilidad—. Y asociada a cada clase de responsabilidad, hallamos la sanción civil y penal, con diferencias de hondo alcance en atención a la dispar perturbación del orden jurídico que se intenta reprimir o hacer desaparecer. Principalmente, de un lado, la reparación económica del mal causado presente en la primera e inexistente en la segunda; de otro, el carácter transferible del resarcimiento a terceros ajenos al mal causado de la sanción civil, frente al carácter personal asociado a la pena. Al respecto, *vid. ibidem*, 19 y sigs., y 30 y sigs. En segundo lugar, que la responsabilidad que se facilita en el proceso concursal y aquella perseguida en la ejecución forzosa presentan también notas divergentes. No en su naturaleza pero sí en la actuación de la sanción reparadora, sobre la que indagaremos seguidamente, justificada en la complejidad del escenario al que debe hacer frente. Y es precisamente por ello por lo que el proceso concursal no es un proceso de ejecución típico. Al respecto, *vid.* TOMÁS TOMÁS, S. (2022). *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, *cit.,* 44 a 56.

[59] En relación al proceso de ejecución, *vid.* CARNELUTTI, F. (1928). Diritto e processo nella teoria delle obligazioni, *cit.,* 297.

[60] *Ibidem*, 296.

[61] Cfr. *Ibidem*, 297 y 298.

[62] Como explica INVREA, F. (1939). Possibilità giuridica e legittimazione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, 313 y 314, en la realización de actos jurídicos, el sujeto agente puede proceder en virtud: de una facultad, inherente al propio derecho subjetivo; de una potestad jurídica, entendida como el poder atribuido para producir un efecto sobre la esfera jurídica ajena; o de una simple posibilidad jurídica, esto es, de la posibilidad puesta por el derecho a disposición de cualquier sujeto. Las dos primeras se fundan en un poder jurídico especial perteneciente al agente, mientras en la tercera no se da tal elemento condicionante de la eficacia jurídica del acto realizado.

[63] La potestad jurisdiccional es el título jurídico que permite describir, de manera completa, el poder que ejerce el juez en el proceso concursal. No es preciso mayor detalle ni fórmula alternativa para explicar la variada actividad judicial que despliega el juez en el concurso. Atrás quedan los esfuerzos doctrinales para desvelar el título en virtud del cual el órgano jurisdiccional resultaba habilitado para la realización de actos con plena eficacia en la esfera jurídica del deudor. Las discusiones, especialmente prolijas respecto a la venta judicial, aunque válidas en una suerte de teoría general, llevaron consigo la aparición de meritorias construcciones. Entre otras, la tesis de la representación, sostenida por CARNELUTTI, primero en la denominada «representación genérica» —vid. (1932). *Lezioni di Diritto Processuale Civile. Processo di esecuzione*. vol. II, Padova: Cedam, 221 y sigs.—, y, posteriormente, desarrollando con matices la anterior, con la «sustitución material del juez u órgano ejecutivo, o de representación legal del órgano ejecutivo» —vid. (1960). *Instituciones del Proceso Civil* (traducción SENTÍS MELENDO). vol. III, Buenos Aires: Ejea, 35 y 36—, con crítica de PUGLIATTI, S. (1932). Vendita forzata e rappresentanza legale. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, 297 y sigs. —también de interés, (1933). Ancora sulla rappresentanza nella vendita forzata. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, 418 y 425 y sigs.—. Asimismo, la tesis de la legitimación —vid. INVREA, F. (1939). Possibilità giuridica e legittimazione, *cit.,* 318 y sigs.; y, destacadamente, CARRERAS LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*,

cit., 90 y sigs.—. Este último aludía a una sustitución, elaborada en la teoría general del derecho y, por tanto, no la propia de la teoría de las partes del ámbito procesal, que aplicaba a los negocios jurídicos y su eficacia; especialmente crítico con esta tesis, *vid.* GUTIÉRREZ DE CABIEDES y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, E. (1966). *La enajenación forzosa*. Navarra: Ediciones de Universidad de Navarra, 73 y sigs. Estas construcciones están hoy superadas.

[64] Sobre la cuestión, *vid.* TOMÁS TOMÁS, S. (2022). *La masa patrimonial como parte en el proceso concursal*, *cit.,* 157 y sigs.

[65] DE LA OLIVA SANTOS, A. (2005). *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa y procesos especiales*, 3.ª ed., Madrid: editorial universitaria Ramón Areces, 18 y 19.

[66] En línea, 23.ª edición, consultado el 2 de noviembre de 2021, disponible en: https://dle.rae.es/coacci%C3%B3n#9Vgh8Tq

[67] Frente a la solicitud de declaración de concurso por cualquier sujeto distinto del deudor, este puede formular oposición *ex* artículos 20 y sigs. del texto refundido de la Ley Concursal. Ahora bien, una vez declarado el concurso, la sujeción patrimonial es forzosa. Y aún más, desde ese momento, recae sobre el deudor el deber de colaboración e información instaurado con vocación de generalidad para todo el concurso en el artículo 135 del mismo cuerpo legal.

[68] En línea, 23.ª edición, consultado el 2 de noviembre de 2021, disponible en: https://dle.rae.es/coerci%C3%B3n?m=form

[69] Por todos, CARRERAS LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*, *cit.,* 16 y sigs. *vid.,* asimismo, DE LA OLIVA SANTOS, A. (2005). *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa y procesos especiales*, *cit.,* 23 y sigs.

Descartamos, sin embargo, que toda actividad de jurisdicción contenciosa pueda ser concebida como una actividad desarrollada por el órgano jurisdiccional dirigida a actuar sanciones. Abandonada en la actualidad, esta teoría sirvió para distinguir la finalidad de la jurisdicción contenciosa respecto de la jurisdicción voluntaria, que se caracterizaba por una intervención del órgano jurisdiccional por vía de auxilio o de control. Introducida por REDENTI, E. (1917). Intorno al concetto di giurisdizione. En *Studi giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*. Napoli: Jovene, 468 y sigs. —también publicado en (1962). Intorno al concetto di giurisdizione. En *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*. vol. I. Milano: Giuffrè, 230 a 245—, y desarrollada más tarde en (1939). *Profili pratici del Diritto processuale civile*, 2.ª ed. Milano: Giuffrè, *passim*, especialmente, 39 y sigs., y en (1952). *Diritto Processuale Civile*, vol. I. Milano. Giuffrè, 10 y sigs., fue seguida por otros autores, con distintos matices. Entre otros, vid.: ROSSI, L. (1924). *La funzione del giudice nel sistema della tutela giuridica*. Roma: Athenaeum, 175; FURNO, C. (1938). Del mero accertamento come sanzione. *Archivio giuridico*, vol. CXX, fasc. 2, 187 y sigs.; SATTA, S. (1937). *L'esecuzione forzata*. Milano: Giuffrè, 7 a 14, nota al pie 7, donde combate las críticas a la inaplicación de esta teoría en relación a las sentencias constitutivas o declarativas, aunque más tarde, en (1952). *L'esecuzione forzata*. Torino: Utet, parece abandonar esta posición, de la que no localizamos alusión, al entender: «la giurisdizione civile si identifica con la tutela giurisdizionale dei diritti» (p. 6); del mismo autor posteriormente en esta dirección (1953) *Diritto processuale civile*, 3.ª ed. Padova: Cedam, 6 y sigs.; CARNELUTTI, F. (1951). *Teoria generale del Diritto*, *cit.,* 26 y sigs. y 39 y sigs. y en (1955) Il valore della sanzione del diritto. *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 4, anno X, ottobre-dicembre, 237 a 248; y, MANDRIOLI, C. (1955). *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, *cit.,* 22 y sigs., 177 y sigs., y, en las conclusiones, 643 a 646, y (1956). Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale. *Jus*, 86 y sigs. En contra de esta tesis, por todos, ALLORIO, E. (1958). *El ordenamiento jurídico bajo el prisma de la declaración judicial* (trad. SENTÍS MELENDO). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 34 y sigs., y (1963). Observaciones críticas sobre la sanción. En *Problemas de Derecho Procesal* (trad. SENTÍS MELENDO). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 347 y sigs. Asimismo, CARRERAS

LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*, *cit.,* 24 y sigs., para quien los procesos que culminan en sentencias constitutivas o merodeclarativas no encuentran explicación desde los mimbres de esta construcción. En cualquier caso, y como el propio CARRERAS parece reconocer, el encaje de esta construcción para explicar la actividad jurisdiccional contenciosa depende de la amplitud del concepto de sanción que se maneje. Su abandono por la doctrina actual responde a la recepción de otras tesis que permiten explicar el ejercicio de la función jurisdiccional contenciosa de manera más completa y holgada en el manejo de los conceptos. Para un breve repaso por la controvertida tesis de la jurisdicción como instrumento para la aplicación de sanciones y el resto de construcciones en torno a la jurisdicción, *vid.* SERRA DOMÍNGUEZ, M. (2008). Jurisdicción. En *Jurisdicción, Acción y Proceso*, Barcelona: Atelier, 20 y sigs.

[70] Sanción y proceso no son sinónimos. Como señalara CARRERAS LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*, *cit.,* 22, en relación a la ejecución forzosa, ambos conceptos se hallan en una relación de instrumento a fin. En efecto, toda la actividad a desarrollar por los distintos sujetos que intervienen en el concurso se dirige a facilitar la actuación de la sanción, pero no son sanción en sí misma. Como ocurre en el proceso de ejecución [DENTI, V. (1955). «Intorno ai concetti generali del processo di esecuzione», *cit.,* 132 y 133], y con más intensidad en el concursal, para preparar la actuación de la sanción es precisa la realización previa de una actividad variada, de naturaleza constitutiva y declarativa, que tiende a prepararla y hacerla posible pero sin que, en ningún caso, aquella actividad pueda confundirse con la sanción misma.

No podemos entender, sin embargo, que la sanción —en sí misma considerada— se halle fuera del proceso que procura su actuación (en contra, CARRERAS, *ibidem*, 22 y 23). A nuestro juicio, la sanción es el motor o el fin último del proceso, pero la lesión patrimonial en que consiste la sanción reparadora se integra en él. Solo así se logra explicar que el proceso concluya exclusivamente cuando se constata que la satisfacción de los acreedores es completa o cuando ya no quedan bienes con que satisfacer la responsabilidad. En otras palabras, el resultado de infligir la lesión patrimonial se realiza y controla en el seno del proceso.

[71] Con todo, conviene tener presente que la inicial concepción de sanción propuesta por REDENTI, (1962). Intorno al concetto di giurisdizione. En *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, *cit.,* 231, en su creación era especialmente amplia: «tradizionalmente al concetto di sanzione si connette l'idea d'una violazione dolosa o colposa, mentre la nozione a cui applico qui il termine e più lata, ed abbraccia anche misure da attuare per il solo fatto obiettivo che la condotta prescritta non sia stata tenuta. Dirò dunque, magari, se si vuole, 'sanzioni e garanzie'». Aunque, en la actualidad, son obvias las limitaciones de la tesis de REDENTI para explicar la jurisdicción, sí nos hacemos eco de aquel concepto de sanción que ampliamos un grado más, acogiendo no solo las posibilidades de reacción del ordenamiento ante la infracción de la norma sino también las medidas predispuestas por este para reforzar su observancia ante el peligro de su infracción. En este sentido, no debe obviarse que la reacción del ordenamiento «no siempre está vinculada a la infracción de la norma (o, específicamente, del derecho por ella tutelado), sino que en ocasiones depende de un estado de anormalidad o perturbación de la situación jurídica extraprocesal que no presenta la intensidad de una infracción» —ORTELLS RAMOS, M. (1984/1985), Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 3, 423—. Y esta idea, en el proceso concursal, adquiere una destacada virtualidad.

[72] En palabras de BOBBIO, N. (1969). Voz «sanzione». En *Novissimo Digesto Italiano*, XVI. Torino: Utet, 530: «il termine «sanzione» viene usato nella teoria generale del diritto e nelle discipline giuridiche particolari, per indicare alcune misure predisposte dallo stesso ordinamento giuridico per rafforzare l'osservanza delle propie norme ed eventualmente per porre rimedio agli effetti dell'inosservanza».

[73] Somos conscientes de los reparos, puestos de manifiesto por la doctrina clásica española (CARRERAS, GÓMEZ ORBANEJA, FENECH o GUASP), de extrapolar el concepto de sanción jurídica de la ejecución forzosa a los expedientes de insolvencia del régimen precedente al instaurado en 2003. En efecto, siguiendo la tesis de CARRERAS, para que se actúe la sanción es preciso que el desequilibrio se haya producido de modo efectivo, esto es, que se pruebe con carácter previo y haya lesión. Solo en la quiebra, por cuanto exigía un sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones (art. 874 a 876 CCom/1885), podía ser de aplicación tal construcción.

Actualmente, el concepto de sanción jurídica como manifestación de voluntad dirigida contra o sobre persona que incumplió la norma sancionada o como lesión o pasión que se infiere al responsable de un incumplimiento —así es definida por CARRERAS LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*, Barcelona: Bosch, 16 y 22, respectivamente— no sirve para explicar de manera completa todos los supuestos que acoge el actual concurso de acreedores (v.gr., en supuestos de insolvencia inminente). Como explicaremos más adelante, el principal problema de este concepto es que siendo suficiente en la ejecución forzosa resulta escaso en el proceso concursal. Es necesaria, pues, una acepción más amplia de la idea de sanción para explicar el proceso concursal sobre tal fundamento.

[74] De entre las posibles sanciones que puede predisponer el ordenamiento jurídico, BOBBIO, N. (1969). Voz «sanzione», *cit., passim,* distingue dos grandes clases: las medidas preventivas, antes de que se produzca la violación y dirigidas a evitar su producción; y las medidas sucesivas, cuando la violación ya se ha producido e intentan castigarla o ponerle remedio. Entre las primeras, constituyen sanciones todas aquellas que se dirigen a la intimidación («misure di scoraggiamento»); entre las segundas, encontramos una división entre las medidas retributivas y las medidas reparadoras. De este modo, mientras las primeras consisten en hacer el bien por bien (premio, recompensa, etc.) o el mal por mal (pena), las segundas buscan eliminar o al menos atenuar el mal que la transgresión de la norma ha producido en la sociedad.

[75] Nos estamos refiriendo a los supuestos en los que concurre una situación de insolvencia pero no hay incumplimiento de obligaciones.

[76] Como apunta BOBBIO, N. (1969). Voz «sanzione», *cit.,* 531-533, las medidas de reforzamiento del ordenamiento jurídico pueden consistir en un hacer (llevar a cabo una conducta) o en un no hacer (prohibir una conducta). Y aunque normalmente este fortalecimiento se asocia a las medidas negativas, el refuerzo de la norma puede venir tanto a través de una acción directa para promover la observancia (v.gr., premio) como a través de una acción dirigida a contrarrestar la inobservancia (v.gr., pena). En este sentido, el deber de instar el concurso y el derecho a hacer lo propio se sirven de medios psicológicos para alcanzar, de uno u otro modo, el cometido para el que son instituidos. Ni uno ni otro son sustitutivos del deber de procurar la prestación debida pero están a su servicio en aras a garantizar una respuesta más temprana ante su incumplimiento generalizado.

[77] Las dudas en torno a su consideración como verdadera sanción deben resolverse respondiendo a qué fin sirve. Solo en tanto mecanismo para el refuerzo de la observancia de la norma nos encontramos ante una verdadera sanción tomando en consideración, además, que este refuerzo puede venir a través del mecanismo de la respuesta o de la reacción que el mismo sistema normativo instituye a favor del observante o en desfavor del inobservante. En este sentido, BOBBIO, N. (1969). Voz «sanzione», *cit.,* 537 refiere: «Il fatto che la nozione di sanzione sia estesa anche alle sanzioni positive non muta la connotazione di questa area intermedia, la quale è composta di misure indirette che possono agire tanto preventivamente come promessa di un vantaggio o minaccia di uno svantaggio, quanto successivamente come attuazione del vantaggio promesso o dello svantaggio minacciato». De esta misma opinión, *vid.* CARNELUTTI, F. (1951). *Teoria generale del Diritto*, *cit.,* 27 a 31. En contra, CARRERAS LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*, *cit.,* 17 y nota al pie 14, para quien el concepto jurídico positivo de sanción debe reservarse únicamente a la lesión que sufre quien incumple un deber —y

aun cuando admite que el Derecho vigente puede reconocer recompensas a determinados actos o conductas—.

[78] Esta constituye la principal rémora a la tesis de la sanción jurídica: de ser admitida, se produce la paradójica situación de que se está reconociendo que el deudor, cuando solicita la declaración de concurso —arts. 3 y 695.a) TRLC—, está instando la aplicación de una sanción jurídica contra sí mismo, e, incluso, de no haberse producido incumplimiento, una aplicación anticipada de aquella sanción.

En efecto, así acontece. En primer lugar, como veremos, por cuanto el concurso también acoge medidas preventivas entre las sanciones jurídicas aplicables, es necesaria la aplicación anticipada descrita. En estas no es precisa la concurrencia de lesión previa a los acreedores. Asimismo, y en relación a las medidas reparadoras y/o preventivas, el deudor puede ser el primer interesado en reestructurar su patrimonio a los fines de responder ordenadamente ante sus acreedores. Nótese que el concepto de sanción que manejamos es deliberadamente amplio y referido a la actuación de medidas de distinto signo —de estímulo positivo y negativo— en orden a garantizar contemporánea o anticipadamente, en la mayor medida posible, la responsabilidad patrimonial.

[79] En este sentido, podemos afirmar que tanto las medidas de carácter anticipatorio descritas como las represivas interesan como sanción en tanto que acto de refuerzo de la norma. Por el contrario, las medidas reparadoras importan en cuanto manifestación de voluntad dirigida contra o sobre persona que se encuentra en estado de insolvencia. La complejidad asociada al proceso concursal se observa una vez más, sobre todo si se pone en contraste con la ejecución forzosa donde solo interesa y se actúa este último tipo de sanción.

[80] La sujeción a la sanción y al poder que la aplica lleva consigo la imposibilidad de sustracción a su actuación. En la línea de lo apuntado *supra*, desde el momento que entra en juego esta responsabilidad, se desvanece todo elemento de peligro para pasar a actuar la amenaza que conlleva la sanción. Como apuntara CARNELUTTI, F. (1928). Diritto e processo nella teoria delle obligazioni, *cit.,* 294 y 295, aquí está el interesante juego entre responsabilidad y obligación: «la responsabilità è uno stato estraneo alla volontà dell'obbligato, l'obbligo è una condizione della sua volontà; la responsabilità si subisce, l'obbligo si adempie; la responsabilità esclude la libertà, l'obbligo la supone». El maestro italiano se sirve de la siguiente metáfora para explicar la relación entre obligación, responsabilidad y sanción: «La sanzione determina l'obbligo come la diga guida il corso di un fiume. Essere responsabile vuol dire non poter passare sopra la diga (non potersi sottrarre alla sanzione); essere obbligato rappresenta il dover passare nello spazio lasciato aperto dalla diga (dover adempiere)».

[81] Y de igual modo ocurre, con carácter general, ante al incumplimiento de cualquier obligación. Así, como explica CAPILLA RONCERO, F. (1989). *La responsabilidad patrimonial universal…*, *cit.,* 103, en la ejecución forzosa específica de las obligaciones positivas, ya impliquen coacción sobre el obligado para que cumpla ya supongan arbitrar medios de sustitución del sujeto actuante, con la finalidad de satisfacer el interés del acreedor. De igual modo, tienen encaje en esa noción de sanciones reparadoras las medidas dirigidas a procurar el resarcimiento de la lesión provocada por el incumplimiento, entre las cuales ocupa un lugar preeminente el deber de resarcir en dinero el daño causado.

[82] Esta responsabilidad patrimonial se circunscribe: a la pérdida de cualquier derecho que tuviera alguna de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices como acreedores concursales o de la masa (art. 455.2.3.º TRLC); a la condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices a devolver los bienes o derechos que indebidamente hubieran obtenido del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa (art. 455.2.4.º TRLC), así como a indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 455.2.5.º TRLC); a la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit patrimonial a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido de-

claradas personas afectadas por la calificación, en la medida en que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia (art. 455.1 TRLC); y, en caso de concurso consecutivo, la condena a la aludida cobertura respecto a los mismos sujetos, administradores y socios «que se hayan negado sin causa razonable a proponer o a acordar la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles, siempre que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación» (art. 702.1 TRLC).

[83] Sobre la cuestión, *vid.* GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. (2004). *La calificación del concurso*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 15 y sigs.

[84] Vid., *in extenso*, BOBBIO, N. (1969). Voz «sanzione», *cit.,* 534 y 535. Como señalara CARNELUTTI, F. (1928). Diritto e processo nella teoria delle obligazioni, *cit.,* 294, no es extraño a los efectos de garantizar la sujeción a la sanción, sea patrimonial o personal, que se impongan al obligado nuevas obligaciones dirigidas a procurar su consecución e impedir otras formas de reacción.

[85] En concreto, en lo que afecta a esta sanción, solo será posible la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación culpable del concurso para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo periodo en atención a la gravedad de los hechos, a la entidad del perjuicio causado a la masa activa, así como a la existencia de otras sentencias de calificación de concurso culpable en las que las mismas personas ya hubieran sido inhabilitadas (art. 455.2.2.º TRLC).

[86] El empleo del calificativo retributivo para describir esta concreta tutela de la sección de calificación, englobando medidas de recompensa/premio y medidas punitivas, nos parece más adecuado y completo que limitar su sanción al alcance punitivo, pues el condicionamiento de su apertura al cumplimiento de determinados presupuestos opera como estímulo positivo dirigido a compeler al deudor a alcanzar un convenio en los términos del artículo 446 TRLC, esto es, a premiarlo con la ausencia de sanción cuando se logre aquel.

[87] De esta opinión, BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores, *cit.,* 34.

[88] Como apuntara la exposición de motivos (VI) de la Ley Concural de 2003, el convenio será la solución normal del concurso, con adopción de medidas auspiciadas por la Ley, en aras a alcanzar la satisfacción de los acreedores y, en la medida de lo posible, salvar total o parcialmente las empresas viables. Sobre la función racionalizadora del concurso, en el sentido de hacer posible el cumplimiento regular de las obligaciones, *vid.* NASI, A. (1973). *Processo e esecuzione nel fallimento*, *cit.,* 27.

[89] Cfr. CARRERAS LLANSANA, J. (1957). *El embargo de bienes*, *cit.,* 19.

[90] La última reforma del capítulo dedicado a las insolvencias punibles por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introduce una importante novedad al separar las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, tradicionalmente conocidas como alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota. Se establecen así, frente a la precedente regulación que contemplaba un único capítulo (VII) «De las insolvencias punibles», dos capítulos distintos rubricados «Frustración de la ejecución» (capítulo VII; arts. 257 a 258 ter) y «De las insolvencias punibles» (capítulo VII bis; arts. 259 a 261 bis). En contra de este deslinde, entre otros, NAVAS, I. (2015), *Insolvencias punibles. Fundamentos y límites*. Madrid: Marcial Pons, 20.

[91] No parece discutible una finalidad punitiva común si bien debemos reconocer que el alcance de una y otra tutela es muy distinto. En este sentido, bajo el régimen de quiebra anterior, *vid.* artículos 895 y 896 CCom/1885 y 520 y 521 CP/1973, de los que parece desprenderse que el juez penal quedaba vinculado a la calificación que de la quiebra —fortuita, culpable o fraudulenta— hiciera el juez civil. Sobre la cuestión, con cita de la jurisprudencia —contradictoria— más relevante en la materia, GONZÁLEZ

MONTES. J.L. (1974), *La calificación civil de la quiebra en el proceso penal*. Pamplona: Universidad de Navarra, 285 y sigs.

[92] Aunque ampliamente discutido en la dogmática penal, las principales tesis en relación al bien jurídico protegido en los delitos de insolvencia punible vienen representadas: de un lado, por aquellas que consideran que el bien jurídico está constituido por el derecho de garantía de los acreedores a la satisfacción de sus créditos, en recta aplicación del artículo 1911 Código Civil —de esta opinión, por todos, MUÑOZ CONDE, F. (2021). *Derecho Penal. Parte especial*. 23.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 450: «se pretende proteger el derecho de los acreedores en caso de insolvencia del deudor y la funcionalidad del procedimiento ejecutivo para conseguir la satisfacción del derecho de crédito»—; de otro lado, por aquellas que defienden que este conjunto de tipos delictivos protege un bien jurídico supraindividual como es el correcto funcionamiento del sistema crediticio y, por ende, el orden socioeconómico en general; y, por último, identificamos otro sector de la doctrina que entiende que con este conjunto de tipos delictivos se protege, junto al patrimonio de los acreedores, el funcionamiento o capacidad del sistema económico crediticio.

A este respecto, conviene notar la mutación en la rúbrica del Título en el que se ubica este grupo de preceptos tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Frente al precedente Código Penal, que se intitulaba «Delitos contra el patrimonio», el actual pasa a denominarse «De los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», lo que puede orientarnos en la consideración de los bienes jurídicos objeto de protección.

Para una exposición detallada de cada una de estas tesis, con partidarios y detractores, *vid.* NAVAS, I. (2015), *Insolvencias punibles. Fundamentos y límites*, *cit.,* 31 a 56. Con carácter previo a la reforma de 2015, con completa exposición de las distintas corrientes y toma de posición, *vid.* CABALLERO BRUN, F. (2008). *Insolvencias punibles*. Madrid: Iustel, 55 y sigs.

[93] *Vid.* preámbulo (XVI) de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

[94] Así se desprende con claridad del referido preámbulo (XVI) de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: «La nueva regulación de los delitos de concurso punible o insolvencia conjuga una doble necesidad: la de facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o son directamente causales de la situación de concurso; y la de ofrecer suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles, es decir, aquellas contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que constituyen un riesgo no permitido».

[95] El capítulo VII bis cierra con los artículos 261 y 261 bis del Código Penal que no han sufrido alteración en su redacción con la reforma de 2015, más allá de su integración en este capítulo de nuevo cuño. El primero dedicado a castigar a aquel que, a sabiendas, presentare datos falsos relativos al estado contable con el fin de lograr la declaración de concurso. El segundo destinado a la aplicación a las personas jurídicas de los delitos comprendidos en este capítulo, con la modulación de penas allí establecido.

[96] El actual reproche penal se halla revestido de la independencia y de las garantías de un proceso destinado exclusivamente al objeto penal, a diferencia de lo que ocurría en tiempos pretéritos donde la sujeción punitiva personal se integraba como principal cauce para garantizar la tutela patrimonial, ya fuera privadamente —así, en Derecho romano donde el sujeto lesionado disponía del deudor a través de la *manu iniectio*— ya a través de órganos públicos, con distintos vaivenes, desde la caída del Imperio Romano, según la legislación del periodo en el que nos situemos.

En este sentido, todavía queda alguna reminiscencia del derecho histórico en lo tocante a la libertad del deudor y a la limitación que la declaración de la situación de crisis eco-

nómica llevaba consigo. Nos referimos, en particular, al arresto domiciliario, que con la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 ya provocó el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad (núm. 274/1983) por las fricciones de los artículos 1333, 1335 y 1340 LEC/1881 y el artículo 1044 CCom/1829 con los artículos 24.2 —derecho a la presunción de inocencia— y 17.1 —libertad individual— y que exigió una interpretación correctora de aquellos para atemperar su tenor a las exigencias constitucionales (STC 178/1985, de 19 de diciembre, publicada en el BOE núm. 13, de 15 de enero de 1986, 28 a 32). Con la reforma de 2003 y como indica la exposición de motivos (I) de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, el arresto domiciliario queda reducido a una medida extrema para aquellos supuestos en los que se infringe el deber de residencia, se incumple la prohibición de ausentarse sin autorización judicial o existen motivos fundados para temer que lo haga (*vid.* art. 1 LO 8/2003).

[97] Con ello no estamos afirmando que se produzca un retroceso a la ejecución personal ni que el patrimonio se erija, como ocurría antaño, en objeto de agresión en tanto manifestación de la personalidad del deudor concursado. Exclusivamente queremos destacar el relevante papel que vuelve a adquirir el reproche penal, si bien con el importante matiz de que se articula como instrumento de política social y no como medio para hacer efectiva la venganza o la coacción de los acreedores sobre el deudor.

[98] El progresivo aumento de este Derecho penal («Derecho penal del riesgo»), del que deriva la proliferación de estos delitos, responde al cambio de sociedad a la que atiende. Sucesora de la sociedad industrial, la nueva sociedad del riesgo acaba repercutiendo en el Derecho penal de manera notable con una merma de los principios propios del Derecho penal liberal y una ampliación de su función preventiva. Se busca, de este modo, anticipar la protección penal de los bienes jurídicos individuales en una sociedad caracterizada por el incremento de los riesgos para los mismos. Esta propensión convive, a su vez, con una querencia despenalizadora en aplicación del clásico principio de subsidiariedad, o de última *ratio*, propio del Derecho penal. Al respecto, CEREZO MIR, J. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 10, 54, 55 y 60; especialmente, *vid.* el monográfico MENDOZA BUERGO, B. (2001). *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid: Civitas, *passim*.

Entre los delitos de peligro podemos distinguir los de tipo concreto, abstracto y abstracto-concreto o de aptitud para la producción de un daño. En los delitos de peligro abstracto, como apunta CEREZO MIR, *ibidem*, 47 y 48, se castigan ciertas conductas porque entrañan el peligro de un bien jurídico pero el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se produzca aquel de manera efectiva. Constituye un delito de peligro abstracto en el Código Penal español, por ejemplo, el tipificado en el artículo 379 (conducir un vehículo de motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas). De otro lado, en los denominados delitos de peligro abstracto-concreto (o de aptitud para la producción de un daño), se prohíbe la realización de una acción en tanto que lleva implícita la posibilidad de producir un determinado resultado. Localizamos ejemplos de este tipo de delitos en los artículos 359 y 360 (relativos a la elaboración, despacho o suministro de sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos) o en los artículos 368 a 371 (dedicados al tráfico de drogas). Siguiendo al referido autor, en puridad, tales delitos son subsumibles dentro de los delitos de peligro abstracto.

[99] La catalogación de los delitos de insolvencia punible como delitos de peligro abstracto-concreto no sería correcta, pues en estos se prohíbe la realización de una acción que lleva implícita la posibilidad de producir un determinado resultado. Por el contrario, en los de insolvencia punible, como delitos de peligro concreto, las acciones contempladas exigen la concurrencia efectiva del peligro. El juicio de probabilidad en la producción de la lesión del bien jurídico *ex ante* a la realización de la acción, núcleo del fundamento de los delitos de peligro abstracto-concreto, desaparece por completo en los delitos de peligro concreto.

[100] Cfr. CEREZO MIR, J. (2002). Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo, *cit.,* 48.

[101] *Ibidem*, 55.

[102] Se vuelve, de este modo, al modelo del Código Penal de 1973 (arts. 520 a 527) en el que se castigaban ciertas acciones del deudor al margen de su conciencia y voluntad en la realización de los elementos del tipo (*vid.* arts. 524 y 525 CP/1973).

[103] No ocurre lo mismo respecto al artículo 261 del Código Penal, destinado a la presentación de datos falsos relativos al estado contable con el fin de obtener indebidamente la declaración de concurso, pues expresamente se introduce un elemento volitivo: «a sabiendas».

[104] Aun a riesgo de manifestar una obviedad, conviene matizar que la frustración de los acreedores consecuencia del incumplimiento de la prestación debida no se traduce en la atribución a aquellos de instrumentos de coerción penal sobre el deudor. La compulsión sobre este y el objeto de agresión se limita a los bienes de contenido patrimonial. Cuestión distinta es que si en la referida frustración concurre alguna de las acciones típicas descritas en el Código Penal se ha de imponer su reproche punitivo en aras a reprimir su realización.

[105] Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A: proyectos de ley, 14 de enero de 2022, núm. 84-1.

(Trabajo recibido el 8 de marzo de 2022 y aceptado para su publicación el 4 de abril de 2022)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Incidencia de la Ley 8/2021 en el derecho de obligaciones

Impact of Law 8/2021 on the law of obligations

por

RAFAEL BERNAD MAINAR
Profesor de Derecho civil
Director del Grado en Derecho, Universidad San Jorge (USJ)
Investigador Asociado del Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas.

RESUMEN: La nueva Ley 8/2021 sobre las personas con discapacidad implica una reforma de gran calado en el Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre otras leyes, a los fines de adaptar nuestra legislación a la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas discapacitadas. Sin embargo, nuestro estudio se centra concretamente en el ámbito del Derecho de Obligaciones, puesto que algunos aspectos de su contenido, considerado desde una perspectiva amplia, han sido modificados, tales como la capacidad de uno de los sujetos del pago (*accipiens*); la responsabilidad civil extracontractual; la capacidad contractual; así como también, en sede de eficacia e ineficacia de los contratos, materias tales como la rescisión y, sobre todo, la nulidad de los contratos, respecto de la cual se presenta un tratamiento *ex novo* y de conjunto.

Se trata, en suma, de analizar las novedades introducidas por la Ley 8/2021 y compararlas con la legislación anterior en lo que al Derecho de las obligaciones respecta.

ABSTRACT: The new Law 8/2021 on people with disabilities implies a far-reaching reform in the Civil Code, the Mortgage Law and the Law of Civil Procedure, among other laws, in order to adapt our legislation to the New York Convention on rights of disabled people. However, our study focuses specifically on the field of the Law of Obligations, since some aspects of its content, considered from a broad perspective, have been modified, such as the capacity of one of the subjects of the payment (accipiens); tort civil liability; contractual capacity; as well as, based on the effectiveness and ineffectiveness of contracts, matters such as termination and, above all, the nullity of contracts, regarding which an ex novo and joint treatment is presented.

In short, it is about analyzing the novelties introduced by Law 8/2021 and comparing them with the previous legislation as far as the Law of obligations is concerned.

PALABRAS CLAVE: Convención de Nueva York 2006. Personas con discapacidad. Reforma legal. Ley 8/2021. Derecho de obligaciones.

KEY WORDS: New York Convention 2006. Disabled people. Legal reform. Law 8/2021. The Law of obligations.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TEORÍA GENERAL DE LA OBLIGACIÓN: 1. El sujeto pasivo del pago. 2. Efectos de las obligaciones: responsabilidad civil.—III. TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO: 1. La capacidad contractual. 2. La rescisión de los contratos. 3. Tratamiento ex novo y de conjunto de la nulidad de los contratos.—IV. CONCLUSIÓN.—V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

La Convención internacional de Nueva York sobre derechos de las personas discapacitadas (CIDPD) supone el cambio de paradigma en torno a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: en su virtud, se instaura el principio de la igualdad de derechos y libertades respecto de las demás personas, incluido el derecho a la dignidad, sin perjuicio de la necesidad de contar a su favor con las medidas que aseguren el ejercicio de su capacidad jurídica para salvaguardar y preservar sus derechos e intereses.

Como regla general, las personas con discapacidad toman sus propias decisiones con base en el axioma del respeto a su voluntad y sus preferencias[1], razón por la cual, la Convención de 2006 representa un hito más

que considerable en el progresivo y paulatino proceso de humanización del Derecho, traducido en el Derecho civil en una significativa atenuación patrimonial que permite aligerar y modular el componente eminentemente economicista en sus respectivas ramas[2]: derecho de bienes, de sucesiones, de las obligaciones y los contratos, con una incidencia más que notoria en sede del derecho de familia[3] y de la parte general del derecho civil. Y es que una de las tendencias que preside el Derecho civil actual es su creciente estatalización, expresión de un fenómeno más amplio de socialización del Derecho[4], lo que redunda en la limitación del ámbito de la libertad individual y, además, en la reducción de su contenido, de manera que algunas de sus materias pasan a integrar el Derecho público.

Aprobado el texto de la Convención en Nueva York con fecha 13 de diciembre de 2006[5], se somete a la ratificación de los Estados miembros (en el caso de España por medio del Instrumento de Ratificación de 23 de noviembre de 2007, en vigor desde el día 3 de mayo de 2008). A partir de aquí, arranca un periodo de adaptación de la normativa interna al Convenio, iniciado con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, que actualiza determinadas leyes imbricadas con las personas discapacitadas[6], una iniciativa seguida de otras normas posteriores[7].

A los fines de cumplir los compromisos previstos en el Convenio por los Estados firmantes, se crea en el seno de la Convención de la ONU un Comité encargado de analizar la regulación sobre discapacidad de los ordenamientos civiles de los Estados ratificantes[8]. Concretamente, en el caso de España, quedaba pendiente por efectuar la reforma del Código Civil, principalmente, y de otras leyes complementarias. Así, el Gobierno español asumía el compromiso de remitir a las Cortes Generales en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley 26/2011 «*un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida»,* en el cual se establecerían «*las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen*»[9].

Sin embargo, la demora acumulada suscita la inquietud del Comité revisor de la ONU[10], ante cuya situación emerge de manera sobresaliente la labor interpretativa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en aras de la flexibilización de la normativa del Código Civil en cuanto a la tutela e incapacidad para hacerla compatible con el espíritu de la Convención de 2006, si bien acotando, a título de admonición, que no se trata de una competencia del poder judicial, sino del legislativo, establecer la modalidad de asistencia y prestación de apoyo a las personas con discapacidad, al igual que «*aclarar sectorialmente las reglas generales conforme a la Convención*»[11].

A tal efecto, el Ministerio de Justicia español encarga en 2017 a la Sección Civil de la Comisión General de Codificación la elaboración de un anteproyecto de reforma del Código Civil[12]. La Sección preparó un borrador del anteproyecto que, una vez elaborado, es remitido al Ministerio de Justicia, el cual, lo remite al Consejo de Estado (15 de enero de 2019) para su preceptivo informe, que fue concluido el 11 de abril del mismo año con un pronunciamiento ampliamente favorable al mencionado anteproyecto.

Finalmente y, como colofón a este recorrido, se publica la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, con entrada en vigor tres meses desde su publicación (2 de septiembre de 2021)[13].

Desde una perspectiva de fondo[14], la Ley asume como *leitmotiv* el respeto al derecho de igualdad que corresponde a todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, coincidiendo en ello con el eje vertebral que inspira la Convención de 2006, así como también subraya el respeto a la dignidad de la persona, la tutela de sus derechos fundamentales y la consideración de la libre voluntad de la persona con discapacidad, aunados estos postulados a los criterios de necesidad y proporcionalidad en la adopción de las medidas de apoyo que la persona pueda precisar para ejercer su capacidad jurídica en situación jurídica de igualdad respecto de las demás personas[15], toda vez que la capacidad jurídica no solo implica la mera titularidad de derechos, sino también la legitimación de ejercicio[16].

En lo que al plano formal concierne, la Ley 8/2021 cuenta con ocho artículos[17], dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

Por ser objeto de nuestro interés, abordamos la citada reforma del Código Civil, si bien acotada al ámbito del Derecho de obligaciones.

II. TEORÍA GENERAL DE LA OBLIGACIÓN

La elaboración del Derecho de Obligaciones no es obra directa del genio jurídico romano, sino que se gesta a través de la impronta de los glosadores y postglosadores, aderezada con la influencia nada desdeñable del Derecho Canónico, que rediseña las primitivas normas romanas y las tiñe del factor moral que inculca el cristianismo.

A ello se ha de sumar el rigor y clarividencia propios de la pandectística alemana del siglo XIX, que conformaría unas bases generales en las que el Derecho Romano emerge como acreedor privilegiado y preferente, puesto que, a partir de la casuística romana, inmortalizada fundamentalmente en la obra de Justiniano y, mediante el método de la inducción, esto es, el razonamiento que transita desde lo particular hasta lo general, las fuentes

romanas se erigen en las piezas ideales en el cometido de pergeñar, diseñar y construir una teoría general de la obligación, reflejada posteriormente en el incomparable hito que representó el Código Civil alemán de 1896 (BGB), un monumento a la literatura jurídica por excelencia que encarna el genio jurídico alemán.

En lo concerniente al contenido de la teoría general de la obligación[18], consideramos que, desde una perspectiva amplia, se extiende a aspectos tales como el nacimiento, el origen, la estructura, las clases, la dinámica y la extinción de la obligación, vale decir, su contenido se extiende en una visión amplia a toda circunstancia que pueda afectar a la relación jurídica obligatoria.

Tomando en cuenta lo anteriormente señalado y, dentro del extenso corolario de tópicos que comprende la teoría general de la obligación, los únicos aspectos abordados directamente por la Ley 8/2021 son, por un lado, la capacidad para efectuar el cobro por parte del sujeto pasivo del pago —*accipiens*—, ante una posible situación de indefensión jurídica (art. 1163.1 CC); y, por otro, la responsabilidad de la persona con discapacidad por los daños causados a otros, en virtud del principio *neminem laedere*, sin perjuicio de la concurrencia de responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno (arts. 299 y 1903 CC).

Como fuente preeminente de las obligaciones surge la figura del contrato y, en el seno de su teoría general, la Ley 8/2021 incide en algunos de sus aspectos más importantes, tales como la capacidad para contratar y la ineficacia contractual en dos de sus expresiones más significativas (rescisión, nulidad).

1. El sujeto pasivo del pago

Sabido es que los sujetos del pago[19] son, por un lado, la persona que lo efectúa, *solvens*, no necesariamente identificado con el deudor, y, de otra parte, la persona que lo recibe, *accipiens*, generalmente el acreedor.

En lo que concierne al *accipiens* o persona que puede recibir el pago, la regla general en cuanto a su capacidad para que el pago resulte liberatorio consiste en que cuente con capacidad de administración, salvo que, careciendo de ella, resultare un provecho para el acreedor. Así lo señalaba la redacción anterior a la reforma del Código Civil en su artículo 1163.1:

«*El pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad.*

También será válido el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor».

La justificación del tenor del precepto radicaba en el efecto compensatorio operado ante la ausencia de la suficiente capacidad para administrar, fruto de la utilidad y el provecho en que se hubiera convertido el pago efectuado para quien lo hubiera recibido, no obstante su incapacidad. En este caso, la debilidad jurídica que ocasionaría la solución más extrema posible, cual es la nulidad del acto jurídico, se halla contrarrestada por la respuesta provechosa derivada de la aplicación del principio *favor negotii*, proclive a mantener la validez del pago y, por ende, a producir el triple efecto propio del mismo: el cumplimiento de la obligación; la extinción de la relación jurídica obligatoria creada; y la satisfacción por parte del acreedor.

Sin embargo, surge una nueva redacción del artículo 1163.1[20], fruto de la reforma operada por mor de la Ley 8/2021, que reza del siguiente modo: «*El pago hecho a una persona menor de edad será válido en cuanto se hubiera convertido en su utilidad. Esta regla también será aplicable a los pagos realizados a una persona con discapacidad con medidas de apoyo establecidas para recibirlo y que actúe sin dichos apoyos, en caso de que el deudor o la persona que realice el pago conociera de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta*».

En esencia, se mantiene el espíritu de la regulación anterior bajo las dos aristas evidenciadas: por un lado, proteger el interés jurídico más digno de protección; y por otro, evitar la nulidad del acto jurídico a través de la conservación de su validez, en atención al provecho ocasionado que prevalecería ante el riesgo de una potencial indefensión jurídica.

No obstante lo anterior, la reforma analizada se hace eco del espíritu de la Convención de Nueva de 2006 y, por ende, obra en consecuencia: en su virtud y, a diferencia de la redacción anterior del precepto, que distinguía dos supuestos bien diferentes (el pago efectuado a persona incapacitada para administrar sus bienes; el pago realizado a un tercero), la nueva redacción no alude al segundo supuesto —pago a un tercero—, y desglosa el anterior supuesto de incapacidad para administrar bienes en dos de sus posibles manifestaciones, si bien adaptada la segunda de ellas a la terminología y alma de la Convención, toda vez que deslinda, por un lado, el pago efectuado a una persona menor de edad (sujeto a patria potestad o tutela, en su defecto, conforme establece el art. 199 CC); y, por otro, el realizado a una persona con discapacidad con medidas de apoyo para recibirlo (que pueden ser las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, a tenor del art. 250 CC), de haber actuado sin tales apoyos, en el supuesto de que el deudor o quien efectuara el pago conociera la existencia de las medidas de apoyo al tiempo de la contratación, o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad con el logro por ello de una ventaja injusta.

En ambos casos, pues, se adopta la misma solución validando el pago en cuanto se hubiere convertido en utilidad del *accipiens*, si bien solo cuando en el segundo de ellos «*el deudor o la persona que realice el pago conociera de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta*», de tal manera que, por argumento en contrario, si el deudor paga de buena fe, queda liberado, aunque el pago no se hubiera convertido en utilidad de la persona con discapacidad, que lo recibe, toda vez que quedaría vinculada por sus propios actos, si traemos a colación la aplicación del principio de responsabilidad previsto para tales personas en el nuevo artículo 299 del Código Civil, que abordaremos más adelante.

Así pues, por lo que al supuesto de discapacidad se refiere y para que opere la convalidación del pago prevista en el mencionado precepto en virtud del principio *favor negotii* deben concurrir los siguientes requisitos: a) Un pago efectuado a una persona con discapacidad; b) La necesidad de contar con medidas de apoyo para recibir el pago por parte de esta última; c) La ausencia en la recepción del pago de la observancia de las medidas de apoyo requeridas y necesarias a tal efecto; d) El conocimiento al tiempo de la contratación, por parte del deudor o de quien realice el pago, de las medidas de apoyo requeridas (es decir, que se trate de una actuación a sabiendas); o, en su defecto, e) El aprovechamiento por su parte de la situación derivada de la discapacidad con la consiguiente obtención de una ventaja injusta (por mediar un enriquecimiento injustificado).

Ambas versiones del precepto analizado, la anterior y posterior a la Ley 8/2021, deben ponerse en relación con el tenor del artículo 1165 del Código Civil, que invalida el pago hecho al acreedor por el deudor después de habérsele ordenado judicialmente la retención de la deuda, razón por la cual este seguirá estando obligado al no haberse liberado de su deuda. Y es que, quien paga a quien no debe pagar, puede ser obligado a pagar nuevamente, en una clara manifestación de la expresión popular según la cual «quien paga mal, paga dos veces».

Desde una perspectiva crítica, cabe señalar que el nuevo tenor del artículo 1163.1 del Código Civil sigue la suerte de la del artículo 1302.3 del Código Civil, que abordaremos más adelante, en función de una pretendida afinidad de cuestiones más que discutible —validez del pago y del contrato—, lo cual nos permite realizar una primera objeción, al replicar soluciones legislativas a situaciones jurídicas no totalmente idénticas y, por ende, sin que pueda invocarse identidad de razón en este ejercicio de analogía jurídica, toda vez que la validez del pago no proviene ineludiblemente de la existencia de un contrato, sino que puede emanar de otras posibles fuentes de las obligaciones, un argumento que se reafirmaría mediante el estudio de las vicisitudes de la reforma[21], pues si nos detenemos detalladamente en

su recorrido legislativo parlamentario observamos la tramitación separada de ambos preceptos hasta un momento determinado en el que, de manera súbita y aparentemente incomprensible, se produce el referido arrastre y asociación de preceptos.

Además, a nuestro entender, el precepto *in comento* resultaría de aplicación tanto al pago efectuado al discapacitado carente de apoyos, como al discapacitado que, teniéndolos, prescinde de ellos, a pesar de que el nuevo texto articule su criterio para determinar la validez o no del pago efectuado en la actuación del apoyo, como si se tratara de una premisa ineludible de validez, cuando del espíritu de la Convención y de la reforma aflora el criterio de que las medidas de apoyo representan un derecho[22] y, en modo alguno, una condición.

Para terminar, la nueva versión del artículo 1163.1 del Código Civil no logra delimitar bien la titularidad del privilegio que confiere, al arrastrar en tal sentido por inercia una correlación entre las nociones de incapacidad y discapacidad, siempre que medie una ventaja injusta para la otra parte contractual de la persona con discapacidad, lo cual representa una contradicción más que evidente, puesto que la protección conferida al discapacitado pareciera dar por sentado una falta de control en lo que a sus asuntos económicos se refiere, cuando la Convención de 2006 parte entre sus postulados[23] del derecho a la igualdad del discapacitado, incluido el relativo a controlar sus asuntos económicos. Por ello, en puridad, la protección jurídica prevista en este artículo debería extenderse a toda persona carente al tiempo de recibir el pago de la suficiente aptitud de entender y querer, siempre que el deudor conociera o debiera conocer tal circunstancia.

2. Efectos de las obligaciones: responsabilidad civil

En la misma medida que se consagra el nuevo paradigma de que las personas con discapacidad son sujetos plenamente capaces, tanto en la titularidad cuanto en el ejercicio de derechos, emerge la idea correlativa de responsabilidad, con la consiguiente imputación subjetiva en el ámbito de la responsabilidad civil por hecho propio e, incluso, por hecho ajeno[24]. Es decir, por su través, se produce la equiparación de las personas con discapacidad respecto de las demás[25] a los efectos de responder de los daños ocasionados, toda vez que se les reconoce plena capacidad, tanto en la titularidad de derechos, cuanto en su capacidad de ejercicio. Constituye una de las grandes novedades de la reforma de la Ley 8/2021[26].

Así lo estipula el nuevo artículo 299 del Código Civil, cuando señala que «*La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con el Capítulo II del título XVI del Libro Cuarto, sin perjuicio*

de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables»[27].

Con ello se trata de evitar el riesgo de falta de reparación a favor de la víctima del daño infligido por una persona con discapacidad por no quedar afectado un patrimonio ajeno a tal efecto, lo cual se logra a través de dos mecanismos: la novedosa consagración de la responsabilidad civil extracontractual de la persona con discapacidad por hecho propio, incluso carente de discernimiento al tiempo de causar el daño; y la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno del curador del discapacitado con facultades representativas plenas, mientras conviva con él.

En consecuencia, se modifica el párrafo 3.º y se añade un nuevo párrafo 4.º al artículo 1903[28] para atender a los requerimientos de la nueva legislación, a diferencia de la versión anterior del Código Civil, que incluía bajo un solo epígrafe la responsabilidad civil por hecho ajeno del tutor respecto de los daños causados, tanto por los menores como por los incapacitados, mientras estuvieran bajo su autoridad y habitaran en su compañía.

El principio general de imputabilidad del discapacitado por hecho propio no excluye la generación de responsabilidad por hecho ajeno del curador con facultades representativas plenas[29], respecto del hecho ilícito causado por la persona a quien preste apoyo, mientras conviva con ella. Así lo establece el párrafo 4 del artículo 1903 del Código Civil, a propósito de la obligación que impone el artículo 1902 del Código Civil de responder civilmente del daño causado, no solo por los actos u omisiones propios, sino también por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Con ello, el legislador se hace eco del espíritu de la Convención de 2006 y así lo constata: en primer lugar, suprime la figura de la tutela respecto de las personas adultas, dado su cariz marcadamente representativo; y, además, limita la responsabilidad por hecho ajeno respecto de los daños causados a terceros por la persona con discapacidad a la figura del curador con facultades representativas plenas mientras conviva con ella, en la medida del cambio de sistema operado en el proceso de toma de decisiones por parte de la persona discapacitada, merced a la superación del tradicional de sustitución en favor del basado en apoyos[30], que deberá ser lo menos invasivo posible y adaptado a las necesidades de cada persona en particular.

Originariamente estamos ante un típico ejemplo de responsabilidad civil subjetiva basada en la noción de culpa *in vigilando*, si bien la evolución experimentada por la sociedad, secundada por la doctrina y la jurisprudencia, lo ha convertido en la práctica en un supuesto de responsabilidad civil objetiva, de tal manera que, producido el daño, haya culpa o no en la acción u omisión, se deberá responder frente a la víctima (STS de 30 de junio de 1995, *RJ* 1995, 5272, entre otras). La exigencia de discernimiento para ser responsable por los daños causados desaparece respecto de los agentes

dañosos con discapacidad. Con ello se consuma la superación del modelo paternalista forjado en torno a la discapacidad para instaurar un modelo social que la contempla ahora integrada dentro de la propia diversidad y naturaleza humanas, en aras de evitar cualquier tipo de discriminación, conforme establece el artículo 3 d) de la Convención de 2006.

En efecto, aunque el último inciso del artículo 1903 del Código Civil concluye que «… *La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*», lo cierto es que la tendencia a objetivizar la responsabilidad civil en nuestros días diluye en la práctica la efectividad de este apéndice del precepto.

Por lo tanto, la única incidencia que el nuevo artículo 299 del Código Civil tiene en el capítulo II, del título XVI, del libro IV, consiste en que los artículos que establecen responsabilidades civiles subjetivas se apliquen a las personas con discapacidad sin discernimiento, puesto que para los que establecen responsabilidades de tipo objetivo ya resultaban aplicables.

Con ello podemos afirmar que la imputabilidad no desaparece totalmente, sino que lo novedoso tras la reforma deriva de la imposible exención de responsabilidad por el hecho de padecer una discapacidad psíquica, sea intelectual o psicosocial, una solución jurídica ya existente en nuestro Derecho en las normas civiles del Código Penal (arts. 118.1, regla 1.ª y 120.1.º), ahora modificados, si bien manteniendo su mismo espíritu y conclusión, acordes ahora con la reforma legislativa operada: la concurrencia de responsabilidad civil directa en la persona que ha cometido un delito cuando padezca alguna discapacidad psíquica, de tal manera que las personas con discapacidad psíquica puedan ser declarados responsables civiles, pese a su falta absoluta de discernimiento.

Así pues y, en la medida que la responsabilidad civil responde a los criterios de funcionalidad y coherencia[31], una regla funcional ubicada con antelación en el Código Penal, por la cual la responsabilidad civil de las personas con discapacidad psíquica constituye una norma civil, por mor de la coherencia, se ha consagrado en el cuerpo legal que le es propio, cual es el Código Civil.

III. TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

Dada la relevancia del contrato en el ámbito del Derecho de Obligaciones, por tratarse de la fuente principal de la obligación y la expresión por antonomasia del principio de la autonomía de la voluntad, podemos señalar que sigue siendo en la actualidad el acto jurídico de contenido más diverso y más habitualmente utilizado en nuestra vida cotidiana, razón por la cual

estamos en presencia del instrumento central de la vida de los negocios; de ahí su importantísima función en la sociedad en el sentido de permitir desde un plano económico la obtención de las más variadas finalidades, así como la armonización de los diferentes intereses que median entre las partes contratantes.

Su estudio y tratamiento conforma la denominada teoría general del contrato, elaborada por los juristas alemanes pandectistas del siglo XIX en su esfuerzo de sistematizar las nociones fundamentales del derecho privado en una parte general que condujera el estudio de las materias particulares, cuyo núcleo central lo constituyó la teoría del negocio jurídico (*Rechtsgeschaft*)[32], considerado como un paradigma general y abstracto, al enunciar un conjunto de reglas generales en torno a sus presupuestos subjetivos y objetivos, vicios, interpretación y efectos jurídicos, reflejado legislativamente en el Código Civil alemán[33].

Por lo que a la Ley 8/2021 se refiere, los aspectos reformados en el Código Civil vinculados con la teoría general del contrato tratan sobre la capacidad contractual, así como sobre la rescisión y nulidad de los contratos, tal como vamos a tratar de seguidas.

1. La capacidad contractual

Sobre la base de la tradicional distinción entre capacidad jurídica o de goce y capacidad de obrar o de ejercicio, podemos afirmar que la capacidad contractual reflejaba una modalidad de la denominada capacidad de obrar y constituía la aptitud para celebrar contratos. En tanto que la doctrina clásica consideraba tal capacidad como un requisito de validez del contrato para que este surta todos sus efectos, de suerte que, de no concurrir este elemento, aunque el contrato existe, podría ser anulado a instancia del interesado, la doctrina contemporánea prefiere hablar mejor de un presupuesto del contrato, extrínseco a él, que debe concurrir al tiempo de su celebración.

Distinta de la capacidad, pero relacionada con ella por tratarse de un presupuesto del contrato para la doctrina italiana[34], hablamos de la legitimación para contratar, entendida como la idoneidad del sujeto del contrato para conseguir los efectos propuestos en función de su posición especial con relación a los intereses contractuales. A diferencia de la capacidad contractual, cualidad intrínseca y abstracta del sujeto del contrato, la legitimación para contratar alude a una cualidad jurídica emanada de la exigencia para el sujeto de reunir una determinada posición en lo que al objeto del contrato o al otro contratante se refiere, sin la cual no estaría habilitado para cumplir dicho acto específico; es decir, la legitimación se identifica con la posibilidad objetiva de ejercer tal o cual poder específico.

Así pues, la capacidad contractual constituía conforme a la terminología tradicional, una modalidad de capacidad negocial, esto es, la capacidad de obrar circunscrita al terreno de los negocios jurídicos, uno de cuyos máximos representantes es el contrato. En sede contractual no solo se ha de considerar la noción de capacidad, sino que también emerge la noción de poder de disposición, referido más bien al contenido del derecho, cualidad extrínseca al sujeto y a la relación objetiva que media entre este y la esfera de intereses que planean sobre el contrato, y que resulta determinante para la eficacia del contrato, toda vez que, si uno de los contratantes carece del poder de disposición sobre el derecho que constituye el objeto del contrato efectuado, no se lograrían los efectos pretendidos.

En consecuencia, la capacidad contractual constituye la regla general, de manera que la incapacidad para celebrar contratos representa la excepción, lo cual nos lleva a concluir que la incapacidad para contratar deriva del señalamiento expreso efectuado por la ley, ha de ser interpretada de una forma restrictiva, no extensiva, e impone la carga de su prueba a quien la invoque, en virtud del principio procesal «*ei incumbit probatio qui dicit*».

Además, las normas relativas a la capacidad e incapacidad son una materia de orden público y, por ende, no pueden ser derogadas por voluntad de las partes. Por tanto, el contrato celebrado por una persona que adolece de la capacidad suficiente, pero que la voluntad de las partes ha reputado como capaz, sería anulable.

Así pues, resultaban incapaces para contratar conforme a la legislación anterior a la Ley 8/2021 y, por ende, su consentimiento resultaba inválido e ineficaz (*ex* arts. 1263 y 1264 CC), por un lado, los menores no emancipados y, por otro, los que tenían su capacidad modificada judicialmente por resolución judicial[35]. Todo ello sin perjuicio de los requisitos especiales que la ley exige[36].

A tenor de dicha legislación, hoy reformada, se podían distinguir dos categorías generales de incapacidad contractual: ya la incapacidad propiamente dicha con origen natural o legal; ya ciertas incapacidades especiales para realizar determinados contratos que, más que supuestos de incapacidad para contratar, constituían incompatibilidades o prohibiciones para efectuar algunos contratos en particular[37].

En efecto y, según la versión anterior del artículo 1263 del Código Civil, no podían prestar el consentimiento: «*1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.*

2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial». Una sentencia judicial, que en virtud de la versión anterior del artículo 760 de la LEC «*… determinará la*

extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763».

En su virtud, se contemplaban dos supuestos de incapacidad contractual netamente diferenciados: a) la minoridad; b) la incapacitación judicial.

Por lo que respecta al menor de edad, también lo era quien no había cumplido dieciocho años, por lo que actuaba a través de su representante legal, fueran sus padres en el ejercicio de la patria potestad, fuera su tutor. En ambos casos, para realizar actos que excedían de la mera administración, los representantes legales precisaban de la correspondiente autorización judicial, a tenor de los artículos 166 y 272.1 del Código Civil, respectivamente.

Es decir, los menores estaban sujetos a una incapacidad general extensible a todos los negocios jurídicos, solo subsanable a través del mecanismo de la representación. No podían, en consecuencia, celebrar ningún tipo de contrato, como regla general, salvo algunos supuestos en los que podían realizar actos por sí solos, tales como otorgar testamento (art. 663 CC), celebrar contratos laborales (art. 7b de la LET), actuar como mandatarios en representación de terceros, si contaban con capacidad de entender y querer (art. 1716 CC), o bien contraer matrimonio (art. 46 CC).

Mención especial merecía la figura del menor emancipado, intermedia entre la situación jurídica de minoridad y mayoridad, quien podía ejercitar por sí mismo los actos de simple administración, pero precisaba de autorización para todos aquellos que excedían de la mera administración de sus progenitores o, en defecto de ambos, de su curador (art. 323 CC).

En cuanto al supuesto de incapacitación judicial y, a tenor de lo prescrito en la versión anterior del artículo 760.1 de la LEC, la sentencia de incapacitación señalaba la extensión y los límites de la incapacidad.

Veamos a continuación la nueva versión del artículo 1263 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 8/2021[38], en conexión con la nueva redacción del artículo 760 de la LEC, fruto de la misma reforma legislativa.

El remozado artículo 1263 del Código Civil señala lo siguiente: «*Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales*», al igual que el artículo 760 de la LEC cuando se refiere a la sentencia dictada en procesos judiciales que adopten medidas judiciales de apoyo en personas con discapacidad, que «*… deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables*». Con ello, se suprime toda referencia a la capacidad de contratar de las personas con discapacidad, pues al igual que el resto de las personas pueden contratar, con los apoyos que precisen, de ser el caso.

El nuevo paradigma sobre el que se asienta la reciente regulación supera la concepción anterior, según la cual se asociaba la incapacitación con la falta de suficiente capacidad, lo que permitía modificar la capacidad a pesar de constituir una condición inherente a la cualidad de la persona. La columna vertebral que sostiene el nuevo entramado legislativo radica en la adopción de medidas de apoyo para la persona que lo precise e, incluso, al margen del reconocimiento administrativo obtenido, tomando como base la idea por la que no basta con atender los asuntos estrictamente patrimoniales de la persona, sino que, en aras de su protección integral, se han de incluir también los que afecten a la toma de decisiones en los asuntos de la vida cotidiana de las personas discapacitadas.

Vemos, pues, que la reforma operada no trata de presentar una mera variación de los términos tradicionales sobre la materia (incapacidad, incapacitación), a los fines de lograr un somero maquillaje exterior meramente estético, sino que persigue instaurar una novedosa concepción por la cual las personas con discapacidad son titulares de derechos en la toma de sus propias decisiones, derechos que son elevados a la categoría de derechos humanos y, por ende, son respetables para todos y totalmente exigibles por los interesados, lo que se traduce en ocasiones en la adopción de medidas voluntarias que incluso puede llegar a adoptar la persona con discapacidad (mandato preventivo, autocuratela).

Un criterio que también se refleja correlativamente en el ámbito procesal, puesto que el procedimiento de provisión de apoyos solo puede desembocar en una sentencia que delimite y relacione los actos en los que la persona con discapacidad requiera del correspondiente apoyo y que, en ningún caso, podrá consistir en una declaración de incapacitación, ni de privación de derechos, cualquiera que fuera su naturaleza.

Así pues, la nueva normativa establece como regla general que toda persona, con o sin discapacidad, una vez alcanzada la mayoría de edad, cuenta con plena capacidad para gestionar sus asuntos por sí mismo, en el caso de tener capacidad natural suficiente. Y es que, tal como señala en este sentido el preámbulo de la Ley 8/2021: «*la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha de repercutir también de modo ineluctable en la idea de responsabilidad*».

A tal efecto, en materia de contratación procederá distinguir entre mayores y menores de edad no emancipados en cuanto a la delimitación de su capacidad contractual, en la medida que los menores de edad emancipados rigen su persona y bienes como si fueran mayores, sin perjuicio del complemento de capacidad exigible en función de la enjundia de los negocios referidos en el nuevo artículo 247 del Código Civil (antiguo art. 323).

Por ello, la nueva Ley 8/2021 confiere a la medida de apoyo la cualidad de complemento de capacidad, de tal manera que la labor de asistencia de quien apoya a una persona con discapacidad intelectual pretende garantizar que el consentimiento prestado por la persona con discapacidad resulte acorde con su voluntad, a la postre pilar de dicho consentimiento contractual, siempre que medie capacidad de raciocinio —capacidad natural suficiente de entender y querer—, y no una mera declaración emitida sin capacidad de discernimiento.

2. La rescisión de los contratos

Los Códigos modernos y la doctrina civilista contemporánea consideran la rescisión como una modalidad de nulidad basada en la existencia de una lesión o perjuicio. Así, entendemos por rescisión un supuesto de ineficacia sobrevenida como fruto del perjuicio económico que el contrato ocasiona a alguno de los contratantes o a otras personas y, en su virtud, el contrato resulta rescindible cuando un contrato válidamente celebrado produce un perjuicio injusto a una de las partes o a un tercero de tal manera que, sin otro recurso legal de reparación, podrá ser declarado ineficaz o reducida su ineficacia a instancias del perjudicado.

Al amparo de los artículos 1290 y 1294 del Código Civil, respectivamente, constituye un recurso excepcional y subsidiario. Conectando el artículo 1290, que restringe la rescisión a los casos establecidos por la ley, el artículo 1291 del Código Civil señalaba en su versión anterior contratos rescindibles: a) los celebrados por tutores, o representantes de ausentes sin autorización judicial (en este último caso por argumento en contrario a partir de lo establecido en el artículo 1296 CC), cuando la lesión sufrida rebasara la cuarta parte del valor de las cosas que hubieran sido objeto del contrato; b) los celebrados en fraude de acreedores[39]; c) los celebrados con relación a cosas litigiosas sin conocimiento de las partes litigantes o del juez; d) cualesquiera otros determinados por la ley. Precisamente y, al amparo del artículo 1292 del Código Civil, «*son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos*».

Nos interesa sobremanera el primero de los supuestos referidos respecto de los tutores actuantes sin autorización judicial pertinente, concurriendo la lesión en el *quantum* legal establecido, ya que la nueva versión del 1291.1.º del Código Civil[40], surgida tras la reforma de la Ley 8/2021, establece que son rescindibles:

«*1.º Los contratos que hubieran podido celebrar sin autorización judicial los tutores o los curadores con facultades de representación, siempre que las*

personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos».

Por tanto, el único supuesto de rescisión contemplado tras la reforma es el de la rescisión por lesión de los actos realizados por el curador con facultades de representación sin autorización judicial cuando sea esta necesaria. Para identificar la situación de la que se trata y, por argumento en contrario, los actos del curador representativo que precisan autorización judicial son los expresamente recogidos en el nuevo artículo 287 del Código Civil (relacionados en gran medida con los establecidos para el tutor en el anterior art. 271 CC). Manteniendo una línea restrictiva propia de la institución de la rescisión por lesión, queda circunscrito al supuesto del curador representativo (sistema de sustitución) estrictamente en los supuestos que la autoridad judicial haya marcado la representación, situación que en la nueva legislación resulta una excepción frente al curador no representativo (sistema de apoyos). Más discutible en sí mismo es la incorporación del curador al supuesto contemplado, incluso en su versión representativa más restrictiva, al poder entender que el contrato celebrado por el curador no constituye una decisión autónoma suya[41], sino que ha seguido la voluntad, deseos y preferencias de la persona representada.

El precepto solo contempla el supuesto de que con aquellos actos los representados sufran una lesión superior a la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido sus objetos (art. 1291.1 CC), de tal modo que si dichos actos se realizan sin la preceptiva autorización y media una lesión con los presupuestos del artículo 1291 del Código Civil, procederá llevar a cabo la acción de rescisión, siempre manteniendo el carácter subsidiario que le atribuye el artículo 1294 del Código Civil y en el plazo de los cuatro años siguientes a la extinción de la medida representativa de apoyo (art. 1299 CC).

Por el contrario, no ocurre lo mismo para el supuesto de que en tales actos no se haya producido tal lesión, una situación que se presenta sin cobertura legislativa y que plantea la correspondiente polémica relacionada en torno a la naturaleza jurídica de la acción: bien invocar la anulabilidad del acto, en sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 10 de enero de 2018, *RJ* 2018, 156); o bien esgrimir su nulidad absoluta.

En consonancia con el tenor de la reforma legal acaecida, se ensancha el componente subjetivo del supuesto, pues incluye entre los contratos rescindibles los efectuados sin la correspondiente autorización judicial siempre que resulten lesivos en más de la cuarta parte del valor de las cosas objeto de los mismos, tanto si son realizados por tutores (en caso de menores no emancipados en situación de desamparo o de menores no sujetos a patria potestad, *ex* art. 199 CC), como por curadores con facultades representativas (situación excepcional de la curatela, *ex* art. 269 párrafo 3.º CC).

Sobre la lesión que origina la acción, en el caso de haberse infligido por el curador representativo en el patrimonio del representado (persona con discapacidad) se plantea si nos hallamos ante la expresión de una obligación de resultado en el ámbito del daño objetivo y de la responsabilidad objetiva, como sostiene la mayoría de la doctrina[42]; o si, por el contrario, se trata más bien de una obligación de medio en el ámbito de la responsabilidad subjetiva[43] en la que debe concurrir la intención o voluntad del representante de perjudicar a la persona con discapacidad.

Por derivación y correlativamente al artículo 1291.1 del Código Civil, el artículo 1299 del Código Civil también se ve afectado por la Ley 8/2021, toda vez que «*La acción para pedir la rescisión dura cuatro años*.

Para los menores sujetos a tutela, para las personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo que establezcan facultades de representación y para los ausentes, los cuatro años empezarán a computarse hasta que se extinga la tutela o la medida representativa de apoyo, o cese la situación de ausencia legal».

Como vemos, a través de esta nueva redacción del párrafo 1.º del artículo 1291 y del párrafo 2.º del artículo 1299 del Código Civil[44], detectamos varias de las consecuencias más significativas de la reforma legislativa 8/2021 en sede de rescisión del contrato en sintonía con los dictados de la Convención de Nueva York: la desaparición del proceso de incapacitación y de la incapacidad como estado jurídico civil; el relegamiento de la tutela como institución jurídica tuitiva y su circunscripción al ámbito de la minoría de edad en situación de desamparo o de no sujeción a la patria potestad; y el consiguiente empoderamiento de la curatela como medida de apoyo para la persona con discapacidad, de no haber otra suficiente en tal cometido, alcanzando el grado de representativa cuando resulte imprescindible en atención a las circunstancias que concurran en la persona discapacitada.

Y es que, conforme al artículo 1293 del Código Civil, estamos en presencia de uno de los escasos supuestos en los que aplica la rescisión contractual por lesión, toda vez que «*ningún contrato se rescindirá por lesión, fuera de los casos mencionados en los números 1.º y 2.º del artículo 1.291*», esto es, los realizados por tutores (ahora también extensible a curadores representativos), amén de los suscritos por los representantes de los ausentes.

En cuanto al plazo de ejercicio de la acción, dura cuatro años, entendido como plazo de caducidad, que no de prescripción, y respecto del día inicial del cómputo del lapso, fuera de los casos previstos por el reformado artículo 1299.2 del Código Civil en la materia relacionada con la reforma operada por la Ley 8/2021, en los que el lapso comienza desde que cesa o se extinguen las situaciones allí contempladas (minoría de edad sujeta a tutela, persona discapacitada dotada de medidas de apoyo con facultades

representativas, declaración de ausencia)[45], la jurisprudencia establece reiteradamente el *dies a quo* como regla general desde que el perjudicado ha podido conocer cabalmente el acto rescindible (SSTS 16/02/1993, *RJ* 1993, 774; 4 de septiembre de 1995, *RJ* 1995, 6490; 4 de noviembre de 1996, *RJ* 1996, 7910; y 27 de mayo de 2002, *RJ* 2002, 7251).

3. Tratamiento *ex novo* y de conjunto de la nulidad de los contratos

La nulidad representa una modalidad de invalidez que, una vez declarada, produce la ineficacia del contrato. Su esencia deriva de un defecto en la formación contractual, cuya consecuencia deriva en que la no producción de efectos, o bien en que los efectos producidos no basten para cumplir las pretensiones de los contratantes al tiempo de la celebración del contrato, ya por no ser todos los esperados —nulidad parcial—, ya por ser distintos de los que las partes ansiaban —conversión del contrato.

Así, podemos apuntar diversas modalidades de nulidad: total o parcial, según la anomalía afecte a la esencia del contrato y este resulte anulado totalmente, o sea solamente una cláusula la que atente contra el ordenamiento jurídico, en cuyo caso quedan anuladas aquellas que sean violatorias de la ley —intereses usurarios, por ejemplo—, pero subsiste el contrato en el resto en virtud del principio general *favor negotii* que aboga por la preservación de la validez del contrato siempre que ello sea posible[46]; literal o interpretativa, ya resulte de una declaración expresa legal en tal sentido —caso del contrato sin causa *ex* artículos 1261 y 1275 de nuestro Código Civil—, o bien se deduzca de la interpretación de las normas jurídicas que regulen una institución concreta —como sería un contrato que desconociera, por ejemplo, la igualdad de sexos o la igualdad entre ambos esposos—; y, por fin, nulidad absoluta y nulidad relativa, de la que nos ocuparemos a continuación, por haber sido afectada esta materia por la reforma del Código Civil en virtud de la Ley 8/2021.

La nulidad absoluta constituye la máxima sanción establecida por el ordenamiento jurídico, dado que en este supuesto el contrato carece de efecto (*quod nullum est, nullum effectum producit*).

Los casos merecedores de tal sanción son los siguientes: a) Contravención del artículo 1255 del Código Civil por ser lo pactado contrario a las leyes, a la moral, o al orden público; b) Carencia de los elementos esenciales del contrato, a tenor del artículo 1261 del Código Civil (consentimiento, objeto y causa); y c) Ilicitud de la causa, de conformidad con el artículo 1275 del Código Civil.

Precisamente, la nulidad absoluta genera una acción de nulidad, cuyas características principales son las siguientes:

a) Legitimación activa. La nulidad absoluta puede hacerla valer cualquier interesado (STS 24/04/2013): cada uno de los contratantes, sus representantes y sus herederos, aunque ello *prima facie* pareciera contravenir la teoría de los actos propios; también pueden invocar esta acción los terceros que ostenten un interés para ello, como, por ejemplo, los que contrataron sobre la cosa objeto del contrato, o los que resultaren perjudicados por su celebración.

b) Legitimación pasiva. Se ha de ejercitar la acción contra todos los interesados en el contrato, sean los que intervinieron en él, sus herederos, los que se aprovecharon del contrato e, incluso, los causantes de la nulidad. Todo ello para que el resultado del proceso judicial les afecte y poder evitar así que, por no haber sido demandados estos últimos, el contrato, aun habiéndose declarado nulo, siga siendo válido para ellos.

c) Momento en que puede alegarse a lo largo de la causa. Por estar afectado el orden público y el interés general, la nulidad absoluta, a diferencia de la nulidad relativa, podrá alegarse en cualquier estado y grado de la causa.

d) Apreciación de oficio por el juez[47]. Dado el interés general que informa la figura y su fundamento tradicional en la noción de orden público, se ha ido abriendo camino la doctrina por la cual la nulidad puede ser apreciada de oficio por el juez. Aun así, ha de entenderse como un remedio excepcional que, en virtud del principio *iura curia novit*, podría tener lugar incluso cuando no hubieran sido alegados los preceptos oportunos, pero eso sí, siempre que concurran causas muy señaladas que induzcan a ello, tales como, por ejemplo y sin ánimo exhaustivo, que los hechos causantes de la nulidad hayan sido deducidos en juicio, que la relación jurídico-procesal esté bien configurada por ser partes procesales todos los interesados en la nulidad, o bien, cuando alguno de los litigantes haya solicitado precisamente las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad.

e) Lapso de prescripción de la acción. La doctrina clásica de las nulidades consideraba que la acción para pedir la declaración de nulidad de un contrato no estaba sujeta a prescripción ni caducidad, sino que podía ejercitarse en cualquier tiempo, con base en la máxima «*quod ab initium vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*» (D. 50, 17, 29). Varios han sido los argumentos que se han esgrimido en apoyo de esta tesis: ya el principio de justicia, de manera que lo que nulo es, siempre lo será; también el basado en que en la regulación de la acción de nulidad siempre se hablaba del plazo de prescripción y del momento inicial de cómputo de dicho plazo en caso de anulabilidad (versión anterior del art. 1301 de nuestro CC), lo cual nos llevaría a entender, por argumento en contrario, que el silencio de la ley al respecto constituiría una clara señal de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad en caso de nulidad absoluta.

Sin embargo, razones de orden público y seguridad jurídica han abonado a favor de sostener la prescripción de la acción de nulidad pues, de lo contrario, podrían quedar en entredicho muchas de las relaciones jurídicas consolidadas durante un tiempo considerable, del mismo modo que contratos de larga duración pudieran ser anulados, con lo que ello representa desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Aceptada esta nueva orientación por lo que a la prescriptibilidad de la acción se refiere, se plantea determinar cuál sea el plazo de prescripción.

Pareciera que lo lógico fuera recurrir al plazo general de prescripción de las acciones personales de cinco años para cuando no tuvieran otro lapso especialmente previsto, según rezan los artículos 1962-1964 del Código Civil. Sin embargo, también podrían apuntarse otras posibilidades:

Así es, como sabemos, la acción de nulidad presenta una doble naturaleza: por un lado, meramente declarativa, pues pretende constatar una situación de hecho negativa ya existente y declararla nula; y, por otro, constitutiva, pues modificaría la situación contractual al eliminar posteriormente la validez del contrato con efectos retroactivos. Por ello, nos pronunciamos en el sentido de que la declaración de que un contrato sea nulo puede pedirse en cualquier tiempo, en tanto en cuanto subsista un interés para ello en el demandante, por hallarnos ante una acción meramente declarativa; sin embargo, por lo que respecta a la acción restitutoria y, dado que no existe ninguna norma que establezca su imprescriptibilidad, se ha de seguir la regla general en cuya virtud y, salvo excepciones, establece la prescripción de los derechos y acciones de cualquier clase que sean. Para este supuesto, el plazo de prescripción sería el genérico de las acciones personales de cinco años, a tenor del artículo 1964 del Código Civil.

En consecuencia, la acción de nulidad es una acción imprescriptible (STS de 29 de abril de 1997, *RJ* 1997, 3409; 14 de marzo de 2000, *RJ* 2000, 1203), no obstante deba tenerse en cuenta la concurrencia y aplicación de los efectos posibles de la usucapión (STS de 27 de febrero de 1964, *RJ* 1964, 1152).

En lo que respecta al caso de la anulabilidad del contrato, este deja de producir efectos retroactivamente desde que se declara judicialmente la nulidad, y constituye una medida de protección doctrinal y jurisprudencial de intereses concretos y determinados.

Son causas de anulabilidad del contrato (no expresas, sino extraídas del nuevo art. 1301 CC): la violencia o intimidación; el error, dolo o falsedad de la causa[48]; minoría de edad; discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo, de ser estas necesarias; el contrato de un cónyuge celebrado sin el consentimiento del otro, de ser este necesario. Tal enumeración ha de entenderse taxativa y, por tanto, excluiría cualquier otra persona para invocar la acción.

En virtud de la reforma operada por la Ley 8/2021 y, como novedad[49] con relación a la versión anterior del precepto, que los englobaba en un mismo párrafo (art. 1301.3 CC), se desglosa separadamente, por un lado, el supuesto de los contratos celebrados por los menores (art. 1301.3 CC); y, por otro, el de los celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas (art. 1301.4 CC). Con ello y, tal como hemos señalado en otros casos anteriores, no solo se produce la desmembración de la minoridad respecto de la discapacidad, sino que también y, en relación con esta última, se acoge el espíritu de la Convención de Nueva York que parte de la capacidad contractual de los discapacitados, sin perjuicio de la adopción de las medidas de apoyo previstas, si resultaren necesarias.

A continuación, analizamos concretamente la acción de anulabilidad, por verse afectada en algunos aspectos, por la Ley 8/2021 que aquí analizamos:

a) Ámbito de aplicación. El tenor del artículo 1301 del Código Civil en estudio es claro al referirse a «*La acción de nulidad …*» pero, a pesar de la literalidad de la ley, que nos debiera conducir a excluir la aplicación de la acción respecto de los actos unilaterales o de contenido no patrimonial, lo cierto es que la jurisprudencia francesa ya consideraba el texto como una regla de derecho común en sede de acciones de nulidad relativa o anulabilidad por vicios del consentimiento y, en esta línea expansiva, la doctrina contemporánea opta también por aplicar el lapso de la acción a las nulidades relativas ante el irrespeto de las normas del orden público de protección[50].

b) Legitimación activa de la acción o sobre quién puede invocar la anulabilidad. Por la propia esencia de la figura, solo algunas personas interesadas pueden intentar la acción para invalidar el contrato que, entre tanto, seguirá surtiendo efectos y que, de triunfar tal acción, producirá su invalidez e ineficacia para siempre. Así, la versión anterior a la reforma de la Ley 8/2021 disponía en el artículo 1302 del Código Civil que «*Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. Las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron; ni los que causaron la intimidación o violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, podrán fundar su acción en estos vicios del contrato*»[51].

Sin embargo, la versión reformada del artículo 1302[52] transforma el párrafo único anterior en cuatro párrafos y, si bien mantiene la legitimación para ejercitar la acción de quienes resulten obligados principal o subsidiariamente por el contrato y niega su ejercicio a quienes causaron la intimidación o violencia, emplearon el dolo o produjeron el error, basados en estos vicios del contrato (párrafos 1.º y 4.º, respectivamente), introduce

algunas novedades dignas de consideración en cuanto a la anulación de los contratos celebrados por menores de edad y por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo:

«*… 2. Los contratos celebrados por menores de edad podrán ser anulados por sus representantes legales o por ellos cuando alcancen la mayoría de edad. Se exceptúan aquellos que puedan celebrar válidamente por sí mismos*».

Se atribuye con ello un apartado específico para los contratos celebrados por los menores de edad, en lugar de la genérica alusión realizada en la versión anterior del precepto, si bien ello no implica su aplicación indiscriminada a todo contrato celebrado por un menor, sino solamente a los que la minoría de edad constituya una causa de invalidez. En su virtud, se reconoce explícitamente la legitimación activa de la acción de nulidad en los contratos celebrados por menores a sus representantes legales (sean sus padres o el tutor), así como a los menores contratantes, una vez alcanzada la mayoría de edad, con la salvedad que suponen los contratos que los menores de edad puedan celebrar por sí mismos, en cuyo caso no cabría invocar la anulación del contrato en razón de la minoridad.

Para lograr una perfecta correlación con el también reformado artículo 1263 del Código Civil, que establece como regla general la validez y eficacia del contrato celebrado por el menor de edad no emancipado, salvo supuestos concretos que constituyen la excepción, hubiera sido más coherente reducir el ámbito de aplicación de la acción de nulidad[53], precisamente, a estos contratos celebrados por los menores al margen de la pauta establecida como regla general de validez y eficacia, esto es, a los contratos no permitidos por las leyes realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes a los menores, así como también a los celebrados por estos relativos a bienes o servicios de la vida corriente propios de su edad que contravienen los usos sociales.

«*… 3. Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción.*

Los contratos mencionados en el párrafo anterior también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».

El legislador se pronuncia por la acción de anulabilidad en este caso para proteger el patrimonio de las personas con discapacidad y no por la acción rescisoria, como sostiene parte de la doctrina[54].

En su virtud, si una persona con discapacidad realiza un negocio jurídico sin apoyos, puesto que no los precisa, su tratamiento jurídico se asimila al de cualquier persona y, por ende, la ausencia del apoyo no resulta decisivo a la hora de determinar si el acto es válido, anulable o nulo; así pues, tendremos que aplicar las reglas generales sobre prestación de un consentimiento válido para ese acto.

Por otro lado, en el caso de los actos realizados por una persona con discapacidad que precisa medidas de apoyo, pero no las tiene establecidas, los actos llevados a cabo son válidos a partir de la presunción de capacidad jurídica que rige para el ejercicio de sus derechos, aun cuando su falta de discernimiento le impida comprender los perjuicios que se puede ocasionar a sí mismo y constituya una inadecuada inseguridad para el discapacitado y para los terceros[55]. De ahí que el juicio de capacidad emitido por el notario[56], de ser preceptiva su intervención, será determinante, si bien el problema se planteará respecto de aquellos actos en los que no sea precisa su intervención.

En cuanto a los actos realizados por una persona con discapacidad que tiene establecidas medidas de apoyo, contemplamos dos posibles situaciones: la persona con discapacidad respeta las medidas o, por el contrario, prescinde de ellas.

En la primera de ellas y, en virtud del apoyo recibido, se produce la equiparación jurídica con la de un acto celebrado por una persona con discapacidad que no precisa apoyos, o el celebrado por una persona sin discapacidad[57], de tal guisa que, si hay vicio de consentimiento, ya del que presta el apoyo, ya de un tercero, el acto sería anulable, mientras que si lo que hubiera fuera falta de consentimiento, el acto sería nulo.

En este supuesto, se atribuye la legitimación activa de la acción de nulidad a los mismos contratantes con el debido apoyo. Con ello se constata el cambio de paradigma de la reforma legislativa y que significa la atribución como regla general de capacidad jurídica al discapacitado, lo cual se reafirma en sede de capacidad procesal y sin perjuicio del apoyo preciso. Legitimación extensible a los herederos del discapacitado (*accessio temporis*) por el tiempo restante para cumplir el lapso de caducidad de cuatro años, de haber fallecido el discapacitado con antelación a la consumación de dicho plazo. A su vez, la legitimación activa de la acción se extiende también en este supuesto a quien hubiera de haber prestado el apoyo y no lo hubiera prestado, siendo este necesario, si bien solamente cuando la contraparte contractual conociera las medidas de apoyo al tiempo de la celebración del contrato, o bien resultara beneficiado de la situación de discapacidad existente con la consiguiente obtención de una ventaja injusta.

En el segundo de los supuestos planteados, esto es, los actos realizados por una persona con discapacidad que tiene establecidas medidas de apoyo, aunque prescinde de ellas cuando son precisas, entra en juego el reformado artículo 1302.3 del Código Civil, según el cual y tras su entrada en vigor, los legitimados para interponer la acción de anulabilidad en este caso son: las personas con discapacidad, con el apoyo que precisen, sin tener que asumir sus consecuencias, no osbtante haber prescindido voluntariamente del mismo[58]; sus herederos, si falleciera esa persona antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción, durante el tiempo que faltara para completar el plazo; y las personas a las que les hubiera correspondido prestar el apoyo, siempre que cumplan una de las dos condiciones señaladas del artículo 1302.3 *in fine* del Código Civil.

Por fin, concluye el artículo 1302 en su párrafo 4.º extendiendo la falta de legitimación activa en cuanto a la acción de nulidad a los contratantes que invoquen la minoría de edad y la falta de apoyo de aquel con el que contrataron, en una clara aplicación de la teoría de los actos propios y del principio jurídico «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*» (nadie puede alegar su propia torpeza). En todo caso, si partimos del criterio de que la anulación del contrato no debe estar vinculado ni a la situación de discapacidad ni a la falta de los apoyos precisos, sino más bien la consecución de una ventaja injusta por la otra parte contratante[59], debería haber bastado esta única alusión sin referencia añadida a las dos vinculaciones señaladas.

c) Legitimación pasiva o sobre contra quién se puede ejercer la acción de nulidad. El legitimado activamente para invocar la acción de nulidad podrá interponerla contra el otro contratante, que intervendrá en el pleito en calidad de demandado. Así pues, serán legitimados pasivos la parte contractual demandada del contrato que se impugna y los que cuentan con derechos derivados del mismo.

d) Momento para ser alegada en el procedimiento. La nulidad relativa debe ser alegada en el libelo de la demanda.

e) Naturaleza del plazo de la acción y *dies a quo* del lapso. Según la versión anterior del artículo 1301 del Código Civil «*la acción de nulidad solo durará cuatro años …*», un lapso que la jurisprudencia entendía de caducidad, con alguna excepción (STS de 27 de febrero de 1997, *RJ* 1997, 1332), y cuyo *dies a quo* comenzaba a correr en función del supuesto concreto: «*En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que estas hubiesen cesado. En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato. Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela. Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la*

disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato».

En verdad, se trataba de un lapso inferior al normal de las acciones personales (5 años, *ex* art. 1964 CC), un recorte temporal basado en una potencial confirmación tácita del contrato, tal como lo corroboraría la fijación del plazo inicial del cómputo de la acción. Una tesis que, sin embargo, podría cuestionarse alegando por qué la ley no señalaba el *dies a quo* a partir del momento en que la obligación pudo ser confirmada, razón por la cual resultara una opinión generalizada considerar que la reducción del plazo de prescripción de la acción respondería más bien al carácter privado de los intereses protegidos a través de ella[60].

En la nueva versión del precepto encontramos una respuesta categórica en torno a la naturaleza jurídica del plazo de la acción, toda vez que el legislador se pronuncia abiertamente en el sentido de atribuirle la cualidad de plazo de caducidad, al señalar que: «*la acción de nulidad caducará a los cuatro años…*», con lo cual asume el sentir de la jurisprudencia y de la mayoría de la doctrina.

En lo que concierne a la determinación del *dies a quo* del lapso de caducidad de la acción, se conserva la redacción anterior en lo relativo a los casos de violencia e intimidación; error, dolo[61] o falsedad de la causa; y en los contratos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, si este fuera necesario. Sin embargo, se introduce una nueva redacción en los casos de los contratos celebrados por menores y por personas con discapacidad que prescinden de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas, en cuyo caso el plazo de la acción de nulidad, 4 años, empezará a correr, respectivamente:

«*… 3.º Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores, desde que salieren de la patria potestad o la tutela*».

«*… 4.º Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas, desde la celebración del contrato*».

En su virtud se deslindan dos situaciones que en la versión legislativa anterior se agrupaban bajo un mismo supuesto; en consonancia con lo anterior, se establecen dos puntos temporales distintos en orden a la determinación del *dies a quo* a partir del cual se computa el plazo de caducidad de cuatro años de la acción de nulidad: ya desde la salida de la patria potestad o de la tutela para el supuesto de la minoría de edad, ya en caso de discapacidad sin la concurrencia de las medidas de apoyo necesarias desde la celebración del contrato, una novedad que aporta más seguridad jurídica que la contemplada en la redacción anterior, que tomaba como fecha

inicial del cómputo del plazo la de salida de la tutela, tanto por parte de los menores como de los incapacitados.

Por fin, con relación a los efectos de esta acción, en principio, serían los mismos que los previstos para el caso de la declaración de nulidad absoluta, con las siguientes salvedades:

a) No se aplican las excepciones de restitución en el caso de nulidad proveniente de delito, falta o culpa previstas en los artículos 1305 y 1306 del Código Civil.

b) A tenor de la versión anterior del artículo 1304 del Código Civil, «*cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera*», sobre la base de su consideración como débil jurídico, carente de la suficiente capacidad de obrar.

En la nueva versión del precepto[62], se desdoblan los supuestos de la minoría de edad y de quien está sujeto a medidas de apoyo y prescinde de ellas, si bien con una solución común, cual es la obligación de restitución de lo recibido en cuanto medie un enriquecimiento, con la matización que representa para el segundo de los supuestos contemplado el hecho de que el acreedor de la obligación de restituir conociera de la existencia de las medidas de apoyo al tiempo de contratar o bien obtuviera algún provecho por mor de la situación de discapacidad que resultara una ventaja injusta, en un criterio replicado al establecido en el artículo 1302.3 del Código Civil en sede de legitimación activa de la acción de nulidad, tal como hemos señalado con anterioridad.

Así pues y, por lo que se refiere a la obligación de restituir la cosa objeto del contrato, el nuevo artículo 1304 del Código Civil mantiene tal obligación con el límite del enriquecimiento y establece que la persona con discapacidad no estará obligada a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida cuando la nulidad proceda de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, siempre que 1) el contratante con derecho a la restitución fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación, o 2) se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta.

c) Extinción de la acción en caso de pérdida de la cosa dolosa o culposa debida al legitimado activo para ejercerla, según expresaba el artículo 1314 del Código Civil en su versión anterior cuando disponía que «*También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de estos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquella.*

Si la causa de la acción fuere la incapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a

menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad».

En la nueva versión del precepto, modificado por la necesidad de su adaptación legislativa, se conserva el mismo efecto jurídico extintivo de la acción a propósito del supuesto contemplado —pérdida de la cosa objeto del contrato por dolo o culpa del legitimado para ejercerla—, con dos salvedades ahora ya desdobladas en dos supuestos claramente diferenciados y con una consecuencia común, cual es la prevalencia de la acción en lugar de su extinción[63]: por un lado, la minoría de edad, a menos que la pérdida se hubiera producido mediando culpa o dolo por parte del reclamante tras el alcance de la mayoría de edad; y, por otro, la prescindencia de las medidas de apoyo establecidas para el discapacitado cuando estas fueran precisas, de conocer el otro contratante la existencia de la medidas de apoyo al tiempo de celebrar el contrato, o haberse beneficiado de otra manera de la situación derivada de la discapacidad a través de una ventaja injustificada.

En efecto, el nuevo texto del artículo 1314.3 del Código Civil reza lo siguiente: «*Si la causa de la acción fuera haber prescindido el contratante con discapacidad de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, siempre que el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta*», reproduciendo así las mismas condiciones alternativas previstas en los artículos 1302.3 y 1304 del Código Civil.

Observamos que la escueta redacción de ambos preceptos (1304, 1314) en la versión anterior ha dado paso a preceptos más extensos y complejos, que siguen la huella de los reformados artículos 1302 y 1163 del Código Civil[64], que hemos analizado con antelación. En consecuencia, respecto de los contratos celebrados con personas con discapacidad, el artículo 1304 del Código Civil reduce el privilegio de la restitución al supuesto que la otra parte contratante se aproveche de la discapacidad y obtenga con ello una ventaja injusta, lo que podría poner en cuestión la propia utilidad del artículo 1314, 3, al reiterar la misma idea que subyace implícitamente en el 1304, cual es que la pérdida de la cosa no impide la anulación del contrato únicamente en el caso de que un contratante obtenga una ventaja injusta como consecuencia del provecho obtenido de la situación de discapacidad existente en la otra parte contratante. Todo parece indicar que el artículo 1304 constituye una norma especial respecto al artículo 1314.1, y si bien ambos mantienen un régimen privilegiado en materia restitutoria basado en una circunstancia de la persona como era la incapacidad, tras la reforma se evidencia una contradicción manifiesta[65], toda vez que ahora se regula una situación bien distinta en la que el privilegio conecta más bien con la

operación realizada y el resultado obtenido —ventaja injusta del otro contratante—, lo cual se aleja con creces del nuevo concepto de la discapacidad y del principio de la igualdad de condiciones del discapacitado con relación al resto de las personas, según apuntala con carácter vertebral el artículo 12 de la Convención de 2006.

Así pues y, a modo de colofón en cuanto al régimen de la ineficacia se refiere, podemos señalar que la reforma de la Ley 8/2021 no ha logrado erradicar su rigidez en nuestro ordenamiento jurídico, al no presentar una reforma integral sobre la materia, como lo demuestra el hecho de que sus previsiones resulten más bien escasas. A ello añadiríamos una contradicción que salta a la vista desde una primera aproximación: ¿cómo es posible sostener la responsabilidad de las personas discapacitadas por sus actos propios, en clara sintonía con el espíritu de la Convención de 2006 al implantar el principio de igualdad con relación al resto de las personas y, al unísono, permitirles la anulación del contrato, cual si se tratara de una segunda oportunidad de la que carecen las personas no discapacitadas? Parecería que el espíritu de la nueva regulación quedara en este punto ensombrecido por la concepción asistencial y tuitiva que presidía el régimen jurídico de la incapacitación con anterioridad a la CIDPD.

CONCLUSIÓN

La Convención internacional de Nueva York sobre derechos de las personas discapacitadas supone un cambio de paradigma respecto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, puesto que da por superado el sesgo de la minusvalía que padecen estas personas y la consiguiente limitación de sus derechos, para instaurar el principio de la igualdad de derechos y libertades en relación con las demás personas, sin perjuicio de la necesidad de contar a su favor con las medidas que aseguren el ejercicio de su capacidad jurídica en aras de salvaguardar y preservar sus derechos e intereses.

En su virtud, las personas con discapacidad toman sus propias decisiones, de tal suerte que se sustituye el sistema jurídico anterior asentado en la omisión de la voluntad del discapacitado en la toma de decisiones en los asuntos en los que se hallara involucrado por el de la adopción, con arreglo a los criterios de necesidad y proporcionalidad, de las medidas de apoyo que dicha persona pueda precisar en el ejercicio de su capacidad jurídica, toda vez que la capacidad jurídica no solo implica titularidad de derechos, sino también la correlativa legitimación para ejercerlos.

Ante el compromiso suscrito por los Estados firmantes del Convenio de adaptar la legislación interna a sus postulados, España reforma con la Ley 8/2021 una gran y sustancial parte de su ordenamiento jurídico: el

Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley del Registro Civil, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y el Código de Comercio.

Concretamente en el Código Civil y, en lo que a la teoría general de la obligación *sensu lato* se refiere, destacan las siguientes modificaciones legislativas, merecedoras de nuestro análisis y comentario:

En el ámbito de los sujetos del pago, el apartado correspondiente a la capacidad para efectuar el cobro por parte del *accipiens*.

Dentro de los posibles efectos de las obligaciones y, en sede de responsabilidad civil extracontractual, se implanta la responsabilidad de la persona con discapacidad por los daños causados a otros, como consecuencia de la transgresión del principio romano *neminem laedere*, una nueva realidad jurídica, que constituye, sin lugar a dudas, una de las grandes novedades de la reforma legal, de tal manera que si las personas con discapacidad son sujetos plenamente capaces, del mismo modo son responsables e imputables subjetivamente, tanto en el supuesto de responsabilidad por hecho propio, como de responsabilidad por hecho ajeno.

En lo que respecta al ámbito de la teoría general del contrato, la Ley 8/2021 modifica cuestiones vinculadas con la capacidad contractual, así como con la ineficacia de los contratos, más concretamente lo atinente a la rescisión y nulidad de los contratos.

El nuevo paradigma alimenta la reciente regulación para superar una concepción anterior que asociaba la incapacitación con la ausencia de la suficiente capacidad. El eje que sostiene el nuevo entramado legislativo radica en la adopción de medidas de apoyo para la persona que las precise, una cuestión de fondo que no consiste en una mera variación terminológica formal (incapacidad, incapacitación), cual si de un mero maquillaje exterior se tratara.

Presentamos en este trabajo una comparación entre la legislación anterior y la nueva en las materias del Derecho de obligaciones afectadas por la reforma legislativa mediante un análisis crítico de la Ley 8/2021, a la vez que proponemos como aportación más significativa una exposición, sistematizada y argumentada, *ex novo* y de conjunto, de uno de los tópicos más emblemáticos de su contenido, como es la ineficacia del contrato.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo Español

- Sentencia de 27 de febrero de 1964 *(RJ* 1964, 1152)
- Sentencia de 14 de marzo de 1983 *(RJ* 1983, 1475)

- Sentencia de 22 de diciembre de 1992 *(RJ* 1992, 10642)
- Sentencia de 16 de febrero de 1993 *(RJ* 1993, 774)
- Sentencia de 30 de junio de 1995 *(RJ* 1995, 5272)
- Sentencia de 4 de septiembre de 1995 *(RJ* 1995, 6490)
- Sentencia de 4 de noviembre de 1996 *(RJ* 1996, 7910)
- Sentencia de 27 de febrero de 1997 *(RJ* 1997, 1332)
- Sentencia de 29 de abril de 1997 *(RJ* 1997, 3409)
- Sentencia de 17 de octubre de 1998 *(RJ* 1998, 8377)
- Sentencia de 16 de octubre de 1999 *(RJ* 1999, 7331)
- Sentencia de 14 de marzo de 2000 *(RJ* 2000, 1203)
- Sentencia de 27 de mayo de 2002 *(RJ* 2002, 7251)
- Sentencia de 5 de noviembre de 2008 *(RJ* 2008, 6046)
- Sentencia de 3 de diciembre de 2013 *(RJ* 2013, 8398)
- Sentencia de 10 de enero de 2018 *(RJ* 2018, 156)

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, N. (2021). Se sustituye el primer párrafo del artículo 1163 del Código Civil, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Guilarte Martín-Calero, C.). Aranzadi Thomson Reuters. Navarra, 980-987.

— (2021). El artículo 1263 del Código Civil, en *Comentarios* …, 988-996.

— (2021). Se da nueva redacción al ordinal 1.º, del artículo 1291 del Código Civil, en *Comentarios* …, 997.

— (2021). Se sustituye el segundo párrafo del artículo 1299 del Código Civil, en *Comentarios* …, 998-1004.

— (2021). El artículo 1301 del Código Civil, en *Comentarios* …, 1005-1010.

— (2021). El artículo 1302 del Código Civil, en *Comentarios* …, 1011-1021.

— (2021). El artículo 1304 del Código Civil, en *Comentarios* …, 1022-1023.

— (2021). El segundo párrafo del artículo 1314 del Código Civil, en *Comentarios* …, 1024-1026.

— (2021). Se modifica el tercer párrafo del artículo 1903 del Código Civil y se añade un párrafo cuarto, en *Comentarios* …, 1063-1067.

AA.VV. (2016). *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006/2016: una década de vigencia*. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), Madrid.

— (2022). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. M.ª Paz García Rubio; M.ª Jesús Moro Almaraz. Coord. Ignacio Varela Castro). Civitas. Thomson Reuters, Cizur.

— (2021). *Curso de Derecho civil I. Derecho de la persona*. (coord. F.J. Sánchez Calero). Tirant lo Blanch, Valencia.

BETTI, E. (1969). *Teoria generale delle obligación*. (trad. de J.L. de los Mozos). Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

— (2018). *Teoría general del negocio jurídico*. Dykinson, Madrid.
CARRASCO PERERA, A. (2016). *Lecciones de Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*. 2.ª ed. Tecnos, Madrid.
CASTÁN TOBEÑAS. J. (2008, 1995). *Derecho civil español, común y foral*. Tomos 3 y 4. Reus, Madrid.
— (1966). *La socialización. Sus aspectos y horizontes actuales*. Estudios de Derecho núm. 69, 5 y sigs., en https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/335895 (consultado con fecha 17/06/2022).
CERVILLA GARZÓN, M.ª D. (2020). *Una mirada al derecho civil*. Tirant lo Blanch, Valencia.
CRISTÓBAL MONTES, A. (1986). *El pago o cumplimiento de las obligaciones*. Tecnos, Madrid.
DE CASTRO Y BRAVO, F. (1966). *Compendio de Derecho Civil. I. Introducción al Derecho Civil. II-1. Derecho de la Persona*. 3.ª ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
— (2016). *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid.
DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1993). Comentario a los artículos 1300 a 1314, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II (dirs. Paz-Ares Rodríguez, C.; Bercovitz, R.; Díez-Picazo, L.; Salvador Coderch, P.). Ministerio de Justicia. Madrid, 541-571.
DE LOS MOZOS, J.L. (1998). *El negocio jurídico*. Montecorvo, Madrid.
DE PAULA BLASCO GASCÓ, F. (2017). *Instituciones de Derecho Civil. Doctrina General de las Obligaciones*. Tirant lo Blanch, Valencia.
— (2017). *Instituciones de Derecho Civil. Doctrina General de los Contratos*. Tirant lo Blanch, Valencia.
DE SALAS MURILLO, S. (2021). *La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos*. Diario La Ley, núm. 9841. En línea: La Ley digital 4322/201, 1-9.
DÍEZ-PICAZO, L. (1979). *La representación en el Derecho privado*. Civitas, Madrid.
DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. (2017). *Sistema de Derecho civil*, II-1 y II-2. 11.ª ed. reimpr. Tecnos, Madrid.
— (2011). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V, La responsabilidad civil extracontractual*. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor.
FLUME, W. (1998). *El negocio jurídico*. Visor, Madrid.
GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil. *Revista de Derecho Civil,* vol. 5, núm. 3, julio-septiembre, 173-197.
— (2021). *Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Sepin, 1 y sigs.
GHESTIN, J. (1980). *Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contrat*. Vol. II. Librairie Général de Législation et de Jurisprudence, Paris.
GIORGI, J. (1928). *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*. Reus, S.A., Madrid.
LAUROBA LACASA, M.E. (2021). Se sustituye el primer párrafo del artículo 1163 del Código Civil, en *Comentarios* …, 980-987.

LINACERO DE LA FUENTE, M. (2022). *Derecho de la persona y de las relaciones familiares*. Tirant lo Blanch, Valencia.

LÓPEZ BARBA, E. (2020). *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*. Dykinson, Madrid.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). El apoyo notarial a la persona discapacitada en la ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica. *El Notario del siglo XXI,* núm. 97, 36-41.

MEDINA CRESPO, M. (2007). *Responsabilidad civil extracontractual: La articulación refundida de sus disciplinas divergentes*, en F. Reglero Campos y M.J. Herrador Guardia. VII Congreso Nacional. Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Ponencias. Úbeda. Noviembre 2007. Sobre la responsabilidad Civil y su Prueba. Sepín. Madrid, 19-55.

MÉLICH ORSINI, J. (2000). *El pago*. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas.

MERINO HERNÁNDEZ, J.L. (2020). La reforma pendiente del Código Civil en materia de discapacidad, en *Una visión caleidoscópica de la justicia social en los albores del siglo XXI* (coords. Bernad Mainar, R.; Tenas Alós, M.A.). Colección Koiné núm. 3. Ediciones Universidad San Jorge. Villanueva de Gállego, 33 y sigs.

MESSINEO, F. (1959). *Manual de Derecho civil y comercial I*. (trad. de S. Sentís Melendo), Milano.

MORENO QUESADA, B. (1995). Comentarios a los artículos 1290 a 1299. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirs. M. Albaladejo; S. Díaz Alabart). XVII, 2.º, 2.ª edición. Edersa. Madrid, 76 y sigs.

MORENO QUESADA, L. y otros. (2018). *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos*. Tirant lo Blanch, Valencia.

MUÑIZ ESPADA, E. (2020). Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad. *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 111, 277-325.

PANTALEÓN DÍAZ, M. (2020). La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: reformas pendientes, en https://almacendederecho.org. 9 de enero, 1-12.

PANTALEÓN PRIETO, F. (2021). ¿Otra vez la consumación? Perseverare diabolicum (II). *Almacén de Derecho,* 8 de abril, en https://almacendederecho.org/otra-vez-la-consumacion-perseverare-diabolicum-ii (consultado con fecha 30 de junio de 2022).

PAU PEDRÓN, A. (2018). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil. *Revista de Derecho Civil,* vol. 5, núm. 3, julio-septiembre, 5 y sigs.

PEREÑA VICENTE, M.; HERAS HERNÁNDEZ, M.M.; NÚÑEZ NÚÑEZ, M. (2022). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Tirant lo Blanch, Valencia.

RECOVER BALBOA, T. (2020). *La igual capacidad jurídica y los apoyos a la toma de decisiones: una reforma inaplazable*, en *Nuevos horizontes en el Derecho a la Discapacidad: hacia un Derecho inclusivo* (dir. A.L. Martín-Pujalte). Aranzadi. Thomson Reuters. Navarra, 159-178.

TENA PIAZUELO, I. (2012). Derecho civil español: entre lo permanente y su constitucionalización. *Nuevo Derecho,* vol. 8, núm. 10, enero-junio 2012, 65-75.
TORIBIOS FUENTES, F. (2021). El artículo 760 LEC, en *Comentarios* …, 1167.
TORRES COSTA, M.E. (2020). *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Colección Derecho Privado, Madrid.
WEILL, A., TERRÉ, F. (1980). *Droit Civil- Les Obligations*. 3.ª. ed. Dalloz, Paris.
YZQUIERDO TOLSADA, M. (2021). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. 7.ª ed. Dykinson, Madrid.

NOTAS

[1] Con relación al artículo 12 de la Convención, TORRES COSTA, M.E. (2020). *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Colección Derecho Privado, Madrid.

[2] En torno a la personalización y patrimonialización del Derecho civil, TENA PIAZUELO, I. (2012). *Derecho civil español: entre lo permanente y su constitucionalización*. Nuevo Derecho, vol. 8, núm. 10, enero-junio, 65 y sigs.

[3] Al respecto, CERVILLA GARZÓN, M.ªD. (2020). *Una mirada al derecho civil*. Tirant lo Blanch. Valencia, 207-212.

[4] CASTÁN TOBEÑAS, J. La socialización. Sus aspectos y horizontes actuales. *Estudios de Derecho,* núm. 69. 1966, 5 y sigs., en https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/335895 (consultado con fecha 17 de junio de 2022).

[5] AA.VV. (2016). *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2006/2016: una década de vigencia*. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), Madrid.

[6] Así, por ejemplo, la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal; la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro; la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos; la Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo; el Texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; la Ley 16/2003, de 28 de mayo de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas; la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar; la Ley 49/2007, de 26 de diciembre,

de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

[7] RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas discapacitadas y de su inclusión social; la reforma operada en el Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo; la nueva legislación surgida en sede de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio); la LO 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado; e, incluso, la LO 2/2018, de 5 de diciembre, que modifica la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

[8] Así, por ejemplo, ha efectuado rectificaciones al ordenamiento civil de Austria en 2013; en 2014 a Suecia; en 2015 a Alemania. Del mismo modo también ensalzó en 2015 la incorporación en Italia de la figura del curador, al igual que en 2017 ponderaba entusiastamente la regulación francesa, al entenderla plenamente consecuente con el texto y el espíritu de la Convención. Precisamente será el modelo francés el que ha inspirado, cuando menos parcialmente, la reforma practica en el Código Civil español.

[9] Disposición adicional séptima. Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones.

[10] Sesiones del mencionado Comité celebradas entre los días 19-23 de septiembre de 2011.

[11] En este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 29/04/2009, precursora de otras posteriores.

[12] MERINO HERNÁNDEZ, J.L. (2020). La reforma pendiente del Código Civil en materia de discapacidad, en *Una visión caleidoscópica de la justicia social en los albores del siglo XXI* (Coord. Bernad Mainar, R.; Tenas Alós, M.A.). Colección Koiné núm. 3. Ediciones Universidad San Jorge. Villanueva de Gállego, 33 y sigs.

[13] Disposición final tercera de la Ley.

[14] La *mens legislatoris* parte de la consideración de cuatro tipos de discapacidad (intelectual, cerebral, física y sensorial), de la misma manera que, con base en el artículo 12 de la Convención de Nueva York, supera la dualidad tradicional que deslinda capacidad jurídica/capacidad de obrar, toda vez que todo ser humano cuenta con plena capacidad jurídica, al margen de su ejercicio, con lo que la noción de capacidad de obrar ya no existiría como tal. Este cambio de paradigma se traduce también en la terminología, puesto que ya no se habla de incapacitado, sino de discapacitado; las nociones de tutela y curatela no se identifican con sus campos y escenarios anteriores; así como la idea de representación, salvo en los casos más severos de discapacidad, cede paso al concepto de ayuda o apoyo.

[15] PAU PEDRÓN, A. (2018). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil. *Revista de Derecho Civil,* Vol. 5, núm. 3, julio-septiembre de 2018, 5 y sigs.

[16] PEREÑA VICENTE, M.; HERAS HERNÁNDEZ, M.M.; NÚÑEZ NÚÑEZ, M. (2022). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio.* Tirant lo Blanch, Valencia.

[17] Así, el artículo 1.º modifica la Ley del Notariado; el artículo 2.º modifica el Código Civil; el artículo 3.º reforma la Ley Hipotecaria; el artículo 4.º reforma la Ley de Enjuiciamiento Civil; el artículo 5.º modifica la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; el artículo 6.º reforma la Ley del Registro Civil; el artículo 7.º reforma la Ley de Jurisdicción Voluntaria; por fin, el artículo 8.º reforma el Código de comercio.

[18] Un desarrollo del contenido de la teoría de la obligación en CARRASCO PERERA, A. (2016). *Lecciones de Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*. 2.ª ed. Tecnos, Madrid; CASTÁN TOBEÑAS. J. (2008, 1995). *Derecho civil español, común y foral*. Tomos 3 y 4. Reus, Madrid; DE PAULA BLASCO GASCÓ, F. (2017).

Instituciones de Derecho Civil. Doctrina General de las Obligaciones. Tirant lo Blanch, Valencia, *Instituciones de Derecho Civil. Doctrina General de los Contratos*. Tirant lo Blanch, Valencia; DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. (2017). *Sistema de Derecho civil*, II-1 y II-2. 11.ª ed. reimpr. Tecnos, Madrid; MORENO QUESADA, L. y otros. (2018). *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Contratos y Responsabilidad por Hechos Ilícitos*. Tirant lo Blanch, Valencia; GHESTIN, J. (1980). *Traité de Droit Civil. Les obligations. Le contrat*. Vol. II. Librairie Général de Législation et de Jurisprudence, Paris; WEILL, A; TERRÉ, F. (1980). *Droit Civil- Les Obligations*. 3.ª. ed. Dalloz, Paris.

[19] Al respecto, MÉLICH ORSINI, J. (2000). *El pago*. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Caracas, 85-124; CRISTÓBAL MONTES, A. (1986). *El pago o cumplimiento de las obligaciones*. Tecnos. Madrid, 41-87.

[20] LAUROBA LACASA, M.E. (2021). *Se sustituye el primer párrafo del artículo 1163 del Código Civil*, en Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (Dir. Guilarte Martín-Calero, C.). Aranzadi Thomson Reuters. Navarra, 980-987.

[21] VARELA CASTRO, I. Artículo 1163, I, en A.A.V.V. (2022). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. (dirs. M.ª Paz García Rubio; M.ª Jesús Moro Almaraz. Coord. Ignacio Varela Castro). Civitas. Thomson Reuters. Cizur, 620.

[22] RECOVER BALBOA, T. (2020). *La igual capacidad jurídica y los apoyos a la toma de decisiones: una reforma inaplazable*, en *Nuevos horizontes en el Derecho a la Discapacidad: hacia un Derecho inclusivo* (dir. A.L. Martín-Pujalte). Aranzadi. Thomson Reuters. Navarra, 159-178.

[23] En este sentido se manifiestan, respectivamente, los artículos 5 y 12,5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006.

[24] Precisamente y, para mantener la coherencia del sistema, la reforma de la Ley 8/2021 también abarca algunos preceptos del Código penal en sede de responsabilidad civil derivada del ilícito penal cuando dicha responsabilidad recae sobre persona distinta del autor del delito (primer párrafo de la regla 1.ª del art. 118, y art. 120, 1.º).

[25] PANTALEÓN DÍAZ, M. (2020). *La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: reformas pendientes*, en https://almacendederecho.org. 9 de enero, 1-12.

[26] RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. *Artículo 299*, en AA.VV. (2022). *Op. Cit*, 477 y sigs.

[27] Aunque sistemáticamente hubiera sido más convenientemente la inserción de este precepto en sede de responsabilidad civil extracontractual (Libro IV), no se habría querido interferir en la reforma pendiente y en proceso de los artículos 1902 y sigs. del Código Civil Al respecto, GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil. *Revista de Derecho Civil,* vol. 5, núm. 3, julio-septiembre, 193.

[28] ÁLVAREZ LATA, N. (2021). Se modifica el tercer párrafo del artículo 1903 del Código Civil y se añade un párrafo cuarto, en *Comentarios* …, 1063-1067.

[29] Al respecto, artículos 268 y 269 del Código Civil, contentivos de las disposiciones generales en torno a la curatela, incluida la representativa.

[30] Al respecto, tener en cuenta el artículo 249, 1 del Código Civil.

[31] MEDINA CRESPO, M. (2007). *Responsabilidad civil extracontractual: La articulación refundida de sus disciplinas divergentes*, en F. Reglero Campos y M.J. Herrador Guardia. VII Congreso Nacional. Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Ponencias. Úbeda. Noviembre de 2007. Sobre la Responsabilidad Civil y su Prueba. Sepín. Madrid, 19-20.

[32] Sobre el negocio jurídico en particular, DE CASTRO Y BRAVO, F. (2016). *El negocio jurídico*. Civitas, Madrid; FLUME, W. (1998). *El negocio jurídico*. Visor, Madrid; DE LOS MOZOS, J.L. (1998). *El negocio jurídico*. Montecorvo, Madrid; BETTI, E. (2018). *Teoría general del negocio jurídico*. Dykinson, Madrid.

[33] Parágrafos 104-185 del B.G.B. alemán. Otros Códigos civiles también incorporan en su seno la regulación del negocio jurídico, tal como el portugués (arts. 217-294), o el brasileño (arts. 104-185). El Código Civil y comercial argentino contempla la regulación de los hechos y actos jurídicos (arts. 257 y sigs.).

[34] CARNELUTTI, BETTI, FALZEA, DI MAJO, entre otros, a pesar de la opinión en contra de MESSINEO que considera que se trata de un concepto equívoco, pues tanto alude, en algunos casos, a la falta del poder de disposición, como en otros a supuestos de incompatibilidad para contratar. En este sentido, ver artículo 383 del Código Civil italiano

[35] Versión modificada con motivo de la Ley de 28/07/2015 de protección a la infancia y a la adolescencia.

[36] Es posible que la ley exija un requisito específico de capacidad para celebrar cierto tipo de contratos, tal como sucede con el poder de disposición en los contratos traslativos del dominio (compraventa, permuta, donación).

[37] MESSINEO nos habla de incompatibilidades, en *Manual de Derecho civil y comercial I*. Trad. de S. Sentís Melendo. Milano. 1959, pág. 90, mientras que BETTI considera que se trata de un caso particular de falta de legitimación para contratar, en *Teoria generale delle obligación*. Trad. de J.L. de los Mozos, Madrid, 1969, tomo I, 228.

[38] ÁLVAREZ LATA, N. (2021). El artículo 1263 del Código Civil, en *Comentarios* …, 988-996; TORIBIOS FUENTES, F. (2021). El artículo 760 LEC, en *Comentarios* …, 1167.

[39] El artículo 1297 del Código Civil presume el fraude de acreedores en determinados contratos, gratuitos y onerosos.

[40] ÁLVAREZ LATA, N. (2021). *Se da nueva redacción al ordinal 1.º, del artículo 1291 del Código Civil*, en Comentarios …, 997.

[41] GARCÍA RUBIO, M.P. (2021). *Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Sepin, 5.

[42] MORENO QUESADA, B. (1995). Comentarios a los artículos 1290 a 1299. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirs. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart). XVII, 2.º, 2.ª edición. Edersa. Madrid, 180.

[43] DÍEZ-PICAZO, L. (1979). *La representación en el Derecho privado*. Civitas. Madrid, 101.

[44] ÁLVAREZ LATA, N. (2021). Se sustituye el segundo párrafo del artículo 1299 del Código Civil, en *Comentarios* …, 998-1004.

[45] Con relación a la extinción de la medida representativa de apoyo a los efectos de la determinación del *dies a quo* del plazo de ejercicio de la acción rescisoria, procede entender que se refiere a la extinción de la curatela representativa en cuya virtud se ha celebrado el contrato, y no la extinción de cualquier otra medida de apoyo que se hubiera podido ejercitar. Al respecto, GARCÍA RUBIO, M.P. Artículo 1299, II., en AA.VV. (2022). *Op. cit*., 636.

[46] Algunos criterios para deslindar la nulidad total de la parcial podrían ser la importancia de la anomalía que afecta al contrato, de modo que si aquella afectó determinantemente en la configuración de la voluntad contractual sería un indicio de nulidad total, mientras que, en caso contrario, hablaríamos de nulidad parcial; también podría ayudarnos en la labor el mantenimiento o no de la finalidad perseguida por las partes al contratar pues, si la voluntad expresa de las partes contraviene la finalidad perseguida por el legislador, estaríamos en presencia de un supuesto de nulidad total mientras que, si así no lo fuera, la nulidad sería parcial y afectaría solamente a la cláusula afectada pero no a la totalidad del contrato.

[47] La nulidad radical opera automáticamente, *ipso iure*, puede ser declarada de oficio por los tribunales sin petición expresa de parte (STS de 14 de marzo de 1983, *RJ* 1983, 1475); eso sí, solo en caso de infracciones claras y terminantes de un precepto legal (STS de 3 de diciembre de 2013, *RJ* 2013, 8398).

[48] Destaca el hecho de que con motivo de la Ley 8/2021 no se haya aprovechado la ocasión para eliminar la referencia a la falsedad de la causa como causa de anulabilidad autónoma, al poderse ver acogida dentro de la noción genérica de error, en su modalidad

de error en los motivos incorporados a la causa. Sobre el particular, DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1993). *Comentario a los artículos 1300 a 1314*, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II (dirs. Paz-Ares Rodríguez, C.; Bercovitz, R.; Díez-Picazo, L.; Salvador Coderch, P.). Ministerio de Justicia. Madrid, 546.

[49] ÁLVAREZ LATA, N. (2021). El artículo 1301 del Código Civil, en *Comentarios* …, 1005-1010.

[50] MÉLICH ORSINI, J. (1993). *Doctrina general del contrato*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 311 y 312.

[51] Solo cabe esgrimirla por vía de acción, y no de excepción (STS de 22 de diciembre de 1992, *RJ* 1992, 10642; 16 de octubre de 1999, *RJ* 1999, 7331).

[52] ÁLVAREZ LATA, N. (2021). El artículo 1302 del Código Civil, en *Comentarios* …, 1011-1021.

[53] GARCÍA RUBIO, M.P.; VARELA CASTRO, I. *Artículo 1302.*, en AA.VV. (2022). *Op. cit*., 648.

[54] LÓPEZ BARBA, E. (2020). *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*. Dykinson. Madrid, 110.

[55] MUÑIZ ESPADA, E. (2020). Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad. *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 111, 277-325.

[56] Sobre el control por el notario de la capacidad de la persona y de su función en el diseño de las medidas de apoyo, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *El apoyo notarial a la persona discapacitada en la ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica. El Notario del siglo XXI,* núm. 97, 36-41.

[57] DE SALAS MURILLO, S. (2021). *La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos*. Diario La Ley, núm. 9841. En línea: La Ley digital 4322/201, 2.

[58] DE SALAS MURILLO, S. (2021). *Op. cit*., 4.

[59] GARCÍA RUBIO, M.P.; VARELA CASTRO, I. *Artículo 1302.*, en AA.VV. (2022). *Op. cit*., 667.

[60] Aun así, en caso de nulidad relativa por vicio del consentimiento, tanto la doctrina —GHESTIN, MAZEAUD— como la jurisprudencia francesa sostienen que, en aras de la seguridad jurídica, la acción prescribe a los diez años (5 años, ex artículo 1964 del Código Civil español) desde la celebración del contrato, aunque el error y el dolo no hubieran sido descubiertos, ni la violencia hubiera cesado. Todo ello, evidentemente, siempre que no concurriera una causal de interrupción del cómputo de dicho plazo (arts. 1973 y 1974 CC).

[61] De manera incomprensible, a nuestro juicio, se mantiene como *dies a quo* del cómputo del plazo en este caso la fecha de consumación del contrato en lugar de incluir la fecha en la que quien sufre el vicio del consentimiento conoce o debiera conocer haberlo padecido al tiempo de contratar. En este sentido, PANTALEÓN PRIETO, F. (2021). ¿Otra vez la consumación? Perseverare diabolicum (II). *Almacén de Derecho,* 8 de abril, en https://almacendederecho.org/otra-vez-la-consumacion-perseverare-diabolicum-ii (consultado con fecha 30 de junio de 2022).

[62] Artículo 1304 del Código Civil: «*Cuando la nulidad proceda de la minoría de edad, el contratante menor no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida. Esta regla será aplicable cuando la nulidad proceda de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, siempre que el contratante con derecho a la restitución fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta*». Al respecto, ÁLVAREZ LATA, N. (2021). El artículo 1304 del Código Civil, en *Comentarios* …, 1022-1023.

[63] Artículo 1314 del Código Civil: «*También se extinguirá la acción de nulidad de los contratos cuando la cosa, objeto de estos, se hubiese perdido por dolo o culpa del que pudiera ejercitar aquella.*

Si la causa de la acción fuera la minoría de edad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber alcanzado la mayoría de edad.

Si la causa de la acción fuera haber prescindido el contratante con discapacidad de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, siempre que el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta». En este sentido, ÁLVAREZ LATA, N. (2021). El segundo párrafo del artículo 1314 del Código Civil, en *Comentarios* …, 1024-1026.

[64] VARELA CASTRO, I. *Artículo 1304. Artículo 1314*, en AA.VV. (2022). *Op. cit*., 671.

[65] VARELA CASTRO, I. *Artículo 1304. Artículo 1314*, en AA.VV. (2022). *Op. cit*., 676.

(Trabajo recibido el 6 de abril de 2022 y aceptado para su publicación el 6 de junio de 2022)

DICTÁMENES Y NOTAS

La renuncia anticipada a la legítima y la renuncia anticipada a la herencia y al «*ius delationis*»

The early renounce to the inheritance and the early renounce to the reserved portion or to the «ius delationis»

Por

M.ª DOLORES RUIZ-RICO ARIAS
Abogada-Investigadora

RESUMEN: El presente trabajo pretende analizar un tema polémico y es el relativo a si se puede renunciar anticipadamente a la legítima, a la herencia y al *«ius delationis».* Para ello, y tomando como referencia la renuncia efectuada por el Rey Felipe VI, realizamos un examen de los artículos del Código Civil y de sus diferentes interpretaciones doctrinales relativas a la renuncia de la legítima, de la herencia y del «*ius delationis*», para determinar si es viable encontrar una fundamentación legal a la posibilidad de renunciar o no anticipadamente a estos derechos.

ABSTRACT: The present work aims to analyze a controversial issue and it is related to the possibility of an early renounce to the inheritance, to the reserved portion, called «legítima» in Spanish, or to the «ius delatonis». For this, and taking as a reference the resignation made by King Felipe VI, we conduct an examination of the articles of the Civil Code and its different

doctrinal interpretations related to the resignation of the reserved portion, the inheritance and the «ius delationis», in order to determine if it is feasible to find a legal basis for the possibility of waiving these rights in advance or not.

PALABRAS CLAVE: Renuncia anticipada. Legítima. Herencia. *Ius delationis*. Artículo 816 del Código Civil. Artículo 991 del Código Civil. Artículo 1006 del Código Civil. Renuncia Rey Felipe VI.

KEY WORDS: Early resignation. Reserved portion. Legítima. Inheritance. Ius delationis. Article 816 Civil Code. Article 991 Civil Code. Article 1006 Civil Code. King Felipe VI resigns.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SOBRE EL ARTÍCULO 816 DEL CÓDIGO CIVIL COMO OBSTÁCULO A LA RENUNCIA ANTICIPADA A LA HERENCIA. LA REFERENCIA DEL ARTÍCULO 1271 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. Introducción. 2. Fundamento o razón de ser de la prohibición: *A) La conexión entre el artículo 816 del Código Civil y la prohibición de contratos sucesorios del artículo 1271 del Código Civil. B) La futuridad del objeto de la renuncia, o la posible ignorancia del contenido de lo renunciado, como posibles fundamentos de la norma. C) Conclusiones provisionales: imposibilidad de encontrar un fundamento coherente a la renuncia unilateral abdicativa de la legítima futura. La conveniencia de encontrar distinto fundamento a los casos de renuncias unilaterales respecto de los contratos o pactos sucesorios. .D) El sentido de la expresión «transacción sobre legítima futura». E) La renuncia abdicativa unilateral: ¿debe estar excluida del ámbito del artículo 816 del Código Civil?* 3. Las alternativas a la renuncia plena a la legítima: otras posibles «renuncias» y su posible licitud. 4. La naturaleza de la nulidad prevista en el artículo 816 del Código Civil.—III. SOBRE EL ARTÍCULO 991 DEL CÓDIGO CIVIL COMO POSIBLE OBSTÁCULO A LA POSIBILIDAD DE RENUNCIAR ANTICIPADAMENTE A LA HERENCIA FUTURA, O DE RENUNCIA ANTICIPADA AL *IUS DELATIONIS*: 1. Introducción sobre el sentido del artículo 991 del Código Civil: *A) La conexión entre el artículo 991 del Código Civil y la posibilidad de invalidar una aceptación/repudiación por vicio del consentimiento (error). B) La conexión entre el artículo 991 del Código Civil y el* dies a quo *para el cómputo de los plazos para aceptar/repudiar y para ejercitar la acción de petición de herencia. C) Rechazo de otras posibles interpretaciones. D) ¿Es el artículo 991 del Código Civil una norma con finalidad invalidatoria de una renuncia anticipada a una futura herencia?* 2. Sobre la posibilidad de renuncia a una herencia de causante ya

FALLECIDO PERO AÚN NO DEFERIDA AL RENUNCIANTE.—IV. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1006 DEL CÓDIGO CIVIL COMO HIPOTÉTICO OBSTÁCULO A LA RENUNCIA ANTICIPADA A LA HERENCIA. SOBRE EL *IUS DELATIONIS* Y SU POSIBLE RENUNCIA: 1. PROBLEMAS DE TÉCNICA JURÍDICA DEL ARTÍCULO 1006 DEL CÓDIGO CIVIL, Y DEMÁS PRECEPTOS CONCORDANTES. 2. NUESTRA POSICIÓN ACERCA DEL SENTIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 1006 DEL CÓDIGO CIVIL. 3. SOBRE LA POSIBILIDAD DE RENUNCIAR AL *IUS DELATIONIS* SIN QUE ELLO SUPONGA UNA RENUNCIA O REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA. 4. EL ARTÍCULO 1006 DEL CÓDIGO C*IVIL NO SUPONE UNA LIMITACIÓN A LA FACULTAD DE DISPONER Y RENUNCIAR AL IUS DELATIONIS.*—V. CONCLUSIONES SOBRE LA POSIBILIDAD DE RENUNCIA ANTICIPADA A LA HERENCIA FUTURA, O DE RENUNCIA AL *IUS DELATIONIS* ANTES DEL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE Y LA APERTURA DE LA SUCESIÓN HEREDITARIA.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos planteamos toda una serie de cuestiones relacionadas con la posibilidad de renuncia unilateral —no bilateral— *anticipada* a la herencia futura y/o a la legítima futura, o a los derechos que le pudieran corresponder en una herencia futura, por parte de quien se ve, en un futuro más o menos inmediato, en la tesitura de ser llamado a una herencia o a la legítima de un pariente próximo, y desea manifestar su voluntad de no adquirir, antes de recibir un llamamiento a tal fin, el derecho o derechos que le corresponderían, en caso de cumplirse todas las condiciones legales y testamentarias para ostentarlo.

En nuestro país hemos tenido recientemente un ejemplo extraordinario de este fenómeno, con la manifestación de nuestro rey Felipe VI, efectuada al parecer ante notario, de renunciar anticipadamente a la legítima/herencia que le pudiera corresponder en el futuro en la sucesión hereditaria de su padre Juan Carlos I, como consecuencia del posible origen ilícito, o al menos dudoso jurídica y fiscalmente, de buena parte de su patrimonio, así como renunciar anticipadamente a otros derechos futuros que le pudieran corresponder. Los términos exactos de la renuncia, publicados por la Casa Real en los distintos medios de comunicación, son los siguientes (reproducimos la parte esencial del documento a los efectos que aquí interesan):

«Ante las informaciones referidas a S.M. el rey Don Juan Carlos, aparecidas hasta la fecha en distintos medios de comunicación, la Casa de S.M. el rey quiere hacer constar:

1. Que en su discurso de proclamación ante las Cortes Generales el 19 de junio de 2014 S.M. el rey dijo lo siguiente: «La Corona debe velar por la dignidad de la Institución, preservar su prestigio y observar una conducta íntegra, honesta y transparente…

2. Que en coherencia con las palabras pronunciadas en su discurso de proclamación y con la finalidad de preservar la ejemplaridad de la Corona, S.M. el rey quiere que sea conocido públicamente que S.M. el rey Don Juan Carlos tiene conocimiento de su decisión de renunciar a la herencia de Don Juan Carlos que personalmente le pudiera corresponder, así como a cualquier activo, inversión o estructura financiera cuyo origen, características o finalidad puedan no estar en consonancia con la legalidad o con los criterios de rectitud e integridad que rigen su actividad institucional y privada y que deben informar la actividad de la Corona…».

Es evidente que este hecho tan importante ha puesto bajo los focos una cuestión hasta ahora poco tratada, y dada por supuesta en su alcance por buena parte de la doctrina civilista.

Llamamos la atención desde el inicio que *no nos vamos a referir a los supuestos*, más frecuentes en la práctica de los Tribunales (seguramente por ser más problemáticos), *de renuncias contenidas en acuerdos bilaterales o plurilaterales* entre quien será futuro causante y quien o quienes serían sus legitimarios futuros o herederos futuros, así como a los posibles acuerdos suscritos entre dos o más de estos últimos, o entre estos y terceros distintos del causante o testador. Aunque obviamente no tendremos más remedio que hacer referencia a ellos en diversos momentos de este trabajo.

Es sabido que buena parte de la doctrina, y alguna jurisprudencia, son partidarios de denegar la posibilidad de la renuncia anticipada a la herencia o la renuncia a la legítima futura. Para ello se apoyan sin duda en el artículo 816 del Código Civil, en principio muy claro y explícito en su redacción, así como en artículos como el artículo 991 del Código Civil, que establece la necesidad, para poder optar entre aceptar o repudiar, de estar cierto de la muerte del causante y de su derecho a la herencia. Sin olvidar finalmente los artículos 1000 y 1006 del Código Civil, ya en el ámbito del llamado *«ius delationis»* y las aceptaciones y repudiaciones de derechos hereditarios.

Nos planteamos en este trabajo el sentido y alcance real de dichos preceptos legales, su verdadero fundamento o *ratio*, así como las razones que pueden abonar el que sea en principio inválida cualquier manifestación de renuncia unilateral anticipada a la herencia o a la legítima, como parecen indicar los preceptos legales citados, sobre todo el artículo 816 del Código Civil sobre renuncia a la legítima.

Entendemos que debe servir como punto de referencia, en el inicio de este análisis, el dato muy relevante del alcance del artículo 6.2 del Código Civil respecto de la renuncia de derechos y de exclusión voluntaria de la ley aplicable.

Es llamativo que una buena parte de la doctrina, coincidente en algunos casos con quienes defienden la anterior posición sobre la inviabilidad de la renuncia previa a la herencia o a la legítima, frente a este planteamiento, no pone objeciones a la hora de defender la licitud de la renuncia a meras expectativas de derechos, derechos en formación, o derechos futuros o ajenos[1].

Esta primera reflexión nos lleva a poner en cuestión la posición mayoritaria, o al menos a establecer las correspondientes distinciones o matizaciones, tratando de encontrar las razones para un trato tan diferenciado, de unos y otros supuestos. En realidad, al plantearnos la posibilidad de renuncia a una herencia o legítima futura, o renuncia anticipada a la herencia futura, en cualquiera de sus posibilidades, que luego veremos, lo que nos preguntamos es lo siguiente: estando permitido sin problema, en opinión de la práctica totalidad de la doctrina, la renuncia a expectativas de derecho o derechos futuros, ¿qué es lo que podría justificar la ineficacia de la renuncia anticipada a la expectativa hereditaria futura?

Desde esta perspectiva, lo que habría que asumir es que *solo una razón muy poderosa* debe ser lo que justifique la imposibilidad de renunciar a una herencia futura (ya sea herencia voluntaria, ya sea derecho de legítima), por contraste con lo que sucede con el resto de derechos futuros o expectativas.

Para obtener conclusiones adecuadas en esta cuestión, parece conveniente comenzar con el análisis del artículo 816 del Código Civil, que es el que más explícitamente prohíbe la renuncia a derechos hereditarios futuros, aquí, la legítima.

II. SOBRE EL ARTÍCULO 816 CÓDIGO CIVIL COMO OBSTÁCULO A LA RENUNCIA ANTICIPADA A LA HERENCIA. LA REFERENCIA DEL ARTÍCULO 1271 DEL CÓDIGO CIVIL

1. Introducción

Así pues, el primer paso que debemos dar, para resolver las dudas planteadas sobre la renuncia anticipada a la herencia futura (a una delación futura) pasa por examinar el verdadero alcance de la única norma que de manera explícita asigna el efecto de la nulidad de pleno derecho a la renuncia a la legítima futura. Por tanto, nos planteamos a continuación la trascendencia que, en este debate sobre la posibilidad de renuncia anticipada

a la herencia en general, tiene el artículo 816 del Código Civil respecto de la legítima y su renunciabilidad.

Reiteramos que nuestro planteamiento concierne exclusivamente a las posibilidades de la renuncia abdicativa unilateral, decidida libremente por el sujeto renunciante. Eso significa dejar fuera del debate la posibilidad de una renuncia que se halle integrada dentro de un acuerdo más amplio, como, por ejemplo, dentro de un pacto sucesorio entre causante y legitimario, o de una donación de bienes efectuada por el causante como anticipo de un derecho hereditario futuro, o de un acuerdo transaccional con la legítima como objeto directo o indirecto del mismo. Ello no impide, sin embargo, que nos refiramos a estas situaciones por su conexión con la cuestión planteada.

Igualmente, tampoco nos planteamos esa renuncia dentro de un acuerdo de partición total o parcial *inter vivos* entre causante y herederos o legitimarios, conforme a las pautas de los artículos 1271 y 1056 del Código Civil, habida cuenta que este tipo de negocios están autorizados expresamente en el Derecho común español (aunque no sería así seguramente respecto de la renuncia a una legítima futura incluida dentro de ese más amplio acuerdo particional, que se regiría por las mismas pautas que la renuncia pactada en contrato).

Por lo pronto, si tomamos como referencia el Derecho comparado, llegaremos a una primera conclusión, y es que la norma del artículo 816 del Código Civil constituye una cierta excepción en relación a otros Derechos u ordenamientos jurídicos.

Así, dentro de España, son muchos los Derechos históricamente forales que consideran válidas las renuncias anticipadas a la porción de legítima futura del legitimario, con especial referencia a las contenidas en pactos o acuerdos entre causante (futuro) y legitimarios (futuros)[2].

Fuera de España, también es relativamente habitual permitir la renuncia, o al menos suavizar la prohibición para dar entrada a más posibilidades que las previstas en el Código Civil español[3].

2. Fundamento o razón de ser de la prohibición

Resulta fundamental, como cuestión previa, resolver el problema del fundamento o *ratio* del artículo 816 del Código Civil, en cuanto que, indudablemente, el examen y las conclusiones que al respecto se obtengan podrían influir decisivamente en la respuesta al tema analizado.

A este respecto, no se puede encontrar una respuesta unánime ni mayoritaria en la doctrina sobre el fundamento de la norma.

A) La conexión entre el artículo 816 del Código Civil y la prohibición de contratos sucesorios del artículo 1271 del Código Civil

No obstante, si hay algo en lo que muy buena parte de los autores coinciden es en señalar la directa conexión entre el artículo 816 y el artículo 1271 del Código Civil, respecto de la casi total prohibición (fuera de los casos de partición *inter vivos* del art. 1056 CC) de los pactos sucesorios[4].

Así, O'CALLAGHAN[5] afirma que el artículo 816 del Código Civil es la *«expresión concreta del principio contenido en el artículo 1271.II del Código Civil»*, aunque a continuación añade que es *«aplicable no solo a los contratos, sino a todo negocio jurídico, como la renuncia»*. Añade dicho autor que el fundamento de la prohibición legal se encuentra en la prohibición general de los pactos sobre una sucesión futura, y aduce como fundamento la idea del *«carácter de orden público o derecho necesario que tiene la legítima con relación a los legitimarios»*, dando a entender su conexión con el artículo 6.2 del Código Civil y el límite del orden público allí señalado, de modo que su negociación estaría sustraída a la voluntad de los interesados. Finalmente remite a la idea de que es interés de la sociedad el que no se pueda renunciar a meras expectativas *a cambio de* una compensación exigua, y de evitar que el legitimario se mueva por una necesidad acuciante.

Por su parte, RAGEL SANCHEZ[6] cita a LACRUZ, para el cual es el aspecto de *contrato sucesorio* del negocio lo que ha impulsado al legislador a prohibirlo*, no la futuridad del derecho*, y conecta también la norma con la prohibición contenida en el artículo 655.II del Código Civil, relativa a la renuncia anticipada a ejercitar la acción de reducción de donaciones por inoficiosidad, contenida en el contrato de donación.

Esta coincidencia doctrinal, señalada por los primeros comentaristas del Código Civil, proporciona una dimensión que creemos muy importante a la cuestión. De acuerdo con ella, el artículo 816 del Código Civil sería una plasmación concreta del principio general prohibitivo del artículo 1271 del Código Civil[7].

Como corolario de lo anterior, *siendo así las cosas, es claro que el ámbito de aplicación del artículo 816 del Código Civil se debería ceñir primordialmente al ámbito contractual*, y en especial a los contratos o acuerdos, entre causante (futuro) y legitimario o legitimarios (futuros), en los que, a cambio de una determinación prestación actual a favor de estos últimos, el futuro causante o transmitente obtiene una manifestación de los primeros de no reclamar nada cuando se produzca la muerte del causante y sean teóricamente llamados a su herencia como legitimarios. Ello conduce por tanto a fundamentar el artículo 816 del Código Civil en los mismos motivos por los que el legislador del Código Civil español, con mayor o menor acierto,

decidió marginar los pactos sucesorios entre causante y herederos futuros (casi siempre legitimarios).

Es cierto que se suscitan diversas dudas en la traslación de ese mandato general del artículo 1271 del Código Civil al campo sucesorio. En particular, esta norma no deja suficientemente claro si es lícito o no el pacto anticipado, no ya entre causante y legitimario o legitimarios, sino entre estos y un tercero, presunto adquirente de los derechos hereditarios de los primeros, en forma onerosa o gratuita, o entre los propios legitimarios futuros[8].

En este sentido, la fundamentación de la norma debería ser otra, y debería tener un sentido razonable, lo cual a la vez llevaría a determinar si se trata de una cuestión de orden público lo que se halla en la base de la prohibición de los pactos, y por tanto si se justifica extender la prohibición a estos otros supuestos. Aunque no es esta la materia propia de este trabajo, quizás quepa sostener que son diferentes las razones de unos y otros pactos, de modo que el abuso de superioridad y la preeminencia entre las partes reluce mucho más en los acuerdos entre causante y legitimarios futuros, que en los acuerdos entre todos estos, entre estos y un tercero, o entre legitimario y futuro heredero voluntario, por lo que estaría justificada la restricción de la prohibición a los primeros. Todo ello al margen del hecho indiscutible de que la norma del artículo 816 del Código Civil limita expresamente la prohibición a estos supuestos.

B) La futuridad del objeto de la renuncia, o la posible ignorancia del contenido de lo renunciado, como posibles fundamentos de la norma

— Aunque no es usual en la doctrina, se podría pensar como fundamento de la prohibición del artículo 816 del Código Civil en el carácter futuro y aún inexistente del derecho (la legítima entendida como un posible derecho). Esta parece ser la tesis de GARCÍA-BERNARDO LANDETA, para quien, desde su planteamiento de la legítima, esta última, entendida como conjunto de facultades, no tiene existencia durante la vida del causante, por lo que, *hasta tanto no llega la muerte del mismo, el legitimario no tiene objeto jurídico*, ni sabe si lo va a tener, ni hay propiamente legitimario, siendo por tanto inexistentes y nulos de pleno derecho los actos relativos a la legítima[9].

Lo cierto es que esta consideración no es lo suficientemente relevante como para propiciar un efecto tan radical como el de la nulidad de pleno derecho de la hipotética renuncia. Parte el autor de la base de que la renuncia (unilateral) se halla sin duda dentro del ámbito del artículo 816 del Código Civil, y trata de encontrar una justificación a la irrenunciabilidad de la legítima futura. Desde su perspectiva, la legítima no es un derecho subjetivo,

sino una posición que otorga un conjunto de facultades, las cuales en su opinión no podrían ser ejercitadas mientras no hubiera un objeto actual.

Sin embargo, el que la legítima pueda tener una singularidad en cuanto a su objeto, al no conceder al legitimario una posición equiparable a la del heredero o el legatario, no puede llevar a justificar una imposibilidad absoluta del sujeto de manifestar su voluntad de renunciar de antemano a sus derechos o facultades legitimarias, si finalmente le correspondieran, del mismo modo que seguramente debería poder renunciarse anticipadamente al derecho hereditario, si un sujeto fuera llamado en el futuro como heredero voluntario (aunque sobre ello se vuelve más adelante).

Además, según este planteamiento, cualquier otro derecho o facultad debería ser irrenunciable anticipadamente en tanto no haya nacido al mundo jurídico, es decir, en tanto sea una cosa futura o derecho de ejercicio futuro, lo que parece improbable, pues no existe en nuestro ordenamiento un mandato de tal signo. Es más, la doctrina y la jurisprudencia de forma casi unánime admiten, como sabemos, la renuncia anticipada a un derecho no existente aún, o a un derecho que, aun existiendo ya, no tiene todavía las condiciones para poder entrar en el patrimonio del hipotético renunciante. De hecho, no puede perderse de vista que el propio artículo 6.2 del Código Civil admite la exclusión voluntaria, mediante pacto, de los derechos o facultades que pudiera conceder una norma en una determinada relación jurídica, cuando se constituya (en el futuro). Es decir, entendiendo ese mandato legal en sentido extensivo, no se puede decir que esa exclusión se refiera siempre a una renuncia *simultánea* a la celebración del contrato o pacto, sino que puede perfectamente preverse como eficaz *antes* incluso de poder nacer, o de empezar a surtir efecto el vínculo contractual constituido.

— Del mismo modo, la prohibición contenida en el artículo 816 del Código Civil puede tener su conexión con la complejidad de la posición jurídica que se asumiría en el futuro al ser llamado un sujeto como legitimario, y *la necesidad de protegerlo frente a un posible vicio del consentimiento cometido por él mismo*. Sin embargo, es obvio que la ley proporciona los instrumentos pertinentes para la protección del sujeto renunciante, en el caso de incurrir en algún vicio, sobre todo el error, a través de la aplicación (analógica) del artículo 1266 del Código Civil.

Por lo tanto, la razón de ser de la prohibición se hallaría sobre todo en *la protección frente a una presumible posición de superioridad del causante respecto del heredero legitimario*, quien podría aprovecharse de una hipotética situación angustiosa o de necesidad de este último para imponerle *contractualmente* condiciones leoninas en la atribución de bienes, incluso con un cierta finalidad defraudatoria por parte de aquel de los límites que la ley le impone a la hora de disponer *mortis causa* de su patrimonio cuando tiene descendientes o parientes legitimarios en general.

C) Conclusiones provisionales: imposibilidad de encontrar un fundamento coherente a la renuncia unilateral abdicativa de la legítima futura. La conveniencia de encontrar distinto fundamento a los casos de renuncias unilaterales respecto de los contratos o pactos sucesorios

En conclusión, *no es posible encontrar un fundamento coherente a la norma, en su aplicación o traslación a las renuncias abdicativas unilaterales*. Es indudable que ninguna de las razones o justificaciones antes expuestas por la doctrina son trasladables a este tipo de actos jurídicos unilaterales, ya que ninguna de ellas encaja en el molde, de modo que puedan servir para justificar la nulidad o invalidez de tales renuncias.

Por supuesto, sí que es posible hallarlo —y esa es seguramente la justificación de la norma— *en los casos de renuncias suscritas dentro de un pacto más amplio, o en el seno de un acuerdo de mayor calado en general*, cuando las mismas se estipulan como una suerte de *contraprestación* por haber recibido el renunciante una determinada atribución patrimonial o beneficio más o menos directo o indirecto.

Por otro lado, habría siempre obviamente que examinar con detenimiento los hechos de cada caso real, por si, aun habiendo formal y externamente una renuncia unilateral, la misma pudiera formar parte de una operación más amplia, de contenido verdaderamente contractual. Esto siempre es posible en la medida en que, en un determinado procedimiento judicial, así se plantease y se probase convenientemente.

Así pues, las afirmaciones anteriores suponen que el artículo 816 del Código Civil podría no estar pensado propiamente para los casos de renuncias unilaterales anticipadas del futuro legitimario.

Por tanto, debemos plantearnos si el artículo 816 del Código Civil alcanza a estos últimos supuestos, y cuáles podrían ser en su caso las razones que hipotéticamente lo justificarían. Para ello, muy probablemente habría que pensar en *un distinto fundamento* para los casos de renuncia unilateral y los casos de renuncia contenida en contrato o en transacción, donde la misma tiene el sentido de ser una contraprestación a una prestación en bienes o dinero ofrecida por la otra parte (causante).

En estos últimos casos, esto es, en los pactos sucesorios, o el resto de contratos posibles donde se incardinaría una renuncia a la legítima futura, se pueden encontrar distintos posibles fundamentos, como en parte ya se ha visto más arriba.

Generalmente, subyace la idea de que se produce una situación de superioridad del causante frente al legitimario, a quien el primero puede perfectamente imponer condiciones leoninas para conseguir anticipadamente el pago de su herencia, si se encuentra en estado de necesidad, o para la percepción de un anticipo de la misma, o cualquier suerte de compensación económica.

También se ha pensado en el carácter de derecho necesario de la legítima y la imposibilidad para el causante, habiendo legitimarios, de disponer de esos bienes, siendo por tanto una norma que sirva de freno a la libertad de disposición del causante, y tomando por base en definitiva la intangibilidad de la legítima[10]. Sin embargo, este criterio resulta muy dudoso, pensando en los acuerdos entre causante y legitimarios futuros, por cuanto en esos casos la garantía de la posición del legitimario la ofrece el consentimiento mismo, libre y consciente (salvo prueba de vicio del consentimiento), del sujeto que renuncia en vía contractual (a cambio de una prestación), quien debe tener siempre a su alcance la facultad de decidir.

Tampoco cabe descartar como *ratio* de la norma del artículo 816 del Código Civil el fundamento general que subyace a la prohibición de pactos sucesorios, consistente en dotar al causante de la máxima libertad a la hora de decidir el destino de sus bienes a su muerte, evitando verse vinculado por la situación personal o patrimonial de sus descendientes o parientes en general.

Esta última posibilidad también resulta dudosa, ya que *lo que subyace al artículo 816 del Código Civil no es propiamente una fórmula de defensa del interés del causante, cuanto sobre todo un mecanismo de protección del interés del legitimario frente a la hipotética y previsible conducta del causante de aprovecharse de la situación* del futuro legitimario para librarse en parte de la limitación que le supone la legítima, *ofreciéndole menos* de lo que seguramente le correspondería en la futura herencia, o bien de su intención de facilitar una solución a un problema sucesorio entre hijos o descendientes, mediante el apartamiento de uno o varios de los afectados, dejando el camino expedito para que otro u otros de los legitimarios reciban la mayor parte de la herencia.

Así pues, si en los casos de renuncias bilaterales o contenidas en acuerdos entre causante y legitimarios futuros lo que prima es la tutela de la posición, presuntamente inferior o angustiosa, del futuro legitimario, *entonces, en la renuncia abdicativa o renuncia propiamente tal, se trataría de una protección del legitimario frente a sí mismo, esto es, frente a su propia conducta presuntamente autolesiva, al no intervenir ningún otro sujeto, ni directa ni indirectamente.* Por supuesto, si sucediera esto último, automáticamente iríamos a la renuncia que hemos llamado «bilateral» o contenida en un acuerdo de mayor alcance entre causante y legitimario futuro, o entre este último y tercero, en su caso.

Ello nos lleva a concluir que el legislador civil ya otorga en estos casos de negocios unilaterales los típicos mecanismos de defensa (vicios del consentimiento, primordialmente, o acaso la rescisión) a favor del propio sujeto declarante, sin que se atisbe una poderosa razón, *que debería ser de orden público*, que lleve a prohibir la renuncia unilateral anticipada y a

declarar la nulidad de pleno derecho de la misma. En este sentido, *puesta la renuncia unilateral anticipada a la legítima en comparación o contraste con cualquier otro acto de renuncia unilateral de un derecho futuro o de una expectativa de derecho, no se percibe en absoluto una justificación para hacer inválida la primera, además con base en un motivo presuntamente de orden público económico, y sin embargo mantener la validez de los segundos*, como sostiene de forma prácticamente unánime toda la doctrina.

En consecuencia, en una primera reflexión, no vemos que exista el mismo fundamento para anular la renuncia anticipada a la legítima en un acuerdo bilateral de mayor amplitud, que para anular una decisión libre del sujeto afectado, como sería la renuncia unilateral, en donde se manifiesta la voluntad de no querer recibir nada en concepto de legítima en el futuro, procedente de quien sería o podría ser su causante.

No obstante, conviene seguir avanzando antes de obtener una conclusión definitiva sobre este asunto.

D) El sentido de la expresión «transacción sobre legítima futura»

Una cuestión que resulta dudosa, y que puede ayudar en la interpretación global del artículo 816 del Código Civil, es la expresión *«transacción»*, al lado de la *«renuncia»*, que aparece en dicha norma, y nos lleva a pensar en los posibles casos de «transacciones» a los que allí se alude.

Por lo pronto, *no es nada acertado a nuestro juicio* —y quizás este es un tema en el que no ha hecho demasiado hincapié la doctrina— *incluir las transacciones al mismo nivel que los pactos sucesorios*, sobre todo porque *se olvida por el legislador del Código la especialísima naturaleza del contrato de transacción*, como acuerdo donde se da por extinguido un litigio previo existente entre dos o más partes, mediante la renuncia (total o parcial) a las recíprocas *pretensiones* (que no derechos).

Ciertamente, los autores del Código Civil no tenían nada claro qué debía entenderse por «transacción» (lo podemos ver en la definición misma que se da de este contrato en el art. 1809 CC), y desconocían los avances doctrinales y jurisprudenciales posteriores a la hora de delimitar esta figura contractual, y diferenciarla de otros contratos o negocios jurídicos (v.gr., los llamados negocios de fijación, o las confesiones extrajudiciales o judiciales). Pero precisamente por ello, debe ponerse en cuestión, desde una perspectiva actual, el sentido de esa referencia a la transacción del artículo 816 del Código Civil.

Dicho de otro modo, *a nuestro juicio, la figura de la transacción encaja muy mal en el artículo 816 del Código Civil* y su presunta finalidad restrictiva de acuerdos entre causante y legitimarios futuros con derecho a una

parte de los bienes hereditarios. Baste pensar en qué casos podría estar pensando el legislador cuando habla de *«toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos…»*: ¿a qué clase de acuerdo transaccional se puede estar refiriendo, si pensamos que la transacción es un acuerdo que trata de resolver un litigio *actual* mediante recíprocas concesiones por ambas partes?

Por lo pronto, si la referencia de la norma fuese a *una disputa entre causante y legitimarios sobre su legítima futura*, que se resolviese mediante una entrega actual de bienes y la subsiguiente renuncia de los destinatarios a reclamar más en el futuro, resultaría un acuerdo absurdo, por ilógico y en todo caso como inválido, *por falta de objeto mismo*. No puede haber propiamente una disputa (actual) sobre un presunto derecho de legítima futura entre causante y legitimarios, *por el simple dato de que el causante estaría todavía vivo, lo que excluiría automáticamente cualquier posible derecho de los reclamantes en esa disputa*[11].

En conclusión, no puede haber una transacción entre causante vivo y legitimarios futuros, cuyo objeto sea precisamente la legítima de estos últimos y su contenido, ya que eso no sería materia propiamente transigible, por ser obviamente una disputa inexistente, y saberse de antemano por ambas partes su inexistencia (no hay legítima sin una herencia abierta)[12].

Esto nos lleva a concluir que el legislador del Código, ciertamente poco conocedor técnicamente de lo que es una transacción, como lo demuestra en la muy poco precisa regulación codificada (arts. 1809 y sigs. CC), muy probablemente estaba pensando en otras posibles situaciones.

Así, quizás podría pensarse, por ejemplo, en una transacción entre la persona del futuro causante y uno o varios de sus posibles futuros legitimarios para resolver un litigio o disputa de otra naturaleza y con otro objeto, pero en el cual se acordase, en una suerte de transacción mixta, jugar con la legítima como prestación a percibir, o como renuncia total a la misma por parte del beneficiario de la prestación, pero siempre al margen del objeto disputado. Sin embargo, no creemos que esa hubiese sido la idea del legislador cuando incluyó el término «transacción», por cuanto habla explícitamente de transacción *«…sobre la legítima futura»*, lo que significa que estaba pensando en una transacción *cuyo objeto fuese precisamente la disputa sobre la vigencia o no del derecho de legítima* de uno o varios de los que transigen, o sobre el montante de uno o varios derechos legitimarios concretos[13].

Con independencia de estos casos, conviene intentar hallar una explicación a la citada expresión *«transacción sobre legítima futura»* del artículo 816 del Código Civil, y a qué supuestos podemos decir que se está refiriendo el legislador con ella, dentro de la imprecisión formal ya señalada de que no puede haber propiamente un acuerdo transaccional cuyo objeto sea la legítima misma (el derecho a ella) como materia discutida.

Viendo los casos examinados por doctrina y jurisprudencia, seguramente debemos estar pensando en casos de contratos, sobre todo calificados entre las partes como gratuitos (lo serían en realidad solo parcialmente, a lo sumo), de donación de bienes otorgadas por el causante a favor de sus futuros legitimarios, en los que se incluya, de forma adicional o colateral (no como objeto principal del contrato) una cláusula de renuncia a la legítima futura. O quizás en negocios particionales *inter vivos*, entre causante y legitimarios, donde se contenga igualmente una estipulación de renuncia a reclamar más bienes en el futuro en concepto de legítima. En ninguno de estos casos estaremos realmente ante una verdadera transacción, sino ante otro tipo de contrato.

Si esto es así, entonces adquiere verdadero sentido el que la norma equipare y ponga al mismo nivel las renuncias y las transacciones. Es decir, lo que realmente estaría queriendo regular el artículo 816 del Código Civil es la estipulación concreta de una «renuncia», frente al futuro causante, por parte de quien sería futuro heredero legitimario, *contenida siempre dentro de un acuerdo o contrato más complejo*, destinado fundamentalmente, ya sea a pactar la sucesión (en los casos de pactos sucesorios), ya sea a donar o entregar por el futuro causante, al futuro legitimario, unos bienes actuales a título en principio gratuito, *a cambio* (entonces el acuerdo se convertiría ya en oneroso) de la renuncia a reclamar en el futuro el resto de la legítima que le pudiera corresponder (que sería la contraprestación), u otras posibles contraprestaciones.

No lleva razón, a nuestro juicio, VALLET[14] cuando afirma que el último inciso del artículo 816 del Código Civil sirve de apoyo a la renuncia unilateral, cuando en realidad no es así, sino al contrario. Es decir, la expresión *«entre el que la debe y sus herederos forzosos»* se refiere ciertamente tanto a la transacción como a la renuncia, pero *siempre entendida esta última como renuncia contenida en un contrato o negocio más amplio, y no como renuncia unilateral*, la cual *quedaría excluida* implícitamente —pero de forma inequívoca— de su ámbito de aplicación. Precisamente la duda sobre la equiparación entre renuncia y transacción tiene ese sentido, que por lo demás entronca con los orígenes históricos de la prohibición.

Por último, señalar que la referencia a la transacción es muy dudoso que se refiera, por ejemplo, a transacciones entre dos o más legitimarios antes de la muerte del causante, sobre disputas acerca de legítima futura, precisamente por esa referencia legal al acuerdo «entre el que la debe y sus herederos forzosos», la cual automáticamente excluiría la posibilidad de transacciones entre varios futuros legitimarios, acuerdos que quedarían fuera de la prohibición legal, y serían válidos en general, salvo vulneración de algún otro límite legal[15].

La conclusión que podemos extraer de la equiparación legal entre «renuncia» y «transacción» sobre legítima futura es que, *no teniendo claro el*

propio legislador del Código cuándo estamos ante una auténtica transacción (donde como sabemos siempre hay renuncia, pero a las recíprocas pretensiones, y no propiamente a derechos o expectativas futuras) *y cuándo ante otro acuerdo con inclusión de renuncias a derechos futuros a cambio de algún beneficio o contraprestación*, la voluntad del legislador ha debido ser la de incluir dentro su ámbito de aplicación a *todas las posibles situaciones o relaciones*, algunas de las cuales hemos ya señalado antes.

Pero ello a su vez nos lleva a encontrar un motivo más para dejar fuera del ámbito del artículo 816 del Código Civil a las renuncias unilaterales a la legítima futura, ya que la expresión «renuncia» allí contenida se limitará *a cualquier tipo de pacto, transaccional o no transaccional*, es decir, acuerdo con o sin disputa jurídica entre las partes, pero *tratándose siempre de un acuerdo o negocio bilateral o multilateral en el cual se pueda incrustar algún tipo de manifestación de una de sus partes de «renuncia» a acciones futuras de reclamación de la legítima tras la muerte del causante*. Esta explicación de la expresión tiene mucho más sentido que la habitual de considerar incluida allí la renuncia unilateral a la legítima futura.

E) La renuncia abdicativa unilateral: ¿debe estar excluida del ámbito del artículo 816 del Código Civil?

Todo lo anterior nos ha permitido situar en su debido lugar el supuesto de renuncia abdicativa unilateral, a la hora de examinar su fundamento.

A nuestro juicio, como antes se ha avanzado, es evidente que la renuncia unilateral no puede participar de la justificación dada a los casos de pactos sucesorios, ni tampoco al resto de posibles acuerdos transaccionales o no transaccionales. Las razones que subyacen a la nulidad de los pactos contractuales de renuncia a la legítima futura no concurren en la renuncia pura o abdicativa, donde *la decisión es totalmente libre del sujeto, sin contraprestaciones y sin posible preeminencia del causante*, que *puede que no haya participado en la decisión, o incluso ni siquiera tenga conocimiento de ella antes de producirse*.

Para confirmar si las renuncias unilaterales a la legítima futura entran o no dentro de la prohibición del artículo 816 del Código Civil, quizás sea un buen marco de análisis el intentar aplicar a la renuncia abdicativa unilateral a la legítima futura las pautas generales del artículo 6.2 del Código Civil, así como los tres parámetros generales allí previstos, para encontrar una posible justificación a la teórica nulidad de esta renuncia del artículo 816 del Código Civil (interés público, orden público o perjuicio de terceros).

Por lo pronto, siendo futura y no actual la legítima en el momento en que se emite la declaración de voluntad de renunciar, es evidente que estamos

ante una expectativa de derecho, y no ante un derecho, siendo opinión doctrinal casi unánime, como ya se vio más arriba, la de que es perfectamente posible renunciar a una expectativa de derecho o a un derecho eventual aún no nacido, y sin la total seguridad de que vaya a nacer, o de que lo haga en cabeza del concreto renunciante.

Veamos ahora a este fin las excepciones o limitaciones del artículo 6.2 del Código Civil, y su encaje en cuanto a la renuncia anticipada a la legítima futura.

Empecemos por el final, y centremos la atención en el posible *perjuicio de terceros*.

Parece obvio, y ningún autor ha aludido a ello ni siquiera de pasada, que lo que fundamentaría la hipotética ilicitud y nulidad de la renuncia unilateral a la legítima futura *no puede ser el perjuicio de terceros*, léase acreedores del legitimario, o legitimarios a su vez de este último (su llamada «estirpe»). Los primeros, porque no podrían ejercitar para el cobro actual de sus créditos una acción de impugnación de un acto que no pueden probar en ningún caso que les perjudica en el presente, y respecto de la cual tampoco pueden acreditar que les vaya a perjudicar en el futuro, cuando se produzca la muerte del causante. Lo mismo cabe decir respecto de los legitimarios (futuros) del propio legitimario renunciante: estos sujetos tampoco pueden justificar un daño actual, por cuanto no van a poder beneficiarse de una herencia que aún no está abierta y cuyo contenido patrimonial final se desconoce. *No hay un fundamento que permita establecer, como medida de orden público, una tutela anticipada de estos sujetos* (los legitimarios del legitimario renunciante), por cuanto ni existe seguridad de que el renunciante vaya a ser finalmente sucesor (podría haber indignidad o desheredación, entre la renuncia y la muerte del causante), ni tampoco de que lo vayan a ser con seguridad aquellos otros (legitimarios futuros del futuro legitimario renunciante). Es más, existe una base legal expresa que permite llegar a esta conclusión, y es la regulación del derecho de representación en la sucesión intestada (y en la legítima), *cuyos artículos 922, 923 y 929 del Código Civil autorizan, incluso respecto de una herencia ya actual, la eficacia de la renuncia del «jefe de la estirpe» a su derecho hereditario*, sin que haya posibilidad alguna de tutela de los descendientes del renunciante, yendo su parte de herencia a poder del otro u otros coherederos del mismo grado. A estas normas se han de añadir las que regulan el derecho de representación en la legítima (arts. 761, 766, 814 y 857 CC), entre las cuales no se incluye la renuncia a la legítima actual como posible supuesto en el que deba protegerse la estirpe del renunciante.

En suma, no creemos que haya razones para pensar que el legislador del Código esté pensando en ninguno de estos dos grupos de sujetos cuando ordena teóricamente la nulidad estas renuncias. Por lo tanto, no subyace

bajo la presunta prohibición de la renuncia unilateral a la legítima futura una finalidad de tutela de intereses de terceros hipotéticamente afectados.

En cuanto al *interés público*, estando planteados los problemas en términos de tutela del causante o del legitimario renunciante, no se perciben las razones de interés público que podrían llevar a una renuncia nula por ser contraria a dicho interés. No se puede considerar que el Estado ni la sociedad en su conjunto obtengan, ni directa ni indirectamente, una específica protección como consecuencia de la prohibición legal del artículo 816 del Código Civil en su aplicación a las renuncias unilaterales anticipadas.

Por último, en cuanto al *orden público*, quizás es lo que podría resultar más cercano a la intención del legislador. Sin embargo, caso de haber alguna cuestión de verdadero orden público en materia sucesoria, esa serían las legítimas mismas, pero entendidas como imposición de un límite al causante en su libertad de testar, y *no como un derecho concedido a los parientes próximos que deba ser protegido a ultranza, incluso contra la voluntad de los propios legitimarios*, en casos de renuncia tanto *anticipada* como *posterior* a la delación hereditaria.

Es decir, lo único que fundamentaría la prohibición legal por razón de orden público sería el constituir una suerte de manifestación del derecho constitucional a la herencia del artículo 33.1 CE. Sin embargo, parece muy difícil justificar la prohibición (concretada ahora en las renuncias abdicativas unilaterales a la legítima futura) en este mandato constitucional, en el que se protege básicamente la libertad de todo sujeto de disponer de sus bienes para después de su muerte[16], cuando es obvio que *la tutela del artículo 816 del Código Civil parece claro que se pretende por el legislador otorgarla al legitimario mismo, y en ningún caso al causante*, ni la libertad de testar puede jugar en modo alguno un papel relevante en un acto unilateral de renuncia por parte del futuro legitimario.

Acaso podría pensarse en el orden público entendido en su vertiente de *tutela de la seguridad jurídica en materia hereditaria*, en cuanto podría llevar al legislador a impedir cualquier acto de toma de decisión por parte del sujeto (futuro beneficiario de una parte de la herencia) que podría ser generadora de incertidumbres, en cuanto a la evitación de un previsible y futuro ejercicio por el propio sujeto de acciones anuladoras de su decisión, por vicios del consentimiento. Todo ello a la vista de que no podría ser viable una libre revocación de dicha decisión, al haber doctrina jurisprudencial constante que prohíbe expresamente —ahora sin duda por motivos de seguridad jurídica— la revocación pura de los actos de renuncia (arg. *ex* art. 997 CC).

Desde esta perspectiva, el fundamento resulta de nuevo muy endeble, por cuanto es difícil imaginar que pueda prosperar la posibilidad de deshacer la renuncia, tras la muerte del causante, aduciendo un vicio del consentimiento,

que no sería otro que el error (dado que, siendo una decisión unilateral, parece poco probable la concurrencia de alguno de los otros posibles vicios, como la intimidación o la violencia, así como la conducta dolosa, al no haber otra parte que la pudiera haber ocasionado).

Por cierto, que ello obligaría a discernir —y justificar por tanto ese discernimiento— entre la renuncia a la legítima, previa a la muerte del causante[17], y la renuncia producida tras la muerte del causante pero anterior al momento de la delación a favor de ese sujeto. A estos efectos, piénsese en un llamamiento condicionado, bajo condición suspensiva, de una parte de la legítima (v.gr., legítima gravada con un fideicomiso a favor de un hijo discapacitado, o con un gravamen o cautela sociniana conforme al art. 808.III CC).

Podría finalmente pensarse en un motivo de protección legal al legitimario renunciante mismo, en cuanto que, en el momento de declarar su voluntad de renuncia, desconocería cuál iba a ser finalmente (si la hay) su legítima y el montante exacto de la misma, siendo esa la razón de ser de la prohibición. Es decir, se trataría una hipotética necesidad de tutelar el interés del futuro legitimario frente a sí mismo, *sobre la base de considerar que, sistemáticamente, su decisión de renuncia anticipada le perjudicaría siempre o casi siempre, y de ahí la decisión del legislador de prohibirla.*

Este argumento resulta de nuevo muy discutible. Baste con pensar en el derecho de acrecer en la legítima, ya actual, o en el derecho de acrecer en la herencia testada en general, donde el legislador aplica parámetros de *automaticidad*, *con independencia del conocimiento anticipado que se tenga de lo que se le va a asignar finalmente al heredero o legitimario aceptante.* No hay por tanto norma que permita la renuncia o repudiación de la parte acrecida, y el recurso a una posible impugnación de la aceptación por error en esos casos parece bastante poco probable[18]. En suma, el legislador reconoce que las posibles oscilaciones de la herencia o masa hereditaria, incluso producidas con posterioridad a la declaración de voluntad respectiva, no sirven de causa para hacer inválida la misma. Por lo tanto, se asume que *toda decisión sobre la herencia, sea la de renunciar o sea la de aceptar*, con o sin llamamiento solidario, con o sin beneficio de inventario, *supone una asunción de riesgos por el llamado, que está en la base de la regulación legal, y que hace perfectamente lícitas y no impugnables esas decisiones*.

Así pues, no debe haber una razón de específica tutela de la persona que decide renunciar anticipadamente a su legítima.

Desde el punto de vista doctrinal, el análisis de la doctrina sobre el ámbito del artículo 816 del Código Civil y sobre el fundamento de la posible exclusión de la renuncia abdicativa unilateral resulta insatisfactoria.

Así, CAPILLA RONCERO[19] parece justificar su inclusión en el artículo 816 del Código Civil al considerar que *«lo normal es que la renun-*

cia sea consecuencia de un contrato en el que, a cambio de algún tipo de contraprestación o ventaja, un sujeto se aviene a renunciar a la legítima que le pueda corresponder en el futuro». En suma, el autor lo anuda a que en el fondo se trataría normalmente de una renuncia *bilateral*, fruto de un acuerdo, o contenida en un acuerdo de contenido más amplio, lo que no tiene buen sentido. Como ya se dijo, y comprobamos con el ejemplo de partida de este trabajo, *es perfectamente imaginable una renuncia unilateral sin intervención ni directa ni indirecta del causante*, por lo que, siendo posible, estos casos no entrarían, según ese razonamiento, en el ámbito del artículo 816 del Código Civil, y por tanto podrían ser perfectamente válidas dichas renuncias.

Por su parte, MANRESA[20], en relación al fundamento de la norma, señala que *«el artículo 816 tiende al mismo fin que los anteriores: respetar en absoluto la legítima; evitar que por cualquier motivo no llegue a manos de los legitimarios»*, pero no hace ninguna alusión a la renuncia unilateral ni explica por qué, siendo los legitimarios los sujetos protegidos teóricamente en dicha norma, no se da cauce a una decisión meditada de cualquiera de ellos de no querer recibir en el futuro su parte de legítima. Y ello lo hace afirmando al mismo tiempo que la legítima es, antes de la muerte del causante, *«una esperanza, y no un derecho adquirido»*, y que la renuncia anticipada puede deberse a *«haberse prevalido* (suponemos que el causante) *de circunstancias de momento, imponiéndola al legitimario o a cambio de promesas o engaños»*, tratando de ese modo de asegurar la *«libertad de aceptar o repudiar la herencia»*. Pero como puede comprobarse, de nuevo lo que justifica la prohibición, para MANRESA, es el riesgo para el legitimario (futuro) de verse forzado por el causante a aceptar unas condiciones *contractuales* que pudieran ser leoninas o abusivas, aprovechando su preeminencia en ese momento anterior. *Ello sin duda remite una vez más al pacto entre causante y legitimario, pero no sirve para explicar la invalidez de la renuncia unilateral, cuando no hubo intervención directa ni indirecta del causante*.

A lo anterior se une el que la norma habla de la legítima «futura», entendida como derecho diferenciado de los bienes que la integrarían, lo que implica un derecho abstracto aún no nacido, pero con previsión de que lo hará de forma altamente probable, en cabeza del renunciante (salvo excepciones por desheredación o premoriencia del legitimario). Esto lleva a la idea de su equiparación a cualquier otra expectativa de derecho o derecho eventual aún no nacido, que puede ser indudablemente renunciado, a juicio de la gran mayoría de la doctrina. Por lo tanto, no se ve por ningún lado el motivo para excluir la validez de la renuncia unilateral al futuro derecho de legítima, cuando resulta posible y lícita, como regla, la renuncia individualizada a bienes concretos futuros susceptibles de ser percibidos en concepto de legítima.

3. Las alternativas a la renuncia plena a la legítima: otras posibles «renuncias» y su posible licitud

Otras posibilidades se pueden presentar en la práctica, y parece necesario analizar su licitud o ilicitud, y si se les puede aplicar la prohibición del artículo 816 del Código Civil.

En primer lugar, como antes se avanzaba, cabe pensar en una renuncia, no a la legítima en sentido formal y expreso, sino *una renuncia individualizada a derechos concretos que pudieran formar parte integrante de la futura herencia del causante*; por ejemplo, la renuncia a determinados bienes presuntamente procedentes de actuaciones ilícitas del causante, o de una rama familiar que no era la propia del causante, y a la que se quiere proteger con la renuncia.

A este supuesto es muy difícil que no se le pueda aplicar la disciplina general de la renuncia, en cuanto a la admisión de la renuncia de derechos o bienes concretos, de modo que, aplicando las pautas de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia, se trataría de una renuncia plenamente válida en cuanto referida a una concreta o concretas expectativas que pudieran ser ofrecidas al renunciante en un futuro.

Ello constituye a la postre una nueva prueba de la artificialidad de la inclusión en la órbita del artículo 816 del Código Civil de las renuncias unilaterales abdicativas de la legítima futura: *se estaría impidiendo la renuncia genérica a la legítima, pero no la renuncia individualizada a bienes o derechos hereditarios futuros* (en cuanto bienes de futura adquisición u ofrecimiento para su adquisición). Salvo que se entienda la prohibición del artículo 816 del Código Civil como una regla general, y no como lo que es o lo que parece ser, es decir, una presunta *excepción* a la regla general de los contratos sobre cosas futuras (art. 1271 CC) o sobre cosas ajenas o aún no del sujeto, así como una excepción a la regla general de la renunciabilidad de las expectativas de derechos o la exclusión anticipada de la ley aplicable (art. 6.2 CC).

Cabe también imaginar una renuncia solo a una parte de la legítima, y no a toda ella, por ejemplo, en el caso de que el legitimario tenga conocimiento del contenido del testamento de su familiar, donde se le pretenda atribuir uno o varios bienes concretos en concepto de legítima, *por vía de legado*.

Del mismo modo, sobre la posibilidad de renuncia a la mejora, VALLET[21] entiende que el artículo 816 del Código Civil aun cuando aplica la prohibición a la legítima estricta, considera que no debe hacerse con la mejora, por lo que sería viable dicha renuncia, ya que el artículo 827 del Código Civil admite el pacto en capitulaciones o contrato oneroso, y el artículo 826 del Código Civil la promesa de no mejorar[22].

Por otro lado, MANRESA[23] deja fuera del ámbito del artículo 816 del Código Civil las donaciones *inter vivos* realizadas como anticipo de legítima,

al considerar que son *«actos permitidos al dueño de los bienes, y los donatarios no quedan privados de su derecho sucesorio por virtud de tales donaciones…»*.

Esto exige alguna matización, ya que este es un supuesto habitual en el cual, a cambio de la atribución anticipada de su futuro derecho hereditario, puede acabar imponiéndose al donatario la renuncia a reclamar futuros bienes hereditarios, tras la apertura de la sucesión, caso en el cual sería plenamente aplicable la prohibición del artículo 816 del Código Civil, al tratarse realmente de un contrato oneroso, más que de una donación modal[24].

Por último, cabría pensar también en un supuesto en el que el legitimario, *siendo por ejemplo hijo único*, y *sabiendo del conjunto patrimonial de su causante futuro*, efectúe *una renuncia parcial a una parte concreta de esos bienes*, por unos u otros motivos. En principio, según la concepción clásica, también quedaría dentro del ámbito del artículo 816 del Código Civil[25]. Sin embargo, este supuesto no deja de ser muy similar a los anteriores, de modo que funcionarían los mismos argumentos para acoger su licitud y rechazar la aplicación del artículo 816 del Código Civil[26].

Para todos estos supuestos, y para otros similares que pudieran presentarse, como ya se ha avanzado, el renunciante se podría amparar en el derecho general a renunciar a derechos futuros o expectativas de derechos, y en general en la facultad de contratar sobre cosas futuras o sobre cosas ajenas.

En relación a esto último, desde una perspectiva comparativa y de sentido común, no tiene lógica que sea posible contratar sobre cosas ajenas o sobre cosas futuras (art. 1271 CC) y no se pueda en cambio manifestar de forma unilateral, *en principio sin ninguna influencia externa de terceros* (por ej., los posibles beneficiarios de la renuncia), la voluntad de renunciar de antemano a esas mismas cosas ajenas o futuras, en previsión de que pudieran llegar a serle deferidas, onerosa y también gratuitamente, por vía de testamento, o por vía de donación.

Es más, defender la licitud de renuncia unilateral sería una posición mucho más razonable a estos efectos, *al faltar el posible componente de inmoralidad o abusividad inherente a muchos de los acuerdos onerosos entre familiares sobre las futuras legítimas, o de aprovechamiento de las circunstancias de necesidad de la otra parte* contratante que podría tener ese acuerdo oneroso entre causante y legitimario al que se alude explícitamente en el artículo 816 del Código Civil.

A ello hay que *añadir un motivo de orden práctico* en el que el legislador debería haber pensado: mediante una renuncia anticipada del legitimario, *se facilita considerablemente la ordenación de la sucesión en la herencia del causante*, al reducirse los posibles problemas entre herederos y/o legitimarios, y agilizarse la partición y adjudicación de los bienes hereditarios, como consecuencia de la seguridad derivada del acto de renuncia.

4. La naturaleza de la nulidad prevista en el artículo 816 del Código Civil

Respecto de la naturaleza de la renuncia recogida en el artículo 816 del Código Civil, un sector doctrinal, representado por RAGEL[27], ha defendido que el artículo 816 del Código Civil no sanciona con la nulidad de pleno derecho el acuerdo anticipado sobre la legítima futura, o la transacción o donación sobre el mismo objeto, celebrado entre futuro causante y legitimarios, sino que se trataría más bien de *un supuesto de ineficacia relativa*. Como consecuencia de ello, se señala que solo el legitimario renunciante es el único legitimado para ejercitar la acción de nulidad *ex* artículo 816 del Código Civil, y completa esta idea afirmando que el legitimario, una vez adquirida su condición de tal, puede conformarse con lo recibido, o en general mantener la eficacia de la renuncia. Habla en concreto este autor de «ratificar la renuncia anterior y darle completa validez». Nótese que esa posibilidad de ratificación implica una suerte de convalidación de un negocio o acto teóricamente nulo de pleno derecho, no habiendo estrictamente norma que se lo permita; por eso es por lo que defiende que se trata de una ineficacia relativa y no una nulidad absoluta (la cual no sería por su esencia convalidable).

La tesis de la ineficacia relativa o anulabilidad casa bastante mal con los términos imperativos de la norma, con sus antecedentes históricos, y con la idea subyacente de vulneración del orden público sucesorio que implicaría celebrar este tipo de acuerdos sobre legítima futura, en cuanto se busca como vimos la tutela de los legitimarios frente a la posible prepotencia del causante, al pretender este imponer a aquellos una atribución de bienes inmediata pero afectando muy probablemente a la legítima futura.

A pesar de ello, puede ser acertada la idea de otorgar legitimación para anular el acuerdo solo al legitimario o legitimarios afectados, y no al causante (o los herederos de este, a su muerte), lo que respondería a una adaptación a la realidad social de las pautas clásicas de la nulidad de pleno derecho[28].

Si se piensa bien, esta tesis sobre el tipo de ineficacia del artículo 816 del Código Civil es difícilmente trasladable a la renuncia unilateral, en cuanto parece pensada únicamente para los acuerdos entre causante y futuros legitimarios con inclusión en ellos de una renuncia a reclamar más bienes en el futuro, una vez fallecido el causante. En la renuncia unilateral, parece difícilmente susceptible de plantearse una legitimación que no fuese la del propio renunciante. Sin embargo, precisamente por eso, no tiene de nuevo buen sentido aplicar el mandato del artículo 816 del Código Civil a la renuncia unilateral, en cuanto en ella, la posibilidad de anular el renunciante su propia declaración de voluntad abdicando de su futura legítima debe

estar *fuertemente restringida*, limitándose por lógica solo a los casos de error excusable (poco probable), o de algún otro posible vicio del consentimiento (también poco probable en un acto unilateral como la renuncia). Por tanto, parece haber una nueva y adicional razón para excluir del ámbito del artículo 816 del Código Civil a estas renuncias unilaterales a la legítima futura.

III. SOBRE EL ARTÍCULO 991 DEL CÓDIGO CIVIL COMO POSIBLE OBSTÁCULO A LA POSIBILIDAD DE RENUNCIAR ANTICIPADAMENTE A LA HERENCIA FUTURA, O DE RENUNCIA ANTICIPADA AL *IUS DELATIONIS*

1. Introducción sobre el sentido del artículo 991 del Código Civil

Existe un planteamiento generalizado en la doctrina sobre el artículo 991 del Código Civil y sus consecuencias. Es habitual deducir de él la conclusión de que no es posible realizar ninguna manifestación sobre la adquisición o rechazo de derechos hereditarios mientras no haya una herencia ya abierta. De ese modo, por tanto, sería hipotéticamente nulo cualquier acto de aceptación o, sobre todo, de repudiación o renuncia, mientras no se den los presupuestos objetivos y subjetivos previstos en dicha norma[29]. Analizamos, pues, a continuación, si el artículo 991 del Código Civil constituye o no un posible impedimento u obstáculo a la eficacia de una renuncia anticipada a la herencia futura.

Por lo pronto, es muy dudoso que el artículo 991 del Código Civil esté redactado en los términos que la doctrina general suele señalar, según la cual la norma introduce unas nuevas exigencias, calificadas habitualmente de *«subjetivas»*, además de las dos típicas y lógicas exigencias «objetivas» (a saber, que haya fallecido el causante y que el aceptante/repudiante tenga un concreto derecho a heredar o *ius delationis* en la herencia del concreto causante)[30]. Es también dudoso que se pueda deducir de dicha norma una posible prohibición legal de una hipotética renuncia anticipada a una herencia futura (sea voluntaria o testamentaria, sea legal o intestada), por las razones que ahora se exponen.

Suele ser habitual señalar por los autores que los verdaderamente importantes son los dos requisitos «objetivos» deducidos de dicha norma, a saber, el dato material de que haya fallecido el causante, y de que además exista un concreto ofrecimiento o *ius delationis* a favor del que pretende aceptar/repudiar, despreciando o minusvalorando la relevancia de las dos exigencias subjetivas allí señaladas.

Sin embargo, el artículo 991 del Código Civil curiosamente no se estructura de ese modo. La norma *da por supuesto* que no se puede aceptar/

repudiar sin que el causante haya fallecido. Ello es así *porque obviamente la sucesión no se puede considerar abierta hasta ese momento* (sin perjuicio de actos previos permitidos por la ley, como la partición *inter vivos* del art. 1056.II CC). También da por supuesto que no se puede aceptar ni repudiar sin disponer de manera efectiva de un llamamiento concreto a su favor. En consecuencia, la norma se centra específicamente en la necesidad de que el llamado esté «seguro» y «cierto» de todo lo anterior. Eso significa introducir en la norma *un factor subjetivo* de *conocimiento efectivo de esos dos hechos*, como presupuesto para una válida aceptación o repudiación, cuyo verdadero alcance el propio legislador creemos que no sopesó en su momento adecuadamente.

Precisamente por ello, nos planteamos a continuación si el artículo 991 del Código Civil no debe encontrar su verdadera finalidad en dos aspectos, seguramente conectados entre sí: por un lado, en que la falta de ese conocimiento efectivo y completo de esos dos datos podría invalidar la aceptación o repudiación, lo que en el fondo remitiría la *ratio* de la norma *a un problema de posible vicio del consentimiento si no se da ese factor subjetivo*; y por otro, en que mientras no se produzca ese conocimiento cierto y seguro de la muerte y de la concreta delación hereditaria, *no se podría empezar a computar el plazo para aceptar/repudiar la herencia*, ni por tanto comenzaría el plazo para ejercitar una acción de petición de herencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 1016 Código Civil, lo que remitiría el precepto al campo de la prescripción y el modo de cómputo de la misma.

Analicemos ahora con detenimiento estas dos posibilidades.

A) La conexión entre el artículo 991 del Código Civil y la posibilidad de invalidar una aceptación/repudiación por vicio del consentimiento (error)

Ha sido bastante discutido en doctrina la cuestión de si es viable anular por error una aceptación o repudiación de una herencia, sobre todo cuando afecte al montante de la herencia o la cuantía del propio derecho hereditario que se pretende aceptar o repudiar[31]. La duda proviene de la imprecisión del artículo 997 del Código Civil, al remitir a los vicios que anulan el consentimiento como motivo de impugnación de tales actos, y de la disponibilidad por parte del llamado de la aceptación a beneficio de inventario en caso de duda, lo que podría hacer inviable un error, por ser inexcusable.

Directamente conectado con esta cuestión, el artículo 991 del Código Civil creemos que podría ser útil para completar el panorama, en cuanto que, ya fuera de los supuestos de ignorancia del montante o composición de la herencia, haría referencia a otra serie de supuestos específicos de posible invalidación de la aceptación/repudiación:

— Por ejemplo, el caso en que el llamado hubiera aceptado creyendo por error que el causante había fallecido, sin haberlo hecho aún. En este caso, si luego fallece el causante, aunque fuera muy poco tiempo después, no podría darse por válido el acto de aceptación efectuado antes de la muerte y de la apertura de su sucesión. La norma viene a considerar aquí que, en tales situaciones, se habría incurrido en todo caso en una suerte de error genérico en la aceptación, o mejor, un error generalizado o incluso *presunto* (como presunción, no *iuris tantum*, sino *iuris et de iure*) en la aceptación, de modo que se invalidaría de forma general ese acto, fuesen cuales fuesen las circunstancias concurrentes.

Dicho de otro modo, la norma estaría *elevando a categoría general invalidatoria de la aceptación/repudiación la realizada siempre antes de fallecer el causante*, incluso aunque el sujeto estuviese convencido de que había muerto (y luego aquel hubiera fallecido poco después), no haciendo preciso un posible acto de invalidación o de revocación unilateral por parte del aceptante/repudiante, ni de demostración de su posible error excusable.

— También entraría dentro del ámbito del artículo 991 del Código Civil el caso en que el sujeto aceptante/repudiante, aun sabiendo de la muerte del causante, no tuviera conocimiento exacto y preciso de su llamamiento, bien porque no lo supiera en absoluto, y a pesar de todo aceptara (expresa o tácitamente), o bien porque el concreto llamamiento aceptado/repudiado fuera uno distinto del real (por ej., acepta o repudia un llamamiento intestado, cuando el verdadero era uno testamentario), o bien porque su conocimiento del llamamiento fuera inexacto o parcial.

Alguno de estos supuestos está, como sabemos, específicamente tratado en el Código, aunque de forma parcial, en el artículo 1009.II del Código Civil, sobre la repudiación de un llamamiento intestado, cuando el real y verdadero resultaba ser el testamentario: como sabemos, *este supuesto remite a una hipótesis de error genérico sobre el llamamiento hereditario, que a nuestro juicio conectaría directamente con la previsión del artículo 991 del Código Civil*. Es obvio, sin embargo, que este último alberga en su interior *otros supuestos* no regulados por el Código en el artículo 1009, o en otros posibles preceptos legales[32].

Desde el punto de vista doctrinal, los primeros comentaristas del Código Civil, al tratar el artículo 991, aluden en buena medida a esta conexión entre el mandato de la norma y un posible vicio de consentimiento genérico (error, sin duda) en la aceptación o repudiación de la herencia.

Así, MANRESA[33] se remite a las Partidas (P.6, Título VI, Ley 14) como origen de la norma actual. Allí parece aludirse a una idea de *vicio de consentimiento* como fundamento de la norma: no se puede aceptar, ni tampoco repudiar, mientras se dudare si el causante es vivo o muerto. Remite también dicho autor al supuesto del heredero bajo condición suspensiva,

que no puede heredar ni repudiarla hasta que la condición se cumpla. Sostiene también dicho autor que no puede sucederse a una persona viva, y lo refiere específicamente a la aceptación, en cuanto que la misma es completamente ineficaz si se hace antes de morir el causante (aunque se haga en la creencia de que había muerto el causante, y aunque el causante muera poco después de la aceptación, y cita al efecto a POTHIER). Respecto de la exigencia adicional de que el llamado conozca y esté cierto de la muerte y de su derecho a heredar, MANRESA sostiene, citando a LAURENT, que la aceptación (y la renuncia) es un acto de voluntad, y la voluntad supone conocimiento. En realidad, remite de nuevo implícitamente a un problema de falta de consentimiento formado y de vicio del consentimiento[34].

Por otro lado, el citado autor aplica el artículo 991 del Código Civil al caso de designado en testamento como sustituto, o al designado por ley para el caso de que falten otros parientes más próximos. Aquí considera que al no tener un derecho definitivo, sino uno posible o eventual, su aceptación/renuncia serían ineficaces, porque en el momento de manifestar su voluntad no eran herederos. En cambio, sí admite la posibilidad de que acepte/repudie el heredero instituido en primer término pero bajo condición (aunque reconoce que las Partidas decían otra cosa)[35].

En suma, parece referirse MANRESA, al comentar el citado artículo 991, más bien a un tema de vicio del consentimiento (o acaso de falta de objeto de la aceptación). Alude a dos razones poderosas de la norma: a) respecto del dueño de los bienes, quien puede mudar su voluntad antes de fallecer, por lo que el que acepta, se movería «en el vacío» (*¿por falta de objeto*?), es decir, no acepta nada porque no tiene derecho a nada, no es heredero ni por voluntad del testador, ni por la ley; b) respecto del sucesor, este tiene que sobrevivir al causante y tener capacidad de heredar (y eso no lo tendría antes de fallecer el causante).

A pesar de lo expuesto, creemos que es bastante dudoso que el artículo 991 del Código Civil guarde una conexión directa con cuestiones relativas a vicios de consentimiento, y menos en cuanto a establecer una suerte de vicio genérico (presuntamente error) invalidatorio de cualquier aceptación o repudiación cuando no se cumplen las exigencias subjetivas de la norma. De ser así, se habría previsto la posibilidad de un plazo de caducidad para impugnar, mientras que la norma se redacta en términos de negación general de los actos de aceptar/repudiar en tanto no concurran una serie de presupuestos objetivos y subjetivos.

En todo caso, desde esta perspectiva, caso de ser acogida, habría una consecuencia respecto de la cuestión que aquí nos planteamos, y es que no se podría decir en ningún caso que dicha norma constituya un obstáculo a que un sujeto, siendo plenamente consciente de lo que hace, y por tanto *sin incurrir en vicio del consentimiento alguno*, pueda renunciar

anticipadamente a los posibles derechos que le pudieran corresponder en una futura herencia.

B) La conexión entre el artículo 991 del Código Civil y el dies a quo *para el cómputo de los plazos para aceptar/repudiar y para ejercitar la acción de petición de herencia*

Excluido que el artículo 991 del Código Civil esté pensado razonablemente en términos de concurrencia generalizada o presunta de vicio de consentimiento, y que ello sea aplicable a los supuestos en que se renuncia anticipadamente (y de forma consciente y deliberada, habría que añadir) a la herencia, debemos plantear otras opciones.

La que más nos convence es aquella que considera que la norma referida tiene, a nuestro juicio, mucho más sentido en términos de *fijación de los presupuestos necesarios para el inicio del cómputo de los plazos* para ejercitar la acción de petición de herencia (art. 1016 CC), o en general, de plazos para poder manifestar la voluntad de ser heredero en una concreta herencia (arts. 1004 y 1010 y sigs. CC).

Desde esta perspectiva, es muy lógico que no se pueda entender iniciado el cómputo de los plazos cuando, a pesar de haber fallecido el causante y haberse abierto la sucesión y saberse quiénes son los llamados, el concreto llamado no tenga aún conocimiento de su llamamiento, por circunstancias muy variadas. Así pues, en la medida en que no lo conoce con seguridad, el llamado formalmente a esa concreta herencia no tiene la posibilidad real de deliberar y decidir si acepta o repudia, por lo que es lógico que se exija su conocimiento efectivo, desde una perspectiva subjetiva o personalizada, para poder hacerlo y empezar a computarse los plazos.

Estaríamos, por tanto, *mutatis mutandi*, ante una manifestación concreta, diversa de la general del artículo 1969 del Código Civil, sobre la forma de cómputo de plazos, similar a la del artículo 1968 del Código Civil respecto de la acción de responsabilidad extracontractual, que exige como sabemos el *conocimiento efectivo* de los daños y sus causas para empezar a correr el plazo para reclamar la reparación de los daños. *Solo que aquí se introducen más exigencias legales para poder iniciar el cómputo de los plazos*, siendo tanto el conocimiento de que falleció el causante y, sobre todo, el conocimiento de que el sujeto ha sido llamado a la herencia de aquel, los presupuestos necesarios para poder hacer correr los plazos para aceptar y repudiar, para aceptar a beneficio de inventario o para ejercitar la acción de petición de herencia.

Así pues, desde este punto de vista, el sujeto concretamente llamado a una herencia, ha de tener conocimiento de la muerte del causante y de que

ha sido llamado a esa herencia, para poder ejercitar las opciones que le ofrece la ley. Es más, seguramente no bastará que conozca que es con toda probabilidad heredero o legatario, sino que es preciso además que sepa con precisión el alcance de lo que se le ofrece, y las condiciones específicas de su llamamiento hereditario[36].

Esto significa, por ejemplo, que el plazo no puede empezar a computarse si el llamado, creyendo que tiene un *ius delationis* intestado, por estar convencido de que el causante no hizo testamento, se descubre *mucho tiempo después de su muerte* que había un testamento en que se le llamaba por vía testamentaria, y ello incluso aunque fuese con el mismo contenido patrimonial que si fuese intestado. En esta dirección, el artículo 1009 del Código Civil proporciona un argumento favorable a esta interpretación, desde el momento en que se prioriza por el legislador la vía testamentaria frente a la intestada, teniendo el mismo contenido. En estos casos, se dispone de un plazo para optar entre aceptar/repudiar que se debe computar a partir de ese momento, por corresponderse con la verdadera delación hereditaria. Por supuesto, la idea queda reforzada si, como suele ser bastante frecuente, el llamamiento testamentario difiere, aunque sea en poco, del presunto llamamiento por vía intestada.

Hay que tener en cuenta que también pueden darse casos —y seguramente van a ser frecuentes en el futuro— en que el llamado a la herencia lo sea por vía intestada, y se trate de un pariente de tercer o cuarto grado en la línea colateral, que además viva lejos del lugar de fallecimiento del causante (el cual puede ser una persona muy mayor y sin descendencia). Puede suceder que, aun sabiendo de su muerte, desconozca por completo que puede ser heredero intestado, transcurriendo meses e incluso años sin saber nada al respecto. Existen en la actualidad despachos de abogados e investigadores que se ocupan precisamente de indagar en la parentela lejana del sujeto fallecido sin descendientes, pudiendo tardar años en averiguarse la identidad del posible pariente con derecho a heredar. Parece lógico que, por razón de efectiva tutela de los derechos (sea en vía extrajudicial o judicial) *ex* artículo 24 CE, el beneficiario tenga una posibilidad real de ejercitar la opción de aceptar o repudiar, para lo cual es imprescindible que los plazos para hacerlo se computen desde que se tuvo conocimiento de los datos señalados en el artículo 991 del Código Civil.

Como complemento de lo anterior, hay que recordar que el artículo 1016 del Código Civil, referido a la acción de petición de herencia (y a la aceptación a beneficio de inventario en los casos no incluidos en los ars. 1014 y 1015 CC) no establece los presupuestos a partir de los cuales se puede empezar a computar el plazo de la acción de petición de herencia. Es más, parece lógico que los plazos de los dos artículos anteriores (art. 1014 y 1015 CC) también se computen a partir de ese conocimiento efectivo del

verdadero llamamiento hereditario, y no desde que se empezaron a poseer los bienes hereditarios, pues es imaginable que ya los poseyera desde antes de la muerte del causante, y no supiera de ese hecho ni de su concreto llamamiento a la herencia de este último.

El artículo 991 del Código Civil, entendido en la forma en que lo hacemos, tiene igualmente sentido en aquellos casos en que hay un primer llamado o *delado* y este tarda un tiempo relevante en decidirse, y acaba optando finalmente por repudiar la herencia. En estos casos, es lógico que *el segundo llamado* disponga de las mismas oportunidades, y del mismo tiempo, que el primero. Es obvio que este sujeto (segundo llamado), hasta que no se produce la repudiación del primer llamado y tiene conocimiento de ello, no tiene ninguna certeza de su derecho hipotético a la herencia, por lo que se le aplicaría el artículo 991 del Código Civil, aun habiendo transcurrido mucho tiempo desde la muerte del causante y la apertura de su sucesión. Para dicho sujeto, por tanto, el plazo para ejercitar su *ius delationis* y aceptar o repudiar la herencia deferida, empezaría a correr, frente a ese concreto llamado, desde que se han dado las condiciones del citado artículo 991 del Código Civil, y tiene conocimiento de su derecho a la herencia (aun cuando tuviera conocimiento del fallecimiento del causante, no tendría conocimiento de su concreto derecho a la herencia desde que repudió el primer llamado, y llegó a conocer de esa repudiación, lo que también puede haber tardado tiempo adicional en saberse).

En este sentido, rechazamos la tesis de quienes sostienen que el plazo de prescripción de la acción de petición de herencia empieza *para todos* a contar desde el fallecimiento del causante, incluso en caso de haber un segundo llamado, por repudiación del primero, o en caso de transmisión de *ius delationis* a aquel. A nuestro juicio, cada sujeto llamado debe disponer de un propio plazo prescriptivo, iniciado desde cero, y computado a partir de que se den *todas* las condiciones «subjetivas» del artículo 991 del Código Civil, al margen de que las condiciones «objetivas» se hubiesen dado mucho tiempo antes[37].

C) Rechazo de otras posibles interpretaciones

— Conviene finalmente descartar otras posibles lecturas del artículo 991 del Código Civil, como la que propone JORDANO FRAGA[38], para quien la citada norma encontraría su razón de ser en resolver el problema de los casos de institución de heredero bajo condición suspensiva, en el sentido de considerar que no habrá delación en su favor mientras no se cumpla esa condición, y relaciona dicha norma con el artículo 758 del Código Civil.

Como crítica a esta interpretación, hemos de señalar que el artículo 758 del Código Civil regula una cuestión relativa a la capacidad para suceder y el momento para apreciarla, pero no propiamente cuestiones referidas a los presupuestos para poder aceptar una herencia ya deferida. Por otro lado, esta tesis no permite resolver el caso, seguramente más frecuente que el del llamado como heredero bajo condición suspensiva, como sería el caso de que el llamado, por vivir lejos del causante (hecho cada vez más frecuente en la actualidad con la internacionalización de las relaciones personales y la deslocalización de las actividades profesionales o laborales), desconociese durante mucho tiempo que un pariente suyo había fallecido y podía haberlo llamado, testada o intestadamente, a su herencia. En estos casos es donde puede ser verdaderamente útil el artículo 991 del Código Civil, en su conexión con el derecho constitucional a la tutela (extrajudicial y judicial) de los derechos, en cuanto a hacer efectiva la posibilidad de ejercitarlos, a partir del momento en que se ha tenido conocimiento efectivo y pleno de su llamada a adquirirlos[39].

— Por COSTAS RODAL[40] se ha entendido también el artículo 991 del Código Civil en términos de norma reguladora de los presupuestos para la aceptación o repudiación. Es decir, la norma citada trataría de clarificar que no se puede suceder a una persona viva, y cuando se trata de ejercitar alguna de las dos opciones legales de aceptar o repudiar, es preciso que se haya abierto la sucesión con la muerte del causante.

No obstante, la autora afirma que la aceptación en vida del causante, incluso aunque el aceptante crea que ha fallecido el causante, también carece de efectos, con lo que está defendiendo en general la invalidez de cualquier acto de aceptación o repudiación antes de la apertura de la sucesión. Seguramente se está pensando *en la aceptación*, más que *en la renuncia* a una herencia en vida del futuro causante: lo que viene a decirse es que el heredero, aun cuando sea instituido en testamento, *no puede aceptar en vida del causante*, pues *no tiene sentido que lo haga, al no haber certeza de su derecho hasta la muerte del causante* (en cuanto además ha de sobrevivirle, lo que no es tampoco seguro que suceda). Sin embargo, nada dice la autora citada sobre la posible *renuncia anticipada*.

En este sentido, la norma no estaría pensada propiamente para un supuesto como este de manifestación de rechazo a la herencia o derecho hereditario futuro, anterior a la apertura de la sucesión, lo cual podría perfectamente tener lugar, a pesar de los términos del artículo 991 del Código Civil. Por lo tanto, dicha norma no serviría como base o fundamento para negar la renuncia anticipada a la herencia futura. Ese no sería su ámbito de aplicación, ni tampoco sería su *ratio* o finalidad propia.

Téngase en cuenta al efecto que *no es seguramente lo mismo aceptar una herencia antes de darse las condiciones del artículo 991*, para lo cual es imprescindible tener una delación hereditaria y conocer (*o tener la posibilidad*

real de hacerlo) el contenido de la herencia antes de aceptar, *que repudiar o renunciar anticipadamente a una herencia futura.*

En este último caso, no es preciso ni tener un llamamiento concreto, ni conocer el montante de la herencia, ni siquiera que el causante haya muerto, puesto que puede tener clara su voluntad de no suceder nunca en el futuro a ese concreto causante.

D) ¿Es el artículo 991 del Código Civil una norma con finalidad invalidatoria de una renuncia anticipada a una futura herencia?

Vistas las anteriores consideraciones, debemos concluir acerca si el artículo 991 del Código Civil constituye una base sólida en la que apoyar la nulidad o invalidez de una renuncia anticipada a los derechos que pudieran corresponder al renunciante en una determinada herencia aún no abierta, por no haber fallecido el causante de la misma.

De lo expuesto hasta ahora, cabe señalar que *no existe fundamento doctrinal* que permita obtener esa conclusión, dado que *la norma piensa en la posibilidad de aceptar o repudiar una herencia ya abierta, tras la muerte del causante*, pero sin que tenga conocimiento de ella el llamado, o sin que tenga conocimiento exacto de su derecho a heredar. La *ratio* de la norma, a lo sumo, gira alrededor de los posibles vicios del consentimiento del llamado, así como alrededor del momento de inicio de cómputo de los plazos para poder aceptar o repudiar, con remisión al plazo de ejercicio de la acción de petición de herencia (art. 1016 CC). Pero *no puede ser una norma que condicione ni dé una respuesta negativa a la posibilidad de renuncia anticipada a una herencia futura*.

Como antes se dijo, a nuestro juicio, seguramente es diferente el fundamento según que se trate de *aceptar* una herencia antes de darse las condiciones del artículo 991, o de *repudiar o renunciar anticipadamente*, para lo cual no debería ser preciso recibir un llamamiento concreto o que el causante haya muerto, puesto que puede tener clara su voluntad de no suceder nunca en el futuro a ese concreto causante.

Del mismo modo, esta interpretación del alcance del artículo 991 del Código Civil implica, en relación a los llamados a una herencia bajo condición suspensiva, el que *sea posible renunciar anticipadamente a esa herencia o derecho hereditario, o al* ius delationis, *con anterioridad a que se produzca el llamamiento efectivo tras el cumplimiento de la condición*, siendo dicha renuncia plenamente válida y eficaz.

No sucederá lo mismo respecto de la aceptación, donde puede ser razonable esperar a que se produzca el llamamiento efectivo para tener la posibilidad de indagar en el estado del patrimonio hereditario, y así optar

por la aceptación. En esas situaciones, es evidente que el plazo legal para aceptar/repudiar o para ejercitar la acción de petición de herencia, no debe empezar a correr para este sujeto hasta que no se den todas las condiciones objetivas y subjetivas del artículo 991 del Código Civil (sin perjuicio de que mientras tanto un tercero pueda aprovechar la coyuntura para adquirir por usucapión algunos bienes hereditarios).

En conclusión, si se acepta la perspectiva expuesta sobre el sentido del artículo 991 del Código Civil, en cuanto a servir de punto de referencia temporal para iniciar el cómputo del plazo para aceptar o repudiar, entonces puede ser fácil concluir la plena licitud de un acto de renuncia a la herencia futura de un sujeto concreto, por cuanto *el citado artículo 991 del Código Civil no constituiría un obstáculo a tal fin*, ya que su sentido o *ratio* no sería la de prohibir o hacer nulos este tipo de manifestaciones, realizadas antes de la muerte o antes del conocimiento de la muerte (o antes del llamamiento hereditario o del conocimiento de ese llamamiento hereditario). La norma se ocupa primordialmente de atender al momento en que se puede aceptar una herencia (también repudiarla). Su *ratio* sería propiamente la de establecer a partir de qué momento y con qué condiciones se puede empezar a computar el plazo para aceptar una concreta herencia. El acento no se pondría tanto en establecer la negación de una renuncia previa a una herencia futura, si aún no ha fallecido el causante, cuanto en que, *cuando se quiera optar entre aceptar/repudiar, habrá que hacerlo dentro de un periodo de tiempo que se inicia cuando se dan los presupuestos del artículo 991 del Código Civil*, incluyendo de manera específica *la exigencia del conocimiento efectivo del llamamiento hereditario* a favor del beneficiario[41].

Visto desde otra perspectiva, y dicho con más claridad: ¿contiene realmente el artículo 991 del Código Civil un mandato imperativo de prohibir una renuncia anticipada a un futuro derecho hereditario? A nuestro juicio, por todas las razones expuestas, *claramente no*. Su sentido y finalidad son propiamente otros, dando respuesta a situaciones diversas que se pueden plantear en la realidad práctica.

2. Sobre la posibilidad de renuncia a una herencia de causante ya fallecido pero aún no deferida al renunciante

Como complemento de nuestro anterior razonamiento, y aunque la mayoría de la doctrina no ha profundizado demasiado en este asunto, existen sin embargo algunos autores que se han planteado la posibilidad, y por tanto la licitud, de que un sujeto aún no *delado* o llamado *in concreto* a una herencia, pueda renunciar a la misma antes de llegar ese momento, pero lo haga *con posterioridad a la muerte del causante y la apertura de su sucesión*.

El caso típico podría ser, entre otros, aquel del llamado bajo condición suspensiva, mientras no llega la condición. Pero también podría incluirse aquel otro supuesto en que, siendo un sujeto llamado como sustituto vulgar de otro llamado en primer lugar, y no habiendo aún optado este último por aceptar o repudiar, el sustituto se plantee la posibilidad de renuncia a la futura herencia, o parte de la misma, a la que pudiera ser llamado, y lo haga efectivamente antes de nacer y recibir su delación concreta[42]. También podríamos añadir el caso en el cual, habiendo una sustitución fideicomisaria condicional, el fideicomisario, no estando aún seguro su llamamiento, se plantee la renuncia anticipada, en cuyo caso, de ser válida, determinaría que el fiduciario pudiera quizás ser considerado heredero definitivo, si no hubiera ulteriores llamados a fideicomisario condicional[43].

Nuestro planteamiento en este apartado gira, por tanto, alrededor de la especial situación del aún no llamado a una herencia que ya está abierta, al haber fallecido el causante y ser factible conocer el estado de su patrimonio en el momento de su muerte, siempre a partir del presupuesto de que ese sujeto fuera *conocedor tanto de la muerte del causante como del derecho que le correspondería en su herencia si fuera finalmente llamado a la misma*, y decida por anticipado manifestar su voluntad de no recibir esa herencia, si es que le correspondiese en el futuro.

Como puede suponerse, el inconveniente de esta posibilidad de renuncia anticipada no sería ni la falta de objeto (pues ya existe, y existe la posibilidad de adquisición de los derechos incluidos en esa herencia, o en parte de la misma), ni tampoco el posible vicio del consentimiento derivado de una hipotética falta de conocimiento de la muerte del causante o del contenido patrimonial que le pudiera corresponder, si se confirma el llamamiento, del cual sin duda podría informarse con anterioridad a tomar su decisión, sino la falta de seguridad acerca de si va a recibir ese llamamiento hereditario, al estar «condicionado» de una u otra manera. Es decir, se trataría de que faltaría aún por cumplirse la condición subjetiva del artículo 991 del Código Civil de que esté cierto de su llamamiento final a la herencia, al no tener aún la seguridad de que tiene una delación hereditaria (pero no estaría necesariamente incierto del derecho que le correspondería finalmente, que podría saberlo perfectamente).

Pues bien, en relación a esta cuestión, no se nos ocurre qué poderosa razón jurídica, moral o de otro tipo, impediría a ese sujeto, conocedor de la realidad que se le puede ofrecer, la elección anticipada de su decisión sobre esa herencia futura, en cuanto a optar por renunciar a su derecho, si en el futuro fuera llamado.

Téngase en cuenta que, en defensa de esta solución, jugaría el hecho de que, de ese modo, es decir, mediante una renuncia anticipada, se facilitaría la sucesión y se despejarían las posibles dudas sobre el destino de los bienes

hereditarios, lo que redundaría en aras de la rápida sucesión de los herederos o sucesores finales, por lo que hay razones relevantes de orden organizativo y económico que apoyarían su licitud y eficacia.

En realidad, si se piensa bien, en estos casos concretos, el único inconveniente se centraría en que el sujeto que pudiera ser llamado en el futuro a esa herencia ya abierta, eligiese la vía de *aceptar la herencia*, en cuanto que la aceptación seguramente exigiría para poder ser válida e inimpugnable, la existencia de la delación actual y su conocimiento por el llamado. En cambio, *no son las mismas las razones para el caso de la renuncia a la herencia* —renuncia, que no propiamente repudiación—, en cuanto que la facultad de decidir el abandono o rechazo a esa herencia, no necesita estar supeditado en absoluto a que haya un llamamiento hereditario actual.

Dicho de otro modo, a pesar de que el legislador ponga al mismo nivel y atribuya las mismas características a la aceptación y la repudiación de la herencia (arts. 988 y sigs. CC), al lado de ambas debe existir la posibilidad de que, por múltiples motivaciones, *el sujeto que se ve como próximo a ser llamado a una herencia*, pueda decidirse por *renunciar anticipadamente*, cuando menos en estas hipótesis de sucesión ya abierta pero pendencia aún del llamamiento hereditario concreto. *No hay ninguna buena razón para negársele esta alternativa*. Únicamente podría estar justificada en una tutela del propio renunciante (a quien se le supone mayor de edad y plenamente capaz) frente a sus propios actos y sus propias decisiones, lo que supondría una tutela desorbitada, e incomprensible desde el punto de vista del orden público y del libre desarrollo de su personalidad.

Téngase en cuenta que la hipótesis que analizamos aquí puede incluir otras posibles situaciones. Por ejemplo, supongamos que el llamamiento de un sujeto a la herencia del ya fallecido ha quedado supeditado a la posible concurrencia de una causa de indignidad del mismo, con base en hechos o decisiones judiciales posteriores a la muerte del causante. Este sujeto debería tener la opción de expresar, antes incluso de que se inicie una posible disputa civil —que no penal, como alguna de las causas de indignidad previstas en el artículo 756 del Código Civil—, su intención de no adquirir la herencia, en previsión de que pudiera ser condenado penalmente. Este sujeto aún no tendría una delación hereditaria segura, al estar pendiente del resultado del proceso penal, por lo que debería tener la opción de renunciar de forma anticipada, lo que le podría servir además para desactivar las posibles acciones de los otros sujetos interesados en la herencia, facilitando así de nuevo una resolución rápida, pactada incluso, y a la postre beneficiosa para todos los sujetos implicados.

Del mismo modo, cabe pensar en una disputa entre dos o más herederos o legatarios o legitimarios sobre la impugnación del testamento otorgado por el causante, testamento en que puede estar llamado como heredero

voluntario alguien que no interviene en el proceso civil impugnatorio (v.gr., una institución benéfica privada, o un allegado del causante, que no quiere inmiscuirse en esta pugna, y ha sido declarado en rebeldía). Es indudable que este sujeto debe tener la posibilidad de expresar, si es ese su deseo, su voluntad de renunciar al derecho, todavía incierto, que le pudiera corresponder en esa herencia, antes de resolverse por sentencia firme el litigio sobre la validez o invalidez del testamento.

Estos son solo algunos de los posibles casos en que puede estar perfectamente justificado un pronunciamiento anticipado de quien pudiera tener un derecho a la herencia, no siendo el artículo 991 del Código Civil un obstáculo para esa posibilidad. Lo único es que se habría renunciado a esa herencia *antes de que hubiera empezado a correr el plazo legal* para poder optar entre aceptar o repudiar, el cual se computaría justamente a partir de tener una delación hereditaria concreta y segura, y de que el llamado tuviera conocimiento efectivo y pleno de ella.

Como es lógico, *estas conclusiones son trasladables, prácticamente por los mismos o muy similares motivos, a la renuncia anticipada a la herencia de un sujeto aún no fallecido.*

No hay de nuevo ningún motivo especial para proteger al sujeto frente a sí mismo, frente a su decisión libérrima de negar la entrada futura en su patrimonio de bienes de una concreta procedencia.

A ese respecto, debe ser indiferente que lo haga antes de fallecer el sujeto, o después de hacerlo pero antes de recibir una delación concreta, pues en ambos casos se estaría tomando una decisión de excluir bienes con un determinado origen sin tener todavía ningún derecho ni expectativa de recibirlos. No se trataría del ejercicio de la opción inherente a un *ius delationis* actual, sino del *derecho o facultad de todo sujeto de organizarse patrimonialmente y de forma previsora*, *aquí en el sentido de manifestar su voluntad de no recibir bienes hereditarios procedentes de la futura herencia de un sujeto concreto.*

IV. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1006 DEL CÓDIGO CIVIL COMO HIPOTÉTICO OBSTÁCULO A LA RENUNCIA ANTICIPADA A LA HERENCIA. SOBRE EL «*IUS DELATIONIS*» Y SU POSIBLE RENUNCIA

Existe una cierta idea más o menos aceptada en la doctrina civilista referida a que el artículo 1006 del Código Civil viene a servir de fundamento a una automaticidad en la transmisión del *ius delationis* (en adelante, ID) a los herederos del *delado* que no aceptó ni repudió (y murió sin hacerlo), a partir de considerar que a ello subyace una *patrimonialización* del ID incluyéndolo de forma automática en la herencia del llamado[44].

Este planteamiento supondría cerrar el paso a cualquier modo de disponibilidad de ese derecho o expectativa, ya sea *inter vivos* como *mortis causa*. Pero sobre todo, en lo que aquí nos interesa, supondría o podría suponer una imposibilidad para el sujeto llamado de cerrar o rechazar la entrada en el propio patrimonio (del sujeto transmitente) del derecho de opción que supone la delación hereditaria, mediante una posible renuncia a ese derecho, tanto en el momento en que ya se hubiera abierto sucesión hereditaria por muerte del causante, como también si se pretendiera hacer de forma anticipada, antes de fallecer el causante, *mediante una renuncia anticipada al futuro «ius delationis» que le pudiera corresponder en una concreta herencia*. Téngase en cuenta que nos referimos tanto a *la posibilidad del sujeto llamado de impedir la entrada en el propio patrimonio de la facultad de elegir entre aceptar o repudiar*, sin que ello implique catalogar tal facultad como un derecho subjetivo renunciable, como a *la renuncia efectiva al ID considerándolo ahora como verdadero derecho subjetivo, o derecho de naturaleza asimilable al mismo* (derecho potestativo o poder de configuración jurídica).

1. Problemas de técnica jurídica del artículo 1006 del Código Civil, y demás preceptos concordantes

Por lo pronto, el examen del artículo 1006 del Código Civil, y los demás preceptos reguladores de la aceptación/repudiación y de la delación hereditaria y sus posibilidades, lleva a una primera conclusión, y es que dichos preceptos adolecen de suficiente técnica jurídica, en cuanto se utilizan términos que muchas veces no son los correctos.

No solo nos referimos al hecho de que el propio artículo 1006 del Código Civil, por ejemplo, hable del «heredero» que muera antes de aceptar ni repudiar, cuando sabemos que tal sujeto no es propiamente heredero todavía, sino un simple «llamado». También existen otros artículos relacionados que incurren en el mismo defecto, tales como los artículos correlativos del 1006, como el artículo 1000 del Código Civil, que insiste en llamar «heredero» a quien aún no lo es por no haber aceptado, el artículo 1001 del Código Civil, sobre el «heredero» repudiante, lo que es una *contradictio in terminis*, o el artículo 1005 del Código Civil, sobre la *interpellatio in iure*, que sigue llamando heredero a quien aún debe optar entre aceptar o repudiar. Esta falta de precisión terminológica ha sido puesta de manifiesto por algunos autores[45], quienes sin embargo acaban sustentando una parte importante de sus posiciones sobre el sentido y alcance del artículo 1006 del Código Civil justamente en la literalidad de la norma, lo que no parece de recibo.

Precisamente por esa falta de técnica, es por lo que debemos poner en tela de juicio que dicho artículo 1006 del Código Civil utilice de forma

correcta expresiones como las de *«pasará a los suyos…»*, en cuanto a si esa expresión de *«pasará»* debe interpretarse como que *«transmitirá»,* y que esa presunta «transmisión» se haga a través de la herencia del llamado transmitente, o si se trata más bien de que es *la propia ley* la que ordena que se transfiera ese *«ius»* a los herederos del llamado. Del mismo modo, también es dudoso que sea correcta la expresión *«el mismo derecho»*, en cuanto estemos por tanto ante una sustitución de otro sujeto *en el mismo derecho preexistente, que por lo tanto no se extinguiría*, cabiendo frente a ello la posibilidad de que se trate de una atribución *ex lege de la misma posición jurídica*, *sin que propiamente estemos ante un mismo derecho inalterado en su contenido, y solo modificado en cuanto a su titularidad.*

Igualmente, y sobre todo respecto de lo que nos afecta ahora, debemos poner también en cuestión que el legislador utilice la expresión *«derecho»* en un sentido técnico de considerar como verdadero derecho, esto es, *como un auténtico derecho subjetivo*, la facultad de opción concedida entre aceptar y repudiar la herencia, derecho que hipotéticamente habría entrado en el patrimonio del llamado que fallece, sin contar con su aquiescencia. Sin olvidar finalmente el sentido de la expresión *«los suyos»*, que no es tampoco seguro que se utilice para referirse a «los herederos del llamado», de modo que podría aludir más bien a los *parientes o descendientes del llamado*, como posibles sujetos con la misma facultad del llamado que no pudo aceptar ni repudiar.

En consecuencia, a la vista de lo anterior, debemos plantearnos críticamente si en verdad el artículo 1006 del Código Civil puede servir de base segura a una entrada automática del ID en el patrimonio del llamado, y a partir de ahí, se disponga una suerte de «transmisión», también automática, *mortis causa*, al patrimonio del heredero o herederos del llamado, tras su muerte, *haciendo completamente indisponible tal facultad*. En consecuencia, también puede resultar muy dudoso si, a los efectos que aquí nos interesan, el artículo 1006 del Código Civil, y demás preceptos concordantes, constituyen o no un apoyo relevante para impedir *la posibilidad de renuncia a la entrada en el patrimonio del sujeto del denomimado «ius delationis»* o derecho de optar entre aceptar y repudiar, *sin que ello implique ejercitar la opción misma*, y a la postre, si constituyen o no esta norma y sus correlativas un apoyo relevante para rechazar la posibilidad de renuncia *anticipada* a la herencia.

2. Nuestra posición acerca del sentido y alcance del artículo 1006 del Código Civil

La doctrina no acaba de ponerse de acuerdo acerca del fundamento del artículo 1006 del Código Civil ni de su verdadera finalidad. Al margen

de su origen histórico, en el que no entramos por no ser suficientemente revelador, un sector importante de la doctrina ha intentado señalar que en dicho precepto legal se contiene una suerte de norma excepcional, frente a una regla general. A partir de aquí, las explicaciones varían.

Así, hay quien como ALBALADEJO[46] incide en la idea de ser una excepción a la regla de que los sucesores de una herencia han de estar entre quienes recibieron vocación a la misma en su origen. Por su parte, JORDANO FRAGA[47] reconoce la excepcionalidad del artículo 1006 del Código Civil, siendo su finalidad la de impedir la disponibilidad *mortis causa* del *ius delationis*.

Por su parte, BOSCH CAPDEVILA[48] entiende que el ID tiene naturaleza personalísima y por eso es indisponible, a pesar de lo cual la norma del artículo 1006 del Código Civil admite de forma excepcional que se produzca la transmisión a favor de los herederos del llamado, produciéndose una transmisión *ex lege* sin que el transmitente ni el transmisario puedan oponerse a tal transmisión, en cuanto el ID pasará a formar parte de la herencia del transmitente; afirmando finalmente la autora que el *«ius transmissionis»*, a pesar de su denominación, no es en realidad ningún derecho, sino la cualidad del *ius delationis* de ser transmitido.

En cualquier caso, *la idea de excepcionalidad inherente al supuesto regulado legalmente*, sea en el sentido que sea, lleva inevitablemente a una primera conclusión, la de que *no cabe extender su alcance más allá de su estricta finalidad*, lo que supone una perspectiva muy importante a la hora de valorar las cuestiones que aquí se nos plantean[49].

Junto a lo anterior, entendemos que el artículo 1006 del Código Civil puede tener para el legislador una *finalidad fundamentalmente aclaratoria*, en concreto de la duda suscitada acerca de *qué sucede cuando un sujeto ha sido llamado a una herencia y muere después del causante pero antes de decidirse por aceptar o repudiar, y si ello supone la pérdida de la facultad de opción, y en caso afirmativo, quién ostentará esa facultad de elegir*.

Ello implica por tanto que no cabe atribuirle la relevancia que se le otorga por un sector de la doctrina en cuanto a la existencia de un presunto «derecho» (el llamado *ius delationis*) que ingrese de forma automática en el patrimonio de todo sujeto llamado a una herencia, y sin posibilidad de control alguno por parte del mismo, y sin que tenga la posibilidad de impedirlo mediante la renuncia previa, o de disponer de él por cualquier tipo de acto *inter vivos* o *mortis causa* (suponga o no entender aceptada la herencia por tal causa). *Todos estos posibles efectos o consecuencias supondrán seguramente ir mucho más allá de lo que sería la finalidad propia* o *ratio de la norma*, dentro de la gran confusión terminológica generada.

Así pues, en concreto, la referencia a la *«transmisión»* («pasará a los suyos…») puede entenderse, a nuestro juicio, en dos posibles sentidos aclaratorios:

1. *Como aclaración* de que el llamamiento hereditario, *aunque es personalísimo*, *no se extingue a la muerte del llamado*, sino que de forma excepcional se transmite a los propios herederos del llamado, dentro de su herencia, para disipar la posible duda que pudiera existir conforme a los antecedentes históricos[50]. O bien,

2. *Como aclaración de que los herederos del llamado*, por si había alguna duda, *son los concretos destinatarios del mismo derecho que tenía dicho llamado* que murió sin aceptar ni repudiar. Esta segunda lectura sería *partiendo de que no sea personalísimo el llamamiento hereditario*, pero para aclarar algo que no era necesario que una norma lo dijese, esto es, que la delación entendida como «derecho» (*ius delationis*) se integra en el patrimonio hereditario, *como cualquier otro derecho*, transmitiéndose por vía hereditaria a la muerte del causante/testador *a sus herederos*. Por eso, el artículo 1006 del Código Civil trataría de señalar que, a pesar de su singularidad, *también* pasará a los herederos esta facultad (aunque sin decir que necesariamente se transfiere como integrada en la masa hereditaria)[51].

Precisamente por eso, a nuestro juicio, esa «transmisión» («pasará a los suyos…») no necesariamente tiene que ser leída como una disposición legal que ordene una transmisión automática, sino que más bien podría ser entendida como un mandato legal de hacer que la facultad de optar entre aceptar y repudiar, *que podría perderse por ser a priori personalísima*, sin embargo, *por disposición legal*, *no se perdería*, sino que, a la muerte del llamado, se atribuiría *ope legis*, esto es, de forma automática, a los herederos de este último. Por lo tanto, no se trataría de una facultad que se adquiriría forzosamente a través del patrimonio del llamado que murió sin aceptar ni repudiar, del que previamente habría que aceptar su herencia, sino que se adquiriría *por mandato legal*, solo que con designación, como específicos beneficiarios, del «heredero» o herederos del fallecido. Por cierto, como sucede en nuestra legislación con otras facultades o derechos de índole personalísima[52].

Es decir, según esta lectura, perfectamente posible, la facultad de opción entre aceptar y repudiar la obtiene en primer lugar el llamado a la herencia, pero se extinguiría a su muerte, *naciendo de forma inmediata* —por no ser personalísima— en cabeza de los herederos del llamado.

Como apoyo de esta interpretación, cabe entender que la expresión «el mismo derecho» podría entenderse también como una especificación por parte del legislador de que cuando son llamados los herederos del llamado fallecido, estos no ostentarán un derecho nuevo y de contenido distinto —como sucedería con cualquier otra delación independiente y autónoma—, sino que continuarían *en los mismos términos que el llamado*, especialmente a efectos de, por ejemplo, *continuar con el mismo plazo que este tenía para aceptar o repudiar (art. 1016 CC) o con el mismo plazo para*

aceptar a beneficio de inventario, impidiendo así demoras excesivas en la aceptación de la herencia[53].

Ha de tenerse en cuenta que, desde la perspectiva de la transmisión, la norma del artículo 1006 *puede resultar finalmente inútil*: siendo el ID un derecho adquirido automáticamente y sin control por parte del llamado, es evidente que *se transmitiría con toda la herencia, como un derecho más de la misma, a favor de sus sucesores universales*. Por tanto, *no hacía falta que la ley lo dijese*, sino que *sería un efecto del mandato general de transmisibilidad a los herederos o sucesores universales de la totalidad de los derechos de que era titular el causante (art. 659 CC)*. Es por ello que creemos que procede otra explicación, como la que se ha propuesto.

Por otro lado, *el hecho de que sea indisponible la condición de heredero* (*semel heres semper heres*), como ha sido dicho al tratar el origen de la norma, *no implica como efecto automático e inexorable que no pueda ser en ningún caso disponible ni renunciable el llamado ID*. En concreto, no lo sería en el sentido de hacer inviable el control de entrada de tal facultad en el propio patrimonio, si resultaba ser esa la voluntad del llamado, como ahora veremos.

La indisponibilidad de la condición de heredero no tiene como correlato necesario e imprescindible la total y absoluta indisponibilidad del *ius delationis*, *no siendo el sentido del artículo 1006 del Código Civil el de fijar esa total indisponibilidad.* E *incluso aunque fuera indisponible, ello no supondrá un obstáculo a la renunciabilidad*. En este sentido, el artículo 1006 del Código Civil estaría pensado a lo sumo, por su excepcionalidad, para la transmisibilidad automática *mortis causa*, habiendo incluso autores, como ALBALADEJO, que defienden también la posibilidad de esa disposición *mortis causa* en algunos casos, sin que ello implique aceptación[54]. Pero no para el supuesto concreto de renuncia unilateral al *ius delationis* por parte del llamado.

Así pues, *no se puede trazar una correlación directa entre indisponilidad de la condición de heredero e indisponibilidad del* ius delationis, *ni, con mucho menos motivo, una correlación entre indisponibilidad del ID e irrenunciabilidad del mismo*[55]. Además, no puede perderse de vista que la tradicional indisponibilidad de la condición de heredero *responde primordialmente a la necesidad de proteger a los acreedores hereditarios* frente a actos del causante o del propio heredero, no ya como mecanismo protector de los intereses del llamado, o de los herederos de este, que es lo que subyace seguramente en el mandato del artículo 1006 del Código Civil.

Del mismo modo, esa excepción al carácter personalísimo de la condición de heredero en que consiste el mandato del artículo 1006 del Código Civil, *no explica por qué el ID entra en el patrimonio del llamado de forma automática y sin control por su parte*, *ni explica tampoco por qué, a juicio de quienes lo defienden, no se puede renunciar al mismo una vez recibido, y sin*

necesidad de proceder a elegir entre aceptar o repudiar. Del mismo modo, tampoco explican por qué no puede ser posible renunciar *anticipadamente* al ID por parte del futuro beneficiario, antes de recibir la delación, o antes de fallecer el causante. Puede explicar, eso sí, y esa puede ser su finalidad, por qué no es cedible la posición de heredero en su conjunto, una vez adquirida la herencia, ni siquiera a través de una venta de herencia, incluso puede explicar por qué, una vez llamado el sujeto, no puede ceder *inter vivos* su ID, sin a la vez aceptar la herencia.

Dice JORDANO FRAGA[56] que la condición de heredero (o el que pueda serlo) no puede depender de este sino que está en manos del causante siempre. Sin embargo, ello no puede suponer que el heredero (*rectius*: el llamado) no tenga ningún poder de control sobre lo que entra en su patrimonio, si de lo que se trata es de una delación hereditaria o facultad de opción.

A este respecto, *no hay ninguna norma que expresa o implícitamente excluya ese poder de control ab initio por parte del llamado a una herencia que aún no se ha aceptado*, como sucede respecto de cualquier derecho subjetivo o facultad jurídica deferido pero aún no adquirido[57]. Por lo tanto, lo mismo deber suceder por lógica respecto del llamado ID, para el cual el artículo 1006 del Código Civil no constituye una base o fundamento para hacer una excepción.

Pero desde luego, *con mucho menos motivo ese artículo constituye una base para impedir que, mediante un acto de renuncia, un sujeto pueda cerrar la puerta a la entrada en su patrimonio de un concreto ID*.

A este respecto, tampoco el artículo 1001 del Código Civil constituye un argumento en contra, en cuanto esa norma a lo sumo puede guardar relación con una posible (ineficacia parcial de la) repudiación de una herencia deferida, tutelando los intereses de los acreedores en esos casos, es decir, en todo caso la norma se podría conectar como mucho con un acto de ejercicio de la opción inherente al ID, pero no con una renuncia al ID mismo. Este derecho o facultad debe poder ser renunciado libremente de forma previa, sin que los acreedores del renunciante puedan tener voz ni voto en esa decisión.

3. Sobre la posibilidad de renunciar al *ius delationis* sin que ello suponga una renuncia o repudiación de la herencia

Abundando en lo anterior, son muy interesantes las aportaciones ya clásicas en este punto de ALBALADEJO[58], quien desde hace años viene defendiendo, como sucede con cualquier otro derecho, la posibilidad de renunciar al ID mismo, como derecho que es, sin que ello suponga repudiar la herencia[59].

Es más, defiende el citado autor la posibilidad de renunciar la expectativa misma en que consiste el ID, antes de que sea posible repudiar la herencia (porque no existiendo todavía ID, aún no se puede ejercitar la opción de aceptar o repudiar). Pone a tal fin el ejemplo del *instituido bajo condición suspensiva*, quien adquiere el *ius delationis* a partir del cumplimiento de la condición, pero a *quien no se le puede negar a su juicio la posibilidad de renunciar a la expectativa del ID*, pudiendo ya de antemano despejar la duda de si va a ser o no heredero, renunciando sin más a esa expectativa[60]. Lo justifica además en la idea más arriba ya señalada de que esta posibilidad de renuncia anticipada puede responder a una razón de *utilidad*, en cuanto facilita la ordenación de la sucesión *mortis causa*, despejando rápidamente alguna de las posibles incertidumbres, como la de saber quién o quiénes van a querer heredar.

Por otro lado, también es interesante lo que dice ALBALADEJO sobre esta renuncia anticipada a un ID futuro, y es que, siendo posible y eficaz como renuncia o repudiación anticipada, *no hay simetría respecto de la aceptación*, de modo que no será posible una aceptación anticipada de una herencia futura, ya que, como bien dice, para aceptar, ahora sí, hace falta una delación específica, mientras que no sucedería lo mismo con la renuncia o repudiación[61]. Esto lleva a reflexionar acerca de si no debería el legislador dejar de equiparar aceptación y repudiación de herencia, otorgando un régimen jurídico parcialmente diferente a una y otra, sobre todo en el sentido de hacer posible la renuncia o repudiación anticipada, sea al *ius delationis* futuro o al derecho hereditario futuro, que no tiene por qué sujetarse a condiciones tan estrictas como la de esperar a que fallezca el causante y se abra la sucesión, manteniendo en cambio el régimen legal vigente de los artículos 990 y siguientes del Código Civil específicamente para la aceptación.

Por otro lado, es discutible la idea de ALBALADEJO expuesta en ese mismo lugar de que *el régimen jurídico aplicable a esa renuncia al ID* (v.gr., en el caso expuesto por el autor de llamamiento bajo condición suspensiva) debe ser *el mismo que el de la repudiación*, a saber, que ha de hacerse formalmente la renuncia, y que no es válida la hecha en perjuicio de los acreedores.

A nuestro juicio, aquí debemos pensar lo siguiente en cuanto a las posibles diferencias de régimen jurídico de la renuncia al ID respecto de la repudiación:

a) En cuanto a la forma, no parece que sea exigible la forma del artículo 1008 del Código Civil, ya que *la finalidad de renunciar a una expectativa de ID* es seguramente *diferente* a repudiar una herencia ya conocida, siendo excepcional la forma exigida en aplicación de la regla general de libertad de forma[62].

b) En cuanto a la ineficacia de la renuncia en perjuicio de los acreedores conforme al artículo 1001 del Código Civil, la cuestión resulta también muy dudosa, puesto que el momento en que se haga hipotéticamente esa renuncia, podría ser muy anterior en el tiempo a la delación efectiva, por lo que *es posible que sean muy diferentes los acreedores en el momento de la renuncia al ID y los que habría en el momento de la delación*, *o incluso no existir*, por lo que *no hay una razón de tutela específica de los mismos* (sean unos u otros), al no poder concretarse su hipotético interés en el momento de la renuncia a la expectativa[63].

c) Por último, no puede descartarse un importante efecto de la renuncia al ID, efectuada de forma genérica, en el sentido de desentenderse sin más de esa concreta herencia (sea o no de forma anticipada), y sin esperar a disponer de la facultad de opción entre aceptar y repudiar: ese efecto sería que, con dicha renuncia, en la medida en que sea cognoscible por los hipotéticos llamados a continuación, *estos no tendrían que esperar a que se ejercitara la opción, de modo que dispondrían de forma inmediata de los respectivos plazos de prescripción para poder llevar a la práctica su elección (art. 1016 CC)*, por cuanto tendrían inmediatamente una delación hereditaria específica y segura, lo que no sucede en el otro caso, en el que habría que esperar a despejar la duda mediante la repudiación expresa del primero de los llamados a la herencia.

4. El artículo 1006 del Código Civil no supone una limitación a la facultad de disponer y renunciar el *ius delationis*

Si es correcta nuestra lectura doctrinal anterior, entonces existen casos en los que resulta viable que un sujeto que pudiera ser llamado a una herencia abierta pero aún no deferida a él en concreto, podría renunciar a ese futuro e inminente *ius delationis*, tras la muerte del delado.

Hemos visto un primer caso, como el de los herederos bajo condición suspensiva, en cualquiera de sus posibilidades, quienes podrían renunciar al ID mismo (no así repudiar la herencia, al no tener aún una concreta delación), sabiendo o no lo que le podría corresponder si se cumple la condición. Pero no es el único. Sucedería también con el sustituto vulgar antes de que se dé o se confirme que el primer llamado no puede o no quiere aceptar la herencia: también aquí es viable la renuncia al ID antes de recibir finalmente la delación.

En estos casos, y en otros más arriba expuestos, no entraría en juego el artículo 1006 del Código Civil, ya que no tendrían por qué darse los presupuestos del artículo 991 del Código Civil, ni siquiera los objetivos (llamamiento a la herencia del causante primitivo a favor del presunto trans-

mitente). *Y esto podría aplicarse tanto al primer llamado*, quien tendría en sus manos renunciar al ID, antes de que se cumplan esos presupuestos legales, *como al propio transmisario*, si muere el primer llamado sin manifestarse, *quien podría igualmente renunciar al ID que pudiera corresponderle, si es que finalmente se dieran las condiciones para ello*. Es más, *podría hacerlo aun antes de aceptar la herencia del transmitente*, en cuyo caso tampoco habría nacido aún a su favor el *ius delationis* sobre la herencia del causante primitivo. Y sin embargo parece razonable que pueda, desde ya, manifestar su voluntad de no recibir llamamiento de la herencia del causante (por diversos motivos, muchos de ellos razonables, y moral y jurídicamente aceptables).

En consecuencia, encontramos diversos casos en que es posible renunciar por anticipado a un determinado *ius delationis*, sin que se hayan dado todavía los presupuestos legales del artículo 991 del Código Civil.

Es sin embargo significativo que ALBALADEJO no diga nada acerca de la posibilidad legal de hacer lo mismo el llamado, esto es, renunciar, *antes incluso de fallecer el causante*, sobre la base de que *tendría la misma expectativa o el mismo derecho eventual que el supuesto por él analizado*, el del llamado bajo condición suspensiva.

Por otro lado, respecto de la antes referida opinión de ALBALADEJO sobre la conveniencia de distinguir entre aceptación y repudiación anticipadas, haciendo posible la segunda pero no la primera, la misma debe ser completada en el sentido de considerar que, *para aceptar* válidamente una herencia, *no solo hace falta tener ya una delación, como afirma ALBALADEJO, sino además, a nuestro juicio, conocer (o tener la posibilidad real de conocer) el montante y contenido de su llamamiento hereditario*. *Pero en cambio, para renunciar no hace falta tal cosa*, sino que *se debe poder renunciar anticipadamente al ID (o incluso repudiar una herencia futura)*, dado que las motivaciones que impulsan a repudiar no son necesariamente *las relativas al contenido* de su llamamiento hereditario, sino *otras, por ejemplo de índole más personal*, como el rechazo a suceder a alguien con quien no se tienen vínculos afectivos, o razones de orden ideológico, religioso o moral, que pueden impulsar al futuro llamado a no querer saber nada de la herencia de un futuro e hipotético causante (por vía intestada o testada).

Entendemos que debe fundamentarse esa posibilidad de renuncia en el genérico poder de dominio sobre el propio patrimonio, y la libertad plena o cuasi plena que debe tener toda persona de admitir o no la entrada en su patrimonio de cualquier elemento de contenido patrimonial (actual o futuro), y por tanto, *no solo de expulsar* libremente lo que no quiere o no le interese, cualquiera que sea su causa, sino *también de no acoger* en el patrimonio aquel elemento patrimonial o facultad que de antemano se sabe que no se quiere, y *de no acoger en él lo que es una simple expectativa de derecho o derecho eventual aún no conformado* (por faltarle algún presupuesto)[64].

Ello guarda sin duda una relación estrecha con los principios subyacentes a las donaciones y los actos gratuitos en general, donde constituye principio básico la necesidad de que haya consentimiento expreso del titular para dar entrada a atribuciones patrimoniales gratuitas en el patrimonio del receptor[65].

No tiene buen sentido que, para cualquier atribución patrimonial gratuita sea imprescindible el consentimiento del sujeto favorecido para dar entrada a la misma en el propio patrimonio, y sin embargo, *no lo sea para dar entrada a ese singular elemento que es el ID*, disponiéndose el *carácter forzoso, automático e indiscriminado* de su acceso, *sin exigir el consentimiento previo del sujeto, o al menos, sin darle la facultad de no permitir de forma expresa su entrada, o de excluir cualquiera de sus posibles efectos mediante una renuncia anticipada o ulterior* (pero con efectos retroactivos plenos).

Es decir, que para defender —como parece defiende la mayoría de la doctrina— la automaticidad de la entrada del ID en nuestro patrimonio, pero sobre todo para imponer como pauta que es irrenunciable de antemano el ID a una herencia futura, *además de una norma que así lo disponga de manera expresa*, lo que hemos visto que no sucede propiamente con el artículo 1006 del Código Civil, *habría que encontrar una muy buena justificación*, que tampoco la encontramos. Desde luego, esa justificación no puede hallarse en la idea de dar continuidad al patrimonio del causante, pues la aceptación ya dice la ley que tiene efectos retroactivos a pesar de manifestarse mucho tiempo después de la muerte del causante (art. 989 CC).

Debemos *reiterar que el ámbito de aplicación del artículo 1006 del Código Civil es bastante limitado*, en cuanto se reduce a establecer que sean los herederos del llamado que no haya aceptado ni repudiado una herencia, *ya abierta y deferida a dicho sujeto*, quienes ocupen su *posición respecto de la delación efectuada por el primer causante, pero nada más.*

No entran dentro de su ámbito los casos de herencias no deferidas aún al llamado que no pudo aceptar ni repudiar, que se regulan en el artículo 759 del Código Civil, respecto del caso de la institución de heredero bajo condición, ni los demás posibles casos antes señalados, carentes de regulación legal, para los cuales seguramente la solución deba ser la misma. *Pero sobre todo no entran dentro de su ámbito de aplicación los supuestos de renuncia anticipada a un ID futuro e hipotético, o en general los casos en que un sujeto renuncie anticipadamente* —y así lo manifieste de forma explícita— *a recibir cualesquiera bienes o llamamientos, en concepto de heredero, o incluso de legatario, procedentes de la futura herencia de un sujeto aún vivo.*

El hecho de que el artículo 1006 del Código Civil parezca establecer una suerte de entrada automática del ID en el patrimonio del llamado, y de que no pueda disponer de ese derecho sin aceptar a la vez la herencia, aun admitiéndose —lo que obviamente no hacemos—, no constituye un fundamento

relevante para impedir la renuncia anticipada señalada. En primer lugar, *la norma trata sobre todo de excluir las transmisiones* inter vivos, *siendo ese su objetivo primordial*, en el sentido de fijar implícitamente que cualquiera que sea la forma en que se produzcan esas transmisiones, las mismas van a suponer siempre aceptación de la herencia[66]; pero nada dice propiamente de la disponibilidad *mortis causa*, ni de las renuncias.

Es más, en segundo lugar, *el artículo 1000.3.º del Código Civil*, al dejar fuera de las aceptaciones tácitas de la herencia a las *renuncias puramente abdicativas* del llamamiento hereditario, *proporciona un nuevo argumento favorable a la renunciabilidad anticipada al ID*.

Es decir, si se puede renunciar *inter vivos* al derecho deferido, sin que ello implique siempre y en todo caso aceptar, con mucho más motivo será factible renunciar a un ID futuro aún no deferido. Nótese que dicha norma se refiere —con cierta confusión terminológica— a la renuncia «al derecho», sin que quede claro si se refiere a renuncia a la herencia misma (o cuota hereditaria deferida), o también al «derecho», esto es, al *ius delationis*.

Por último, tampoco la entrada en el patrimonio del llamado de esa facultad de elección en que consiste el ID, resulta ser algo imprescindible para que se produzca el efecto fijado en la ley en el artículo 1006 del Código Civil. *Esa facultad de optar entre aceptar o repudiar puede operar perfectamente al margen de la entrada en el propio patrimonio*. Es decir, puede ser efectiva de manera externa al patrimonio, como cualquier otra facultad de opción concedida legalmente[67].

En conclusión, como puede suponerse, respecto de una renuncia anticipada a un ID futuro y aún incierto, no debería haber inconveniente alguno para su admisibilidad. El artículo 1006 del Código Civil no constituye un obstáculo para ello, en cuanto que de dicha norma no se puede deducir la posibilidad de excluir de antemano un derecho de delación futura, ya que su *ratio* o razón de ser es muy otra, como se ha intentado explicar.

Del mismo modo, el hecho de considerar el ID como «no patrimonial», como ha sostenido algún autor[68], refuerza la idea de que el legislador ha querido explicitar que ese derecho o facultad de opción es igualmente adquirido por los herederos, a pesar de su naturaleza presuntamente no patrimonial: es decir, refuerza la idea de que el 1006 del Código Civil tiene de nuevo *una finalidad aclaratoria* de una cuestión que podría ser dudosa, a saber, la de si un derecho presuntamente *no patrimonial* como este es adquirido o no *ex lege* por los herederos del llamado (ya es más dudoso aún que se integre en su herencia).

La proclamada indisponibilidad del ID obedece, no a un principio específico del Derecho sucesorio, sino al hecho de que disponer del mismo, implica siempre (o casi siempre) aceptar la herencia, con lo que quedaría automáticamente vedada la posibilidad de disponer. Pero ello no puede

llevar a negar la renunciabilidad del derecho o facultad de opción, que es cuestión distinta, cuando es ofrecida al sujeto beneficiario tras la muerte del causante, en aplicación del principio general antes citado.

No se diga tampoco que la prohibición hipotética de renuncia anticipada sería una forma de proteger a los acreedores, y de evitar un acto hipotéticamente fraudulento: se trataría de aplicar las reglas generales de la necesidad de consentimiento y control de todo lo que entra en nuestro patrimonio. A lo sumo, podría ser relevante cuando el causante ha fallecido, pero aún no ha habido delación hereditaria a favor del renunciante (por ej., porque había una condición suspensiva de su llamamiento): aquí sí podría verse hipotéticamente una finalidad lesiva, como sostenía ALBALADEJO, aunque ya vimos la dificultad de llevar a la práctica esa posible tutela cuando se desconoce si va a haber esos u otros acreedores, y si en el momento de la delación efectiva, esto es, cuando se cumpla la condición, los que existían van a conservar aún su derecho de crédito frente al llamado, pudiéndose haber extinguido antes por pago, por prescripción o por cualquier otra vía extintiva. En todo caso, es evidente que, respecto de la renuncia *anticipada* al ID futuro, no podría identificarse una posible finalidad lesiva de los propios acreedores, que pudiera hacer inviable esa renuncia, como una suerte de mandato imperativo o de orden público.

V. CONCLUSIONES SOBRE LA POSIBILIDAD DE RENUNCIA ANTICIPADA A LA HERENCIA FUTURA, O DE RENUNCIA AL *IUS DELATIONIS* ANTES DEL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE Y LA APERTURA DE LA SUCESIÓN HEREDITARIA

Tras el análisis de los preceptos legales referidos a la renuncia a la legítima y a los presupuestos de la delación hereditaria y la transmisión del *ius delationis*, creemos que se puede obtener una conclusión muy clara: no existe base legal para negar la posibilidad de la renuncia anticipada a la legítima o a la herencia en general.

El origen histórico y la finalidad del artículo 816 del Código Civil debe llevar a diferenciar netamente los pactos o acuerdos donde se incluya una renuncia a la legítima futura, de los actos puramente unilaterales en los que el futuro legitimario decide excluir de antemano su derecho futuro a dicha legítima. Es en los primeros en los que piensa el legislador español a la hora de impedir la renuncia a la legítima futura, por el peligro de que exista una desventaja contractual del heredero legitimario frente al causante. Y esa prohibición alcanzará a cualquier tipo de acuerdo entre causante y heredero futuros, ya sea uno de índole transaccional (que parece poco probable), ya sea uno en el que, sin existir disputa o litigio previo entre las

partes, el sujeto con futuro derecho a legítima acepta la renuncia a la misma a cambio de un beneficio inmediato y seguramente menor del que podría obtener. Se trata de un mandato prohibitivo que resulta en sí mismo muy dudoso, ya que existen otros Ordenamientos y Derechos donde el pacto entre causante y futuros herederos, sean o no legitimarios, es posible, protegiéndose la posición de estos últimos a través de los remedios generales de la nulidad por vicios del consentimiento.

Esta prohibición, además, debe ser entendida de forma restrictiva, ya que no alcanza ni a los pactos entre futuros legitimarios, ni entre estos y terceros que no sean el causante futuro, tal como se desprende de la norma. Del mismo modo, no afecta —y ello es un cierto contrasentido— a las renuncias, dentro o fuera de un pacto o contrato, a un derecho hereditario en el que aún no se ha producido la delación, pero el causante ya ha fallecido.

En relación a las renuncias unilaterales, es patente que no existen motivos justificativos relevantes para proteger al legitimario futuro (o al heredero futuro) frente a su propia decisión anticipada de renunciar a la legítima o herencia que le pudiera corresponder cuando el causante muera. No hay razones de orden público, ni de orden constitucional, ni mucho menos de tutela de terceros afectados (siempre indirectamente), para negar la posibilidad de anticipar la decisión del futuro llamado a una herencia, siendo además una alternativa muy práctica, en cuanto ayudará a despejar algunas de las incertidumbres de la sucesión, y a acelerar su culminación.

Los demás preceptos que habitualmente se utilizan para justificar la irrenunciabilidad de la futura legítima, o la futura herencia, no son suficientemente fuertes como para impedir la conclusión de la libre renuncia a un futuro derecho hereditario, a través de un acto unilateral que la excluya. Por un lado, el artículo 991 del Código Civil es un precepto tan singular que a la sumo tiene relevancia en materia de impugnabilidad de las aceptaciones hereditarias, o sobre todo, a los efectos de fijar las condiciones legales a partir de las cuales se va a iniciar el plazo legal para aceptar o repudiar una herencia, y por tanto, el plazo para el ejercicio de la acción de petición de herencia, pero en modo alguno para rechazar la renuncia anticipada a un derecho hereditario futuro. Por otro lado, el artículo 1006 del Código Civil también constituye una base muy remota para fundamentar esa irrenunciabilidad anticipada, dado que, aparte de sus múltiples inconvenientes terminológicos, la norma trata solo de aclarar qué sucede cuando un sujeto llamado a una herencia muere antes de tomar una decisión sobre si la acepta o la repudia, pero no sirve para fundamentar una total y absoluta indisponibilidad del *ius delationis*, y mucho menos aún para apoyar la irrenunciabilidad del derecho.

Al respecto, debe recordarse que existen múltiples razones o circunstancias que justifican que un sujeto quiera, con plena consciencia de lo

que hace, manifestar públicamente su intención de no querer recibir una determinada herencia futura, o una legítima futura respecto de un pariente al que no quiere heredar, o respecto de unos bienes que no quiere recibir.

En este sentido, siguiendo en buena medida a ALBALADEJO, creemos que no se puede tratar del mismo modo la aceptación que la renuncia o repudiación de la herencia. La primera es perfectamente razonable que, para poder ejercitarse debidamente, el sujeto tenga un concreto llamamiento, y pueda conocer con detalle el alcance de ese llamamiento y los bienes a los que pudiera afectar, de modo que no pueda material ni lógicamente tomar esa decisión de forma anticipada, con el suficiente fundamento, al poder variar aún el contenido del patrimonio final del causante. Téngase en cuenta que la aceptación es uno de los presupuestos legales para ese modo de adquirir la propiedad y derechos reales que la «sucesión testada e intestada» (art. 609 CC), por lo que difícilmente se puede adquirir esos derechos si no se da el requisito inexorable que es la muerte del causante. En cambio, la renuncia al derecho hereditario futuro, ya sea como renuncia anticipada al *ius delationis*, que debe poder rechazarse libremente como sucede con cualquier otro derecho que tenga o pueda tener un contenido patrimonial, ya como repudiación anticipada a la herencia, debe poder ejercitarse en todo momento, antes incluso del fallecimiento del causante futuro. No solo porque aquí no hay un modo de adquirir ni tampoco un modo de extinguir derechos reales o de crédito (que aún no se tienen), sino porque son muy distintas las motivaciones para ese rechazo o renuncia a la herencia futura, no limitadas en absoluto al previo conocimiento de la situación económica (final) de la herencia.

Por último, en cuanto a los efectos de esa renuncia anticipada, baste recordar que, a diferencia de lo que sucede por ejemplo en el Derecho italiano, donde es posible reconsiderar la repudiación en determinadas circunstancias y por tanto es posible revocarla y optar por aceptar la herencia, no existe base para la revocabilidad de esa renuncia en el Derecho español.

Por lo tanto, una vez hecha de forma fehaciente, y conocida por los terceros afectados por ella, aun cuando no se haga en forma notarial, será válida y eficaz, e impedirá a quien la realizó, una vez llegado el momento de la muerte del causante, echarse atrás y optar por la aceptación de la herencia. En caso de proceder a pesar de todo a aceptar, y de no tomar en consideración su manifestación de voluntad renunciatoria previa a la apertura de la sucesión, debería imponerse judicialmente, a instancia de los sujetos que heredarían en su lugar, la denegación de la legitimación activa (o pasiva) en la defensa de ese derecho hereditario. Entre otros motivos, por contradecir frontalmente una decisión previa perfectamente meditada y admitida públicamente, que no hay razón para reconsiderar, dado que no estamos ante un derecho fundamental en el que sí quepa la revocación o la reversión de sus efectos al estado originario.

Conclusión última (aplicada al supuesto que nos sirvió de punto de partida de este trabajo):

La decisión de nuestro rey Felipe VI de renunciar anticipadamente tanto a su herencia futura en caso de fallecimiento de su padre, como a cualquier otro derecho patrimonial o activo financiero de dudosa procedencia (en tanto esté claramente identificado), encuentra a nuestro juicio un adecuado fundamento legal, a pesar de las críticas recibidas, debiendo tener plena eficacia en cuanto a la finalidad perseguida. Ello no debe implicar ni que estemos defendiendo una posición ideológicamente partidaria de la Monarquía como institución, ni tampoco contraria a la misma, como quizás alguien podría deducir maliciosamente del alcance final de este trabajo. Lo sostenido es perfectamente trasladable a cualquier ciudadano de a pie. Afortunadamente, para eso disponemos del principio de igualdad de todos ante la ley.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M. (1979). *Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones. Vol. Primero parte general*, Barcelona.

ANDERSON, M. (2016). *Código Civil Comentado*, vol. III, 2.ª edic., Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

ASÚA, C.L. (2016). *Código Civil Comentado* (dir. Cañizares, de Pablo, Orduña y Valpuesta) 2.ª edic. Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

AZZARITI, G. (1982). La rinunzia all'eredità, en *Trattato di Diritto Privato* (dir. P. Rescigno), 5. Successioni-I, UTET, Torino.

BOSCH CAPDEVILA, E. (2016). *Código Civil comentado, vol. II (Arts. 609 a 1087)*, 2.ª edic., Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1992). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo y S. Díaz), tomo I, Vol. 1; ed. EDERSA, Madrid.

CAPILLA RONCERO, F. (2011). *Código Civil comentado*, vol. II, Ed. Thomson Reuters, Madrid.

COSTAS RODAL, L. (2013). *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz), Tomo V, Valencia.

DE PABLO CONTRERAS, P. *Derecho de Sucesiones*, ed. Edisofer S.L., Reimpresión de la 1.ª edic., Madrid, 2016

DÍEZ-PICAZO, L. (1963). *La doctrina de los propios actos*, Ed. Bosch, Barcelona.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2010). *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo), ed. Lex Nova, Valladolid.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2010). en *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo). Ed. Lex Nova, Valladolid.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. (2006). *La legítima en el Código Civil*, 2.ª edic., Colegios Notariales de España, Madrid.

GARCÍA GOLDAR, M. (2021). La impugnación de la aceptación de herencia por error (deuda sobrevenida): ¿un parche temporal o la solución al problema de la responsabilidad ultra vires?, en *Actualidad Civil* núm. 9 septiembre.

GARCÍA RUBIO, M.P. (2010). *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo), ed. Lex Nova, Valladolid.

GETE-ALONSO, M.C. (2013). *Código Civil comentado* (dir. Cañizares/de Pablo/Orduña/Valpuesta), Vol. II, Madrid.

GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991). *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, Madrid.

— (2000). en *Comentario del Código Civil* (coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), vol. 1. Edit. Bosch., Barcelona.

HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G. (1988). La transmisión del *ius delationis*, en *Libro Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo,* Vol. IV, Madrid, .

JARAMILLO JARAMILLO, C.I. (2014). *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, Ed. La Ley, Madrid.

JORDANO FRAGA, F. (1990). *La sucesión en el «ius delationis». Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»*, Ed. Civitas, Madrid.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, V. Sucesiones*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

LÓPEZ MESA, M. y ROGEL VIDE, C. (2005). *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia.* Ed. Reus, Madrid.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. (1992). *Derecho de Sucesiones* (coord. F. Capilla - A.M. López -E. Roca - M.R. Valpuesta - V.L. Montés), ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

MANRESA NAVARRO, J.M. (1973). *Comentarios al Código Civil español*, tomo VI, vol. I, octava edic. puesta al día por M. Calcerrada, Madrid, 674 y sigs.

— (1955). *Comentarios al Código Civil español*, Tomo VII, Séptima edic., Madrid.

O'CALLAGHAN, X. (1976). La renuncia a la legítima, en *Libro Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, vol. III. Madrid.

— (1991). *Comentarios del Código Civil. Ministerio de Justicia*, Tomo I, Madrid.

PASQUAU LIAÑO, M. (1997). *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Ed. Civitas.

QUIÑONERO, E. (2009). *Código Civil.. Comentarios y Jurisprudencia* (coord. Antonio Salas Carceller) I., ed. SEPIN, Madrid.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (2013). *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz), tomo IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de Sucesiones común. Estudios sistemático y Jurisprudencial*, Tomo II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

SÁNCHEZ CID, I, (2016). *La repudiación de la herencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

SIEGMANN/HÖGGER (2012). en *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3. && 1297-2385, 3.Auflage, München.

TUR FAÚNDEZ, M.N. (2011). *La Prohibición de Ir contra los Actos Propios y el Retraso Desleal*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor.

VALLET DE GOYTISOLO, J. (1982). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo), *Tomo XI (arts. 806 a 857 CC),* Madrid.

ZUMAQUERO GIL, L. (2011). en *Código Civil comentado* (dir. Cañizares, de Pablo, Orduña y Valpuesta), *Vol. II (Arts. 609 a 1087),* Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor.

NOTAS

[1] En esta línea, y dentro de la doctrina española, cabe citar a ASÚA *Código Civil Comentado* (dir. Cañizares, de Pablo, Orduña y Valpuesta) 2.ª edic. Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, 79, quien sostiene que se puede renunciar a derechos subjetivos, derechos de configuración jurídica y derechos eventuales, pero no renuncia a situaciones de poder que al tiempo impliquen deber jurídico (ejemplo habitual es la patria potestad).

Por su parte, GULLÓN BALLESTEROS, A., *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991, 35, dice que se puede renunciar a derechos eventuales (titularidad sometida a condición) Dice igualmente que la renuncia efectuada antes de que se den los presupuestos necesarios para que el derecho haya nacido no equivale a la renuncia al derecho (cita STS 5/5/89). No obstante, el mismo GULLÓN, en *Comentario del Código Civil* (coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), vol. 1. Edit. Bosch., Barcelona, 2000, 388: señala que el artículo 6.2 del Código Civil se refiere en concreto a la renuncia a derechos reconocidos por la ley, considerándolos una particular expresión de la exclusión voluntaria de la ley aplicable, cuando la renuncia se hace anticipadamente. Por tanto, admite abiertamente la renuncia anticipada antes de ingresar en el patrimonio del renunciante (aunque dice que no es propiamente renuncia, porque esta propiamente significa un acto de disposición). Habla de renuncia *a los derechos,* para diferenciarla de la renuncia *de los derechos* (estos ya están en el patrimonio). Dice que en la renuncia a los derechos no hay perjuicio de tercero, pero sí puede haberla en la renuncia de los derechos.

GARCÍA RUBIO, M.P., *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo), ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, 64, afirma sin ambages que se puede renunciar a derechos subjetivos *stricto sensu*, derechos potestativos, derechos eventuales (sometidos a condición) o incluso las meras expectativas de derechos aún no nacidos. Sus argumentos son que hay expectativas con distinto grado de madurez, algunas con alto grado de seguridad y se consideran verdaderos derechos subjetivos en espera; y que no hay una razón plausible para excluirlos de la renuncia: ni con base en la literalidad de norma, ni en el conjunto del sistema. A tal fin, cita una serie de preceptos legales que la acogen: como el artículo 970 del Código Civil (renuncia a la reserva vidual en vida del reservista) artículo 1002 del Código Civil (renuncia preventiva a la acción de responsabilidad contractual si no era dolosa). Cita también la STS de 5 de abril de 1997 e incluye los pactos o acuerdos preventivos de la ruptura matrimonial, donde está admitida en la práctica la renuncia a derechos no nacidos, como la pensión compensatoria, aunque se trata a su juicio de renuncias contenidas en negocios jurídicos de carácter bilateral).

Por su parte, QUIÑONERO, E., *Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia* (coord. Antonio Salas Carceller) I., ed. SEPIN, Madrid, 2009, pags. 123-124: dice que la renuncia puede caracterizarse como una manifestación de la voluntad que determina la extinción del derecho subjetivo. Es negocio jurídico unilateral, porque no necesita más que una abdicación de la titularidad. El que renuncia no transmite y eso con independencia del eventual beneficio ajeno; con lo que quiere decirse que, si como efecto de la renuncia se produce la adquisición de la titularidad por otro, tal adquisición no trae causa de la titularidad del que renuncia. Se tratará de una adquisición originaria y no derivativa. A su juicio, puede darse una renuncia llamada «preventiva», negarse a adquirir. Pero esto no es renuncia en sentido técnico, de manera que, en este caso, no debe producirse dentro de los límites impuestos a la verdadera renuncia.

Igualmente, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo y S. Díaz), tomo I, Vol. 1; ed. EDERSA, Madrid, 1992, 749-750 admite sin problemas la renuncia preventiva, cuando se manifiesta que no se admite un derecho que no ha entrado todavía en el patrimonio del renunciantes (es una *omissio adquirendi*). Señala con posterioridad que la renuncia preventiva no es una verdadera renuncia, al no tener lugar la pérdida o abandono de un derecho por voluntad unilateral de su titular, y no poderse disponer de lo que no se tiene, pero no niega en ningún caso la licitud de la misma.

[2] Así, por citar algunos casos, en Cataluña, el Código Civil de Cataluña admite los pactos sucesorios entre causante y herederos futuros (art. 431-1 y sigs.) remitiendo a las reglas generales de vicios del consentimiento, si ha podido haber algún tipo de engaño o abuso, no existiendo norma alguna que prevea la ineficacia de la renuncia anticipada total o parcial a la legítima (art. 451-2).

Mucho más clara es la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, cuya Ley 156 expresamente señala: «*Ley 156. Renuncia a la herencia futura. Forma. Es válida la renuncia o transacción sobre herencia futura siempre que se otorgue en escritura pública».* Dicha ley es completada con la Ley 157 que afirma: «*Ley 157.Efectos de la renuncia. El renunciante quedará excluido de la sucesión deferida por la ley; no obstante, podrá aceptar las disposiciones que en su favor ordenare el causante»*.

En el Derecho Civil de Galicia, son posibles los pactos sucesorios entre causante y descendientes, especialmente en el llamado pacto de apartación (art. 224), que implica renuncia a la condición de legitimario a cambio de bienes, por lo que no solo es viable una renuncia contenida en pacto, sino que no debe existir inconveniente para una renuncia unilateral anticipada a la legítima. A pesar de ello, el artículo 242 de la vigente Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia dispone, seguramente en referencia a la vía de los pactos: *«Artículo 242. Salvo los casos de apartación, será nula toda renuncia o transacción sobre la legítima realizada antes de la apertura de la sucesión».*

[3] Así, en Francia, el artículo 722 del *Code* establece la nulidad de las convenciones sobre todo o parte de una herencia futura, salvo en los casos establecidos por la ley. En concreto señala: *Article 722: Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi».* Como puede comprobarse, lo que se prohíben son los acuerdos (bilaterales), referidos a todo o parte de la herencia, pero no las renuncias unilaterales anticipadas.

[4] *Vid.* MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, tomo VI, vol. I, octava edic. puesta al día por M. Calcerrada, Madrid, 1973, 674 y sigs. También, LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, V. Sucesiones*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, 329; CAPILLA RONCERO, F., *Código Civil comentado*, vol. II, Ed. Thomson Reuters, Madrid, 2011, 853 y sigs.; RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de Sucesiones común. Estudios sistemático y Jurisprudencial*, Tomo II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, 1358-1359, conecta la prohibición del artículo 816 del Código Civil con los antecedentes romanos, orientados básicamente a inadmitir los pactos sobre renuncia al suplemento de legítima o la futura *querella testamenti*, aun cuando más adelante considera aplicable la norma vigente a todo tipo de renuncias a legítimas futuras, incluso unilaterales, sobre la base de la expresión legal «toda». En esta línea, DE PABLO CONTRERAS, P. *Derecho de Sucesiones*, ed. Edisofer S.L., Reimpresión de la 1.ª edic., Madrid, 2016, 139, para quien la legítima futura está fuera del comercio de los hombres.

[5] O'CALLAGHAN, La renuncia a la legítima, en *Libro Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, vol. III. Madrid, 1976, 342.

[6] RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz), tomo IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 5976.

[7] De hecho, VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. M. Albaladejo), *Tomo XI (arts. 806 a 857 CC),* Madrid, 1982, 225, se refiere

a los antecedentes romanos de la norma, y en todos ellos se habla de pacto o acuerdo inter vivos entre causante (futuro) y legitimarios también futuros.

Del mismo modo, DOMÍNGUEZ LUELMO, *Comentarios al Código Civil* (Dir. A. Domínguez Luelmo), ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, 934 afirma que el artículo 816 es precepto de carácter imperativo que prohíbe cualquier renuncia o transacción sobre la legítima; no afecta a la renuncia/transacción una vez fallecido el causante, y sostiene que el contenido del artículo 816 coincide con el criterio del artículo 1271.II del Código Civil que prohíbe los contratos sobre la herencia futura, lo cual contrasta con la admisión de los pactos sucesorios en muchos derechos civiles autonómicos, que permiten con mayor o menor amplitud los que afectan a la legítima futura.

[8] A favor de excluir del ámbito del artículo 816, y por tanto a favor de la licitud de este tipo de acuerdos cuando no sean entre causante y legitimarios, CAPILLA RONCERO, *Código Civil comentado*, vol. II, Madrid, 2011, 853-854 (comentario art. 816 CC), quien solo pone el límite de que ese acuerdo no vulnere la prohibición de los pactos sucesorios del artículo 1271 del Código Civil.

[9] GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La legítima en el Código Civil*, 2.ª edic., Colegios Notariales de España, Madrid, 2006, 339-340.

[10] Así, O'CALLLAGHAN, *ob. cit.,* 343.

[11] Solo en caso de error de derecho de una de las partes, o de disputa planteada con abierta temeridad por una de las partes, es imaginable un acuerdo de esta naturaleza.

[12] Cuestión distinta sería una transacción entre los propios legitimarios, siendo varios, una vez abierta la sucesión.

[13] Claro está, eso no impide que nos preguntemos por la suerte de este tipo de acuerdos, verdaderamente transaccionales, donde la legítima se convierte en un efecto o consecuencia del acuerdo, y no en el origen o la causa del acuerdo mismo. La respuesta resulta difícil y probablemente deba seguir la misma suerte que los acuerdos transaccionales celebrados entre herederos forzosos y terceros distintos del causante, que como vimos antes funcionan, a nuestro juicio, al margen del ámbito formal de actuación del artículo 816 del Código Civil. Por tanto, al estar fuera de su ámbito, y ser el artículo 816 del Código Civil una norma excepcional, debería admitirse su licitud.

[14] VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios del Código Civil. Ministerio de Justicia*, Tomo I. Madid, 1991, 2016.

[15] Así sucedería con el límite del artículo 1814 del Código Civil, si fuera, por ejemplo, un acuerdo para el reconocimiento de una compensación económica a favor de un hijo no matrimonial a cambio de que este no reclame su filiación.

[16] *Vid.* al respecto LÓPEZ Y LÓPEZ, A., *Derecho de Sucesiones* (coord. F. Capilla - A.M. López - E.Roca - M.R. Valpuesta- V.L. Montés), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, 29-33.

[17] CAPILLA, *Código Civil comentado*, vol. II, Madrid, 2011, 853 (comentario art. 816 CC), considera que el artículo 816 del Código Civil acota temporalmente su ámbito y lo limita a las renuncias o transacciones anteriores a la apertura de la sucesión, es decir, anteriores a la muerte del causante, pero no se ocupa de estos otros posibles casos, que quizás habrá que entender que están fuera de su órbita.

[18] Es llamativo que la doctrina partidaria de la automaticidad del derecho de acrecer no se haya preocupado de analizar la impugnabilidad por error de la aceptación del llamamiento solidario que implica el acrecimiento, precisamente con base en la ignorancia de los efectos automáticos del mismo. *vid.* por todos ZUMAQUERO GIL, en *Código Civil comentado* (dir. Cañizares Laso, De Pablo Contreras-Valpuesta), *Vol. II (Arts. 609 a 1087),* Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, 1460-1463.

[19] CAPILLA RONCERO, *ob. cit.,* 854.

[20] MANRESA, *ob. cit.,* 675.

[21] VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios …cit.,* 227.

[22] Aun cuando es razonable esta conclusión, en cuanto referida a los pactos sobre renuncia a legítima futura, no tiene mucho sentido en su traslación a la renuncia unila-

teral anticipada, por lo que debería seguir el mismo régimen que el señalado para este tipo de renuncias.

[23] MANRESA*, ob. cit.,* 676.

[24] Es dudoso que pudiera ser calificado como una donación modal entendida la renuncia como una *carga*.

[25] MANRESA, *ob. cit.,* 676, aunque señala que entra en el ámbito del artículo 816 del Código Civil la renuncia total y parcial, sin embargo afirma que queda fuera de su ámbito la «renuncia de otro derecho o contrato relacionado con la legítima».

[26] Esta sería justamente una de las manifestaciones realizadas públicamente por nuestro rey Felipe VI, cuando ha declarado renunciar de antemano a cualquier bien o derecho que le pudiera ser deferido proveniente de los fondos en paraísos fiscales de su padre Juan Carlos I (en caso de serle ofrecidos por herencia, y no como beneficiario directo de los mismos, en caso de muerte del titular).

[27] RAGEL SÁNCHEZ, *ob. cit*., 5977.

[28] Vid. sobre este tema, PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Ed. Civitas, 1997, quien propone entre otras cosas flexibilizar la concepción dualista de las nulidades.

[29] Así, entre otros, O'CALLAGHAN, X., *Comentarios del Código Civil. Ministerio de Justicia*, Tomo I, Madrid, 1991, 2355, quien sostiene que no cabe aceptación ni repudiación *ad cautelam*, siendo negocio inexistente por falta del presupuesto esencial de la apertura de la sucesión.

GETE-ALONSO, M.C., *Código Civil comentado* (dir. Cañizares/de Pablo/Orduña/Valpuesta, Vol. II, Madrid, 2013, 1483, quien considera nulas de pleno derecho la aceptación y la repudiación anticipadas por faltar el presupuesto de la muerte del causante.

También ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., en *Comentarios al Código Civil* (dir. A. Domínguez Luelmo). Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, 1079, afirma que no hay aceptación ni repudiación cuando dicho acto se realiza en vida del causante, y cita al efecto la STS de 3 de junio de 1902. Reconoce además lo absurdo de exigir la concurrencia del componente subjetivo a la hora de poder aceptar o repudiar.

Por su parte, HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, La transmisión del ius delationis, en *Libro Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo,* Vol. IV, Madrid, 1988, 479-480, considera irrenunciable el *ius delationis*, considerando que su renuncia implicaría la destrucción de la facultad de aceptar la herencia sin haber repudiado, lo que llevaría al absurdo jurídico de la paralización del proceso sucesorio. Esta opinión resulta verdaderamente sorprendente, dado que el efecto sería justamente el contrario, como antes se avanzó.

Desde una perspectiva diferente, SÁNCHEZ CID, I. *La repudiación de la herencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 93 y sigs., admite la posibilidad de renunciar al *ius delationis*, pero en cambio afirma que no es admisible la hipótesis de renuncia del futuro sucesor estando vivo el causante, con base en el mandato del artículo 1271.II del Código Civil, sobre prohibición de contratos sobre herencia futura, y lo dispuesto en los artículos 991 y 816 del Código Civil, aunque reconoce que es usual admitirla en los derechos de tradición foral.

[30] Vid. GETE-ALONSO, M.C., *Código Civil comentado … cit.,* 1484. Es curioso que la autora solo analiza el caso de los presupuestos subjetivos del artículo 991 del Código Civil en relación a la aceptación, pero no desarrolle el caso de la posible renuncia a la herencia de forma anticipada a la concurrencia de esos presupuestos.

[31] JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el»ius delationis». Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, 119-120, no lo duda.

En la actualidad, tras la reciente STS de 15 de marzo de 2021, que lo ha admitido, aun cuando en un caso específico, y sin que ello implique reconocerlo de forma general, *vid.* el trabajo reciente de GARCÍA GOLDAR, M., La impugnación de la aceptación de herencia por error (deuda sobrevenida): ¿un parche temporal o la solución al problema

de la responsabilidad ultra vires?, en *Actualidad Civil* núm. 9 septiembre 2021, junto con doctrina y jurisprudencia allí citadas.

[32] Así, COSTAS RODAL, L., *Comentarios al Código Civil* (dir. R.Bercovitz), Tomo V, Valencia, 2013, 7154, alude también al supuesto del heredero aparente que acepta una herencia que no le corresponde, en cuyo caso su aceptación sería ineficaz. De nuevo subyace a la norma, en su aplicación a este caso, una idea de consentimiento viciado, por error, justificándose así la declaración de invalidez del acto de aceptación.

[33] MANRESA NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo VII, séptima edic., Madrid, 1955, 421-423.

[34] En realidad, parece que la cita de LAURENT se refiere solo a la aceptación anticipada, no a la repudiación o renuncia anticipada.

[35] En nuestra opinión, esta postura resulta ilógica, ya que habiendo fallecido ya el causante, los titulares de derechos eventuales SABEN lo que les podría corresponder, y no habría vicio del consentimiento al manifestar su voluntad. Sin embargo, a continuación, en 424, afirma el autor que se puede aceptar o repudiar en general un derecho eventual, por lo que considera posible aceptar/repudiar una herencia abierta pero aún no deferida (con lo que se contradice con lo dicho anteriormente respecto de los sustitutos).

[36] En Derecho alemán, aun siendo un Derecho en el que no juega la delación hereditaria sino solo la facultad de repudiar, el & 1944 BGB dispone que para hacerlo, dispondrá de un plazo de seis semanas para hacerlo, a contar desde que tuvo conocimiento preciso, y no parcial, del hecho y del motivo del llamamiento, considerando la doctrina que el heredero debe conocer las circunstancias materiales y jurídicas que hagan esperar que pueda pronunciarse por la aceptación o la repudiación. *vid.* SIEGMANN/HÖGGER, en *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3. && 1297-2385, 3.Auflage, München, 2012, 1432. Como puede comprobarse, se trata de una solución muy similar a la que aquí se propone para el Derecho español.

[37] En esta línea, el artículo 480 de Código italiano, aunque de forma más limitada, expresa que el plazo para aceptar la herencia es diez años, pero que ese plazo no comienza para los llamados ulteriormente si ha habido aceptación por parte de los llamados precedentes y posteriormente ha decaído la adquisición hereditaria de estos.

[38] JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el «ius delationis». Una contribución… cit.,* 191 y sigs.

[39] Partimos de que la ignorancia no proceda de una falta de diligencia del segundo o ulterior llamado en el conocimiento de su derecho hereditario.

[40] COSTAS RODAL, *Comentarios al Código Civil* (dir. R.Bercovitz)*,* Tomo V, Valencia, 2013, 7153.

[41] En esta dirección, GETE-ALONSO, M.C., *Código Civil comentado* (dir. Cañizares/ de Pablo/Orduña/Valpuesta), Vol. II, Madrid, 2013, 1482-1483, quien sin embargo considera nula de pleno derecho la aceptación o repudiación anticipadas, por falta del presupuesto del artículo 991, aunque a continuación cita el Derecho navarro, donde se admite la renuncia a la herencia futura antes de producirse la delación.

[42] GETE-ALONSO, *ob. cit.,* 1484, afirma que en estos casos no sería posible una aceptación de la herencia porque ese aceptación sería condicional, lo que no permite el artículo 990 del Código Civil. Nos parece dudoso el razonamiento, ya que la aceptación no sería propiamente condicional, en cuanto condición apuesta por el aceptante, sino que sería una aceptación pura, pero para el caso de que se produjera en su favor la delación.

[43] Es cierto que, en este último caso, la doctrina considera que no hay delación a su favor, y no puede transmitir su derecho a sus herederos, si muere, de modo que no se le podría aplicar el artículo 784 del Código Civil. Sin embargo, esta norma no hace distingos entre unas y otra sustituciones fideicomisarias, y en todo caso la respuesta debe ser la misma, y no distinta, que la seguida para el heredero bajo condición suspensiva.

[44] Vid, entre otros, ROGEL VIDE, *Renuncia y … cit.,* 66, para quien, citando a ALBALADEJO, se puede repudiar la herencia pero no se puede impedir ser titular del

derecho de adquirir la herencia, por lo que no se puede renunciar la facultad de aceptar o repudiar la herencia.

[45] Señaladamente JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el «ius delationis». Una contribución cit,* 127 y sigs. y 145.

[46] ALBALADEJO, *Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones. Vol. Primero parte general*, Barcelona, 1979, 68.

[47] JORDANO FRAGA, *La sucesión en el …cit.,* 117.

[48] BOSCH CAPDEVILA, E., *Código Civil comentado, vol. II (Arts. 609 a 1087),* 2.ª edic., Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, 1454-1455.

[49] COSTAS RODAL, *Comentarios al Código Civil* (dir. R. Bercovitz), tomo V, Valencia, 2013, 7285, limita el ámbito del artículo 1006 a los supuestos en que la herencia del primer causante esté *ya deferida*, lo que exige el fallecimiento de dicho causante, y fundamenta la norma en el hecho de que el legislador considera oportuno que la herencia del primer causante acabe pasando a las mismas personas que la habrían recibido si el llamado por él hubiera podido aceptar la herencia.

[50] La finalidad aclaratoria subyace en el artículo 1006 del Código Civil, incluso a otros efectos. Así, el propio JORDANO FRAGA, *ob. cit.,* 93, señala que la norma, al remitir a los herederos del llamado, podría tener por finalidad la de aclarar igualmente que no funcionaría en esos casos el derecho de acrecer en la sucesión voluntaria (o intestada).

[51] Indudablemente, el legislador podía haberse planteado otras opciones: como que se tratase de una delación distinta e independiente, con titulares o beneficiarios distintos de los herederos, por ej., los *parientes* próximos del llamado, sean o no herederos, o bien los otros coherederos o parientes del causante, por comparación con el derecho de representación. O bien podría pensarse en la distinción entre sucesión intestada y sucesión testamentaria, en cuanto que la atribución de la facultad de opción funcionaría en ambas, incluida en la testada, en tanto faltase una voluntad explícita del causante designando un sustituto.

[52] Así sucede, por ejemplo, con aquellas facultades del derecho moral de autor que no se extinguen tras la muerte del causante, a las que son llamados los «herederos», de forma subsidiaria, en defecto de sujeto designado a tal fin (art. 15 TR de LPI); con las indemnizaciones derivadas de intromisiones ilegítimas en el honor, intimidad y propia imagen del sujeto fallecido (art. 9.4 LO 1/1982), con las acciones de filiación cuando se prevé la sucesión en ellas de los herederos del legitimado fallecido, ya la haya ejercitado o no antes de fallecer (arts. 132 y sigs. CC). Incluso no es descartable que esta misma técnica se halle en la remisión que se hace a los herederos del arrendatario fallecido, en casos de sucesión *mortis causa* en el derecho arrendaticio, prevista en la legislación especial de la LAU o la LAR, con independencia de que, en unos casos, ese derecho o facultad se integre en la herencia, y en otros quede fuera de la misma, aunque se llame al «heredero».

[53] Respecto de esto último, *vid.* JORDANO FRAGA, *ob. cit.,* 91, desde su concreta perspectiva, favorable a la transmisión del ID.

[54] ALBALADEJO, M. *Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones, Volumen Primero. Parte General.* Ed. Bosch, 1979, 96, quien lo admite siempre que la disposición se realice de modo que no implique aceptación de la herencia, lo que sucederá cuando, por ejemplo, se nombre herederos o legatarios en un sector patrimonial en el que se halle inserto el *ius delationis* («lo que se pueda heredar en el futuro de mi familia»).

[55] En contra JORDANO FRAGA, *ob. cit.,* 147 y 161, quien conecta indisponibilidad con irrenunciabilidad, sin más argumentación: aunque se refiere a la renuncia al ID ya adquirido, no a la renuncia anticipada a una delación hereditaria futura.

[56] JORDANO FRAGA, *ob. cit.,* 102-103.

[57] La cuestión ha sido analizada por SANCHEZ CID, *La repudiación. cit.,* 99-100, quien considera que el *ius delationis* no es un derecho que forme parte del patrimonio personal del sujeto que es llamado a la herencia porque no está incorporado al mismo,

aunque a continuación afirma que sí es parte del acervo hereditario, es un elemento patrimonial más del mismo junto con aquellos otros activos y pasivos que lo formaren, refiriéndose sin duda al sujeto llamado en el caso de posterior fallecimiento sin ejercitar el ID.

[58] ALBALADEJO, *ob. cit*., 242.

[59] También a favor de la renunciabilidad del *ius delationis*, O'CALLAGHAN MUÑOZ, *«La renuncia a la legítima» cit.,* 330.

[60] Es sin embargo llamativo que el autor no diga esto respecto del futuro legitimario, quien tendría en teoría la posibilidad de renunciar a esa misma expectativa —sobre la base de identificar a ese sujeto como titular de una expectativa evidente de ID, o de un ID condicionado—, a pesar del artículo 816 del Código Civil.

[61] ALBALADEJO, *ob. cit.,* 243.

[62] No obstante, puede ser razonable que una decisión de excluir el ID quede reflejada en documento fehaciente. Pero sin que ello suponga una forma *ad solemnitatem*, aplicada por la analogía con el artículo 1008 del Código Civil, dado que no habría propiamente identidad de razón, siendo además excepcional la norma que exige forma solemne en las repudiaciones, en relación a la regla general de libertad de forma.

A este respecto, y pensando en la renuncia hereditaria del rey Felipe VI respecto de la herencia de su padre Juan Carlos I, la misma se ha efectuado mediante una comunicación, sin intervención notarial, a la que se le ha dado publicidad a través de los medios de comunicación, por lo que debe considerarse suficientemente fehaciente para constatar su voluntad de renuncia. Ello al margen de que en el futuro se pueda constatar que el rey hizo además su renuncia en escritura notarial, lo cual desconocemos en este momento con toda precisión.

[63] Hay que tener en cuenta también que, en la práctica, aun cuando haya una delación ya actual, los acreedores pueden verse burlados en sus derechos, teniendo en cuenta que el llamado puede esperar meses e incluso años antes de aceptar (art. 1016 CC: plazo para la acción de petición de herencia: 30 años, según jurisprudencia), de modo que podrían haber prescrito muchos o todos los créditos de los acreedores cuando el llamado decida repudiar, o haberse dejado sin ejercitar por la imposibilidad de cobrar. Por último, debe tenerse en cuenta que el límite genérico del artículo 6.2 del Código Civil del perjuicio de terceros, es de alcance muy discutible, sobre todo pensando en renuncias a expectativas de derechos: ¿cómo se determina en general el posible perjuicio a los acreedores existentes en el momento de esta renuncia, si aún no se sabe el contenido final económico de la delación hereditaria que se produzca en el futuro? ¿Habrá que esperar a que eso se produzca definitivamente? En nuestra opinión, el perjuicio de terceros del artículo 6.2 del Código Civil no supone en ningún caso una base o fundamento para la «nulidad» plena y total de la renuncia; supone la efectividad del acto de renuncia, pero con posibilidad de reversión limitada, cuando haya terceros, *siempre muy cualificados,* que podrían beneficiarse en caso de no haber habido tal renuncia (lo cual a su vez puede resultar muy difícil de demostrar, como sucede en casos como el presente).

[64] En esta dirección, SÁNCHEZ CID, *La repudiación …cit.,* 100-101, admite sin ambages la renuncia abdicativa del *ius delationis*, como si se tratase de cualquier otro derecho subjetivo incorporado al patrimonio del sujeto, no siendo tampoco contraria al interés u orden público *ex* artículo 6.2 del Código Civil, señalando además que conforme al artículo 998 del Código Civil la ley no obliga a ejercer la delación, la cual es libre, por lo que a nadie se le puede obligar a optar entre aceptar o repudiar. Sin embargo, de forma un tanto incomprensible, el autor rechaza, con escasos argumentos, que esa renuncia pueda ser antes de la muerte del causante, o antes del cumplimiento de la condición suspensiva (en el caso del llamado bajo tal condición), admitiéndola solo en caso de heredero a término, donde existe ya con seguridad el llamamiento hereditario a su favor (98-99). Si se piensa bien, como dice el refrán, para este viaje, no hacen falta alforjas.

[65] Así entre otros, ANDERSON, M., *Código Civil Comentado*, vol. III, 2.ª edic., Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, 96, al comentar el artículo 618 del Código Civil.

[66] En ello estamos de acuerdo con la argumentación de JORDANO, *ob. cit.,* 110 y sigs.

[67] Por poner un ejemplo, la facultad que el artículo 1124 del Código Civil concede al contratante cumplidor consistente en la facultad de elegir entre resolver o pedir el cumplimiento: en este caso, esa facultad, que tiene un contenido económico indirecto, no necesariamente tiene que insertarse previamente dentro del patrimonio del sujeto, lo cual no excluye que sea *la ley misma* la que señale la pervivencia de la misma y su consiguiente atribución a unos determinados sujetos (los herederos del titular fallecido).

[68] Tal como lo hace JORDANO FRAGA, *ob. cit.,* 145 y sigs.

(Trabajo recibido el 4 de marzo de 2022 y aceptado para su publicación el 6 de junio de 2022)

RESOLUCIONES
DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 11-4-2022
BOE 4-5-2022
Registro de la Propiedad de Pontevedra, número 2.

OPCIÓN DE COMPRA: CANTIDADES A CONSIGNAR EN CASO DE EJERCICIO UNILATERAL.

Se recuerdan las reglas aplicables en los casos de ejercicio unilateral de la opción para determinar las cantidades que necesariamente ha de consignar el optante.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. En el presente caso la registradora ha expresado con claridad el defecto y —aunque por remisión a la nota de calificación anterior— numerosas normas en apoyatura de sus fundamentos de Derecho, por lo que no cabe concluir que haya incurrido en una situación de falta de motivación jurídica.

Una vez ejercitado un derecho de opción puede solicitarse la cancelación de las cargas que hubiesen sido inscritas con posterioridad al reflejo registral del mismo, pues no otra cosa significa la transcendencia real de la opción. Es necesario, como regla general, el depósito del precio pagado a disposición de los titulares de las cargas posteriores (cfr. art. 175.6.a RH). Y en cuanto a las cantidades que pueden ser retenidas y no consignadas, esta Dirección General ha

admitido que puede efectuarse la deducción del importe de la prima de la opción, es decir, de aquella cantidad que se ha abonado al concederla, o del importe de cargas anteriores a la propia opción que sean asumidas o satisfechas por el optante; igualmente no procede exigir tal consignación cuando el optante retiene la totalidad del precio pactado para hacer frente al pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca y que es de rango preferente al derecho de opción ejercitado o cuando se haya pactado el pago por compensación siempre que no encubra una opción en garantía. Pero en todos estos casos es necesario que todas estas circunstancias consten pactadas en la escritura de opción y que figuren debidamente inscritas. Para que no sea necesaria la consignación a favor de acreedores posteriores, la subrogación o descuento en la hipoteca anterior no puede superar a las correspondientes coberturas hipotecarias. En caso contrario, descuento o subrogación en cantidades superiores, debe consignarse la diferencia.

La transcendencia «*erga omnes*» que adquiere el derecho de opción a resultas de su inscripción implica que deben tenerse en cuenta los términos y cláusulas de la compraventa que tuvieron acceso al Registro, cuyo cumplimiento exacto hará que la opción se haya ejecutado debidamente y determinará la cancelación de asientos posteriores sin necesidad de otorgamiento de título cancelatorio específico, y la necesidad o no de íntegra consignación. Por lo que, habiéndose pactado en la escritura la previsión del cálculo efectuado por el comprador en orden a una concreción ulterior de la determinabilidad del precio, este acuerdo, que configura el derecho de opción, en cuanto sea transcrito en el asiento registral, adquirirá transcendencia «*erga omnes*» lo que implica que deba tenerse en cuenta respecto de posteriores titulares que tengan acceso al Registro. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que, si el vendedor o los acreedores posteriores entienden que en el cálculo efectuado existen conceptos o cargos indebidamente asentados, o cantidades que no debieran ser reclamadas o que no estuvieran justificadas, hagan uso de la vía judicial.

Resolución de 11-4-2022
BOE 4-5-2022
Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial, número 3.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 LEY 24/2001.

Se aplica la doctrina consolidada sobre la aplicación del artículo 98, entendiendo el juicio de suficiencia incongruente si no se atiene a lo que resulta del poder inscrito en el Registro Mercantil.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General, que el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio de su función.

De la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001 por el Tribunal Supremo (sentencias de 23 de septiembre de 2011, 20 y 22 de noviembre de 2018 y 1 de junio de 2021) y de la doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas resoluciones cabe extraer un criterio ya asentado y pacífico respecto del alcance de la calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de los otorgantes. El registrador deberá calificar, de un

lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de este congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

Como afirma la registradora en la calificación impugnada, según la inscripción de dicho poder en el Registro Mercantil, para la concesión de préstamos con garantía hipotecaria, así como para aceptar garantías hipotecarias en garantía de todo tipo de obligaciones de que sea acreedora la entidad representada, el apoderado tiene facultades solidarias únicamente cuando se trate de operaciones cuya cuantía no supere los 200 000 euros. Por ello, debe concluirse que en este caso dicho juicio notarial de suficiencia sobre las facultades representativas es de modo patente erróneo y, por tanto, incongruente con el contenido del negocio formalizado.

Resolución de 11-4-2022
BOE 4-5-2022
Registro de la Propiedad de Almuñécar.

BIENES PRIVATIVOS: ATRIBUCIÓN DE PRIVATIVIDAD.

Para la inscripción de una finca como privativa es válido el acuerdo suficientemente casualizado expresado en el título.

Según la doctrina de este Centro Directivo, en el ámbito registral, para obtener la inscripción de un bien con carácter privativo, el artículo 95 del Reglamento Hipotecario exige —al margen del supuesto de confesión de privatividad por el consorte— que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o contraprestación mediante prueba documental pública suficiente, sin que la mera afirmación de la procedencia privativa del dinero empleado sea suficiente dado, sobre todo, el carácter fungible del dinero. El rastro del dinero privativo que se dice invertido en la adquisición ha de gozar de una acreditación documental plena, pues en el procedimiento registral no existe la posibilidad de admisión de otros medios de prueba, cuya admisión habría de llevar pareja la posibilidad de contradicción.

También ha admitido esta Dirección General —con base en el principio de la libertad de contratación *ex* artículos 1255 y 1355 del Código Civil— que los cónyuges pueden atribuir carácter privativo a un bien ganancial, pacten o no compensación a cargo de los bienes privativos y siempre que el desplazamiento pactado aparezca casualizado (cfr. resoluciones de 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991, 30 de julio de 2018, 12 de junio y 17 de diciembre de 2020 y 15 de enero y 8 y 9 de septiembre de 2021). Ahora bien, como se indicó en la referida resolución de 22 de junio de 2006, dicha exigencia de especificación causal del negocio ha de ser interpretada en sus justos términos. En este sentido, se ha considerado suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, o que la misma resulte o se deduzca de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura.

Si se tiene en cuenta no solo la simple y pura literalidad de los términos empleados en la escritura calificada, sino también la intención evidente de los otorgantes reflejada en el negocio documentado, la valoración global de sus cláusulas y su inteligencia en el sentido más adecuado para que produzca efecto (cfr. arts. 1281, 1284 y 1285 CC), debe concluirse que los cónyuges, por pacto, están determinando que una mitad indivisa de las fincas adjudicadas mediante la extinción de la comunidad tenga carácter privativo del marido adjudicatario, con la voluntad de que se inscriba a nombre de este por haber sido adquirida con tal carácter y no por confesión, abstracción hecha de que no haya podido acreditarse el carácter privativo de dicha participación mediante aplicación directa del principio de subrogación real por faltar la prueba fehaciente del carácter privativo del dinero empleado, de modo que ambos consortes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, excluyen el juego de la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil; y, como resulta de los concretos términos empleados en la redacción de la escritura, queda explicitado el carácter oneroso del negocio entre los esposos.

Resolución de 11-4-2022
BOE 5-5-2022
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 11.

OBRA NUEVA: SEGURO DECENAL.

No es exigible el seguro decenal cuando se acredita la antigüedad de la ejecución de los elementos estructurales con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE.

El seguro de daños o caución constituye una garantía con la que el legislador pretende tutelar a los adquirentes de viviendas frente a los daños materiales ocasionados por vicios o defectos de la construcción. Es el artículo 19.1 de la ley 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». En el presente caso debe determinarse si se trata de uno de los supuestos en los que la Ley de Ordenación de la Edificación exonera de la obligación de constituir el seguro decenal.

Se trata de un edificio único cuya ejecución se contempló en dos fases de modo que, mientras la primera se ejecutó íntegramente, de la segunda, por razones económicas, únicamente se finalizó íntegramente la planta sótano así como los elementos estructurales y cimentación de las restantes plantas hasta la tercera (en las que se ubican las fincas cuya terminación de obra se declara en el acta calificada), al ser tales estructuras, según el proyecto aprobado por el arquitecto primitivo, únicas para el edificio en su conjunto independientemente de su fase de ejecución material. Dicha finalización tuvo lugar, según lo antes expuesto, en el año 1984, de suerte que, no solo ha transcurrido, con exceso, el plazo de diez años de duración de responsabilidad por los daños materiales causados por vicios o defectos estructurales (cfr. arts. 6.5 y 19.1.c) Ley de Ordenación de la Edificación), sino que dicha terminación es anterior a la entrada en vigor de la misma Ley 38/1999 (cfr. disposición transitoria primera).

En contra de lo que sostiene la registradora, el presente no es un supuesto análogo al que motivó la resolución de este mismo Centro Directivo de 18 de mayo de 2006, en el que había sido concedida, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación, una primera licencia urbanística con motivo de la presentación de un proyecto básico del total del conjunto a edificar por fases, comprensivo de la planimetría y mediciones del conjunto, dejando el desarrollo de cada una de las fases posteriores a la presentación ulterior de los diferentes proyectos de ejecución material (comprensivo además de la estructura e instalaciones), para cada uno de los cuales se solicitaría la licencia de edificación correspondiente, de suerte que no podría comenzarse la ejecución de las obras correspondientes a cada una de las fases mientras no se obtuviera la licencia parcial que las legitimara (cfr. arts. 4.2 y 10.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre). Por el contrario, en el caso de este recurso, el proyecto originario contemplaba la ejecución íntegra de la edificación, la cual, tal y como ha quedado expuesto, estaba configurada como una obra unitaria con una estructura unitaria.

La acreditación de si se trata o no de una reforma no esencial, meramente parcial, que no altera la volumetría ni la configuración estructural del edificio —como se expresa en el certificado testimoniado en el acta—, debe quedar referida al ámbito de competencias —y de responsabilidad— del arquitecto director de la obra, al certificar la finalización de la obra conforme a licencia a efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad, sin que puedan tales afirmaciones —de carácter técnico, no jurídico— ser desvirtuadas por otro criterio del registrador o de este Centro Directivo, salvo que se trate de casos evidentes como son la construcción de nuevas plantas (supuesto de hecho de la resolución de 16 de abril de 2007 en el que, además, lógicamente, no había un certificado de técnico competente afirmando el carácter parcial no esencial de la obra realizada).

Resolución de 11-4-2022
BOE 5-5-2022
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 5.

BIENES PÚBLICOS: REVERSIÓN DE BIENES CEDIDOS GRATUITAMENTE.

Se recuerda la doctrina sobre los contratos privados que suscribe la Administración y de la prevalencia de los principios registrales frente a la facultad de autotutela administrativa.

Del mismo modo que cabe la modificación de situaciones jurídico-reales por resolución de la Administración aunque estén inscritas en virtud de un título no administrativo, con no menor razón deberá admitirse la modificación de la situación jurídica real inscrita en virtud de un título administrativo si en el correspondiente expediente, este, por nueva resolución de la Administración, es alterado (cfr. arts. 106 a 111 de la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), y siempre que se trate de expedientes en los que la autoridad administrativa interviniente sea competente para la modificación que se acuerde, y se cumplan en él las garantías legales establecidas en favor de la persona afectada.

No obstante la ejecutividad y las presunciones de validez y eficacia de que legalmente están investidos los actos administrativos (cfr. arts. 56 y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, actuales 38 y 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre), 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 los contratos privados de los entes públicos se han de distinguir dos aspectos: por un lado, el relativo a los efectos y extinción del contrato, que quedan sujetos a las normas de Derecho privado y cuyo conocimiento es competencia de la jurisdicción ordinaria; y por otro, la fase de preparación y adjudicación del contrato, la que hace referencia a la formación de la voluntad contractual del ente público y la atribución de su representación, que se rige por la normativa especial y cuya infracción corresponde revisar la jurisdicción contencioso-administrativa (*vid.* resolución de 27 de marzo de 1999). En relación en concreto con los contratos que tengan por objeto bienes patrimoniales de carácter inmobiliario, hay que destacar que ya el artículo 5 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, excluyó del ámbito de la citada legislación «los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, (…) que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial». Este mismo criterio se confirmó por el 9.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

El Ayuntamiento recurrente, sostiene su tesis impugnativa sobre la base de la calificación de la cesión gratuita, cuya reversión se debate en este expediente, en lo dispuesto en el artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio. La regulación que efectúa el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales deberá adaptarse a lo dispuesto en la Ley 33/2003 y, como norma reglamentaria que es, será de aplicación en cuanto no la contradiga.

De todo lo anterior no se colige, sin embargo, que tratándose de contratos privados quede excluida la posibilidad de que la Administración municipal pueda proceder a la resolución unilateral de la cesión, en el supuesto de concurrir causa legal para ello, en concreto, el incumplimiento del destino de las fincas, en base a la potestad exorbitante que la Administración ostenta en base a la legislación patrimonial a la que se remite la propia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en su artículo 9.2 al que se ha hecho referencia anteriormente, lo que implica el reconocimiento de una facultad de resolución unilateral que supone una excepción al régimen general de proscripción de la facultad de resolución unilateral de los contratos de naturaleza privada sujetos al Derecho privado (*vid.* art. 1256 CC), sin perjuicio de la aplicación de la legislación civil.

En el supuesto de este expediente, aun cuando el cedente sea el Ayuntamiento, nos encontramos ante un contrato privado que no tiene la consideración de contrato administrativo especial conforme a la legislación que ha sido objeto de examen. Del propio contenido del Registro resulta que la inscripción de la donación se practicó sin cargas, sin recoger la manifestación por parte del donatario en la escritura de cesión de «aceptar la finca para construir en ella los edificios que le sean necesarios para el cumplimiento de su misión apostólica», destino que tampoco aparece como carga o condición expresamente impuesta por el donante, ni contenida en el convenio previo entre el Ayuntamiento y la Diócesis, en cuyo cumplimiento se llevó a cabo la formalización de la escritura pública de cesión gratuita. Y aunque el derecho de reversión pueda considerarse una garantía «ex lege», como causa de resolución de carácter implícita, ligada

necesariamente a la cesión gratuita de bienes patrimoniales con el propósito de asegurar el cumplimiento del fin público que la justifique y susceptible de constancia registral, no tiene por sí solo una eficacia «*erga omnes*», debiendo precisamente acceder al Registro para poder obtenerla, previo cumplimiento de las exigencias propias de la legislación hipotecaria. Configuración que responde al hecho de estar enmarcado dicho derecho de reversión en el ámbito del tráfico jurídico-inmobiliario de bienes patrimoniales, que en vía de principios queda sometido con carácter general a las normas privadas y a la jurisdicción civil en los términos ya expuestos.

Por último, debe recordarse, que como ha puesto de manifiesto la mejor doctrina y ha asumido este Centro Directivo en su doctrina oficial (*vid.* resolución de 12 de diciembre de 2016), la singular protección que el Registro de la Propiedad otorga al titular inscrito constituye un límite importante a las facultades reivindicativas y de autotutela de la Administración que resulta obligada a impugnar judicialmente la presunción de legitimidad que deriva de la inscripción en el Registro (arts. 1 y 38 LH, salvo en el caso particular de los deslindes de costas, artículo 13 de la Ley de Costas, y de cauces públicos, artículo 87 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas), excepciones ambas que se justifican por la ostensibilidad característica del demanio natural, así como aquellos otros supuestos de autotutela expresamente admitidos por la Ley.

Resolución de 18-4-2022
BOE 6-5-2022
Registro de la Propiedad de Huércal-Overa.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. ANOTACIÓN DE EMBARGO PREVENTIVO: MEDIDAS CAUTELARES INAUDITA PARTE.

Sin perjuicio de recordar que no cabe a través del recurso gubernativo discutir sobre la validez de un asiento ya practicado, se recuerda la posibilidad de admitir medidas cautelares acordadas sin audiencia previa del titular registral afectado, aunque con la obligación de notificación inmediata a posteriori.

El registrador ha de analizar cada documento, con el objeto de decidir si procede o no su efectiva presentación al Diario. Pero la calificación que a estos efectos realiza el registrador es distinta de la que debe llevar a cabo con los documentos ya presentados para determinar si son o no susceptibles de inscripción o anotación. El artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Aun cuando en el presente expediente nos encontremos ante una instancia privada que no puede provocar asiento registral alguno, como se verá, la negativa a extender el asiento de presentación debió ser objeto de calificación específica con carácter previo o al menos simultáneo a emitir una calificación sobre el fondo de la solicitud. Sin embargo, se ha procedido de forma directa a suspender el asiento solicitado.

De conformidad con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, 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, párrafo tercero,

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). Puede concluirse, a la vista de estos preceptos, que, con carácter general, no es posible practicar anotación preventiva de un embargo, ya sea este adoptado como medida cautelar o como acto dentro de proceso de ejecución, sin que el titular registral de la finca embargada haya sido adecuadamente citado en el procedimiento en el que dicho embargo se ha acordado, con el fin de eludir la indefensión que prohíbe el artículo 24 de la Constitución española.

No obstante, lo anterior, tratándose de medidas cautelares, y considerando la urgencia que en muchas ocasiones concurre para su adopción a fin de evitar que se frustre el resultado del proceso, nuestro ordenamiento ha previsto la posibilidad de que se tomen este tipo de medidas inaudita parte. En concreto, el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Considera el Tribunal Constitucional que para que se cumplan las exigencias de audiencia y contradicción derivadas del artículo 24 de la Constitución española, no es necesario que el demandado haya de ser oído antes que se adopte la decisión, sino que para garantizar su derecho a la tutela judicial efectiva será suficiente con que se le dé la oportunidad de ser oído, aunque sea con posterioridad.

La Agencia Tributaria, en el marco de sus competencias, puede acordar medidas cautelares cuando se cumplan los presupuestos que el artículo 81 de la Ley General Tributaria establece. Y, excepcionalmente, podrá dictarlas sin la previa notificación al afectado, si bien de forma inmediata deberá realizar dicha notificación para que este pueda ejercer la defensa de sus intereses en el procedimiento. En este sentido, no será sin embargo admisible que el embargo preventivo adoptado inaudita parte pueda convertirse en embargo ejecutivo o prorrogarse más allá de los seis meses de vigencia inicial, sin que entonces sí se acredite la oportuna notificación al afectado titular registral de la finca embargada.

Una vez sentado lo anterior, debe advertirse que, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, sentencia de 22 de mayo de 2000 (vid., por todas, la resolución de 18 de abril de 2018), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente, por lo que atañe al presente caso, valorar la extensión de asientos ya practicados, o las actuaciones efectuadas por la Agencia Tributaria, o la supuesta conducta de este organismo o de los registradores que han sido o son titulares del Registro, cuestiones todas ellas extrañas al recurso contra la calificación registral.

Resolución de 18-4-2022
BOE 6-5-2022
Registro de la Propiedad de Huércal-Overa.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. ANOTACIÓN DE EMBARGO PREVENTIVO: MEDIDAS CAUTELARES INAUDITA PARTE.

Sin perjuicio de recordar que no cabe a través del recurso gubernativo discutir sobre la validez de un asiento ya practicado, se recuerda la posibilidad de admitir

medidas cautelares acordadas sin audiencia previa del titular registral afectado, aunque con la obligación de notificación inmediata a posteriori.

El registrador ha de analizar cada documento, con el objeto de decidir si procede o no su efectiva presentación al Diario. Pero la calificación que a estos efectos realiza el registrador es distinta de la que debe llevar a cabo con los documentos ya presentados para determinar si son o no susceptibles de inscripción o anotación. El artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Aun cuando en el presente expediente nos encontremos ante una instancia privada que no puede provocar asiento registral alguno, como se verá, la negativa a extender el asiento de presentación debió ser objeto de calificación específica con carácter previo o al menos simultáneo a emitir una calificación sobre el fondo de la solicitud. Sin embargo, se ha procedido de forma directa a suspender el asiento solicitado.

De conformidad con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, 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, párrafo tercero, 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). Puede concluirse, a la vista de estos preceptos, que, con carácter general, no es posible practicar anotación preventiva de un embargo, ya sea este adoptado como medida cautelar o como acto dentro de proceso de ejecución, sin que el titular registral de la finca embargada haya sido adecuadamente citado en el procedimiento en el que dicho embargo se ha acordado, con el fin de eludir la indefensión que prohíbe el artículo 24 de la Constitución española.

No obstante, lo anterior, tratándose de medidas cautelares, y considerando la urgencia que en muchas ocasiones concurre para su adopción a fin de evitar que se frustre el resultado del proceso, nuestro ordenamiento ha previsto la posibilidad de que se tomen este tipo de medidas inaudita parte. En concreto, el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Considera el Tribunal Constitucional que para que se cumplan las exigencias de audiencia y contradicción derivadas del artículo 24 de la Constitución española, no es necesario que el demandado haya de ser oído antes que se adopte la decisión, sino que para garantizar su derecho a la tutela judicial efectiva será suficiente con que se le dé la oportunidad de ser oído, aunque sea con posterioridad.

La Agencia Tributaria, en el marco de sus competencias, puede acordar medidas cautelares cuando se cumplan los presupuestos que el artículo 81 de la Ley General Tributaria establece. Y, excepcionalmente, podrá dictarlas sin la previa notificación al afectado, si bien de forma inmediata deberá realizar dicha notificación para que este pueda ejercer la defensa de sus intereses en el procedimiento. En este sentido, no será sin embargo admisible que el embargo preventivo adoptado inaudita parte pueda convertirse en embargo ejecutivo o prorrogarse más allá de los seis meses de vigencia inicial, sin que entonces sí se acredite la oportuna notificación al afectado titular registral de la finca embargada.

Una vez sentado lo anterior, debe advertirse que, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, sentencia de 22 de

mayo de 2000 (vid., por todas, la resolución de 18 de abril de 2018), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente, por lo que atañe al presente caso, valorar la extensión de asientos ya practicados, o las actuaciones efectuadas por la Agencia Tributaria, o la supuesta conducta de este organismo o de los registradores que han sido o son titulares del Registro, cuestiones todas ellas extrañas al recurso contra la calificación registral.

Resolución de 18-4-2022
BOE 6-5-2022
Registro de la Propiedad de Huércal-Overa.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. ANOTACIÓN DE EMBARGO PREVENTIVO: MEDIDAS CAUTELARES INAUDITA PARTE.

Sin perjuicio de recordar que no cabe a través del recurso gubernativo discutir sobre la validez de un asiento ya practicado, se recuerda la posibilidad de admitir medidas cautelares acordadas sin audiencia previa del titular registral afectado, aunque con la obligación de notificación inmediata a posteriori.

El registrador ha de analizar cada documento, con el objeto de decidir si procede o no su efectiva presentación al Diario. Pero la calificación que a estos efectos realiza el registrador es distinta de la que debe llevar a cabo con los documentos ya presentados para determinar si son o no susceptibles de inscripción o anotación. El artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Aun cuando en el presente expediente nos encontremos ante una instancia privada que no puede provocar asiento registral alguno, como se verá, la negativa a extender el asiento de presentación debió ser objeto de calificación específica con carácter previo o al menos simultáneo a emitir una calificación sobre el fondo de la solicitud. Sin embargo, se ha procedido de forma directa a suspender el asiento solicitado.

De conformidad con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, 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, párrafo tercero, 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). Puede concluirse, a la vista de estos preceptos, que, con carácter general, no es posible practicar anotación preventiva de un embargo, ya sea este adoptado como medida cautelar o como acto dentro de proceso de ejecución, sin que el titular registral de la finca embargada haya sido adecuadamente citado en el procedimiento en el que dicho embargo se ha acordado, con el fin de eludir la indefensión que prohíbe el artículo 24 de la Constitución española.

No obstante, lo anterior, tratándose de medidas cautelares, y considerando la urgencia que en muchas ocasiones concurre para su adopción a fin de evitar que

se frustre el resultado del proceso, nuestro ordenamiento ha previsto la posibilidad de que se tomen este tipo de medidas inaudita parte. En concreto, el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Considera el Tribunal Constitucional que para que se cumplan las exigencias de audiencia y contradicción derivadas del artículo 24 de la Constitución española, no es necesario que el demandado haya de ser oído antes que se adopte la decisión, sino que para garantizar su derecho a la tutela judicial efectiva será suficiente con que se le dé la oportunidad de ser oído, aunque sea con posterioridad.

La Agencia Tributaria, en el marco de sus competencias, puede acordar medidas cautelares cuando se cumplan los presupuestos que el artículo 81 de la Ley General Tributaria establece. Y, excepcionalmente, podrá dictarlas sin la previa notificación al afectado, si bien de forma inmediata deberá realizar dicha notificación para que este pueda ejercer la defensa de sus intereses en el procedimiento. En este sentido, no será sin embargo admisible que el embargo preventivo adoptado inaudita parte pueda convertirse en embargo ejecutivo o prorrogarse más allá de los seis meses de vigencia inicial, sin que entonces sí se acredite la oportuna notificación al afectado titular registral de la finca embargada.

Una vez sentado lo anterior, debe advertirse que, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, sentencia de 22 de mayo de 2000 (*vid.*, por todas, la resolución de 18 de abril de 2018), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente, por lo que atañe al presente caso, valorar la extensión de asientos ya practicados, o las actuaciones efectuadas por la Agencia Tributaria, o la supuesta conducta de este organismo o de los registradores que han sido o son titulares del Registro, cuestiones todas ellas extrañas al recurso contra la calificación registral.

Resolución de 18-4-2022
BOE 6-5-2022
Registro de la Propiedad de Huércal-Overa.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. ANOTACIÓN DE EMBARGO PREVENTIVO: MEDIDAS CAUTELARES INAUDITA PARTE.

Sin perjuicio de recordar que no cabe a través del recurso gubernativo discutir sobre la validez de un asiento ya practicado, se recuerda la posibilidad de admitir medidas cautelares acordadas sin audiencia previa del titular registral afectado, aunque con la obligación de notificación inmediata a posteriori.

El registrador ha de analizar cada documento, con el objeto de decidir si procede o no su efectiva presentación al Diario. Pero la calificación que a estos efectos realiza el registrador es distinta de la que debe llevar a cabo con los documentos ya presentados para determinar si son o no susceptibles de inscripción o anotación. El artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Aun cuando en el presente expediente nos encontremos ante una instancia privada

que no puede provocar asiento registral alguno, como se verá, la negativa a extender el asiento de presentación debió ser objeto de calificación específica con carácter previo o al menos simultáneo a emitir una calificación sobre el fondo de la solicitud. Sin embargo, se ha procedido de forma directa a suspender el asiento solicitado.

De conformidad con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, 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, párrafo tercero, 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). Puede concluirse, a la vista de estos preceptos, que, con carácter general, no es posible practicar anotación preventiva de un embargo, ya sea este adoptado como medida cautelar o como acto dentro de proceso de ejecución, sin que el titular registral de la finca embargada haya sido adecuadamente citado en el procedimiento en el que dicho embargo se ha acordado, con el fin de eludir la indefensión que prohíbe el artículo 24 de la Constitución española.

No obstante, lo anterior, tratándose de medidas cautelares, y considerando la urgencia que en muchas ocasiones concurre para su adopción a fin de evitar que se frustre el resultado del proceso, nuestro ordenamiento ha previsto la posibilidad de que se tomen este tipo de medidas inaudita parte. En concreto, el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Considera el Tribunal Constitucional que para que se cumplan las exigencias de audiencia y contradicción derivadas del artículo 24 de la Constitución española, no es necesario que el demandado haya de ser oído antes que se adopte la decisión, sino que para garantizar su derecho a la tutela judicial efectiva será suficiente con que se le dé la oportunidad de ser oído, aunque sea con posterioridad.

La Agencia Tributaria, en el marco de sus competencias, puede acordar medidas cautelares cuando se cumplan los presupuestos que el artículo 81 de la Ley General Tributaria establece. Y, excepcionalmente, podrá dictarlas sin la previa notificación al afectado, si bien de forma inmediata deberá realizar dicha notificación para que este pueda ejercer la defensa de sus intereses en el procedimiento. En este sentido, no será sin embargo admisible que el embargo preventivo adoptado inaudita parte pueda convertirse en embargo ejecutivo o prorrogarse más allá de los seis meses de vigencia inicial, sin que entonces sí se acredite la oportuna notificación al afectado titular registral de la finca embargada.

Una vez sentado lo anterior, debe advertirse que, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, sentencia de 22 de mayo de 2000 (*vid.,* por todas, la resolución de 18 de abril de 2018), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente, por lo que atañe al presente caso, valorar la extensión de asientos ya practicados, o las actuaciones efectuadas por la Agencia Tributaria, o la supuesta conducta de este organismo o de los registradores que han sido o son titulares del Registro, cuestiones todas ellas extrañas al recurso contra la calificación registral.

Resolución de 19-4-2022
BOE 6-5-2022
Registro de la Propiedad de Antequera.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: TRANSMISIÓN DE LA FACULTAD RESOLUTORIA.

Sin dejar de reconocer que la condición resolutoria no tiene la consideración de derecho real, sí se admite la constancia registral de su transmisibilidad en favor del adquirente *mortis causa* del crédito.

Ciertamente, de la lectura de la nota de calificación, se deduce claramente que el registrador ha denegado la inscripción en función del carácter insubsanable del tercero de los defectos señalados, pero esto no impide que en su caso sean subsanados los otros dos que anteceden. El primero, mediante la presentación de todos los documentos complementarios de la herencia y testamento; el segundo de los defectos es subsanable en la medida en que se aclare y acredite la existencia del crédito y su identificación, esto es, en la medida de que sea plenamente determinada su existencia. En consecuencia, habiendo sido presentado el escrito de interposición del recurso contra el tercero de los defectos señalados, a este se habrá de limitar su resolución.

En cuanto al tercero de los defectos señalados, esto es, el relativo a la solicitud de inscripción de la condición resolutoria a nombre del adjudicatario «*mortis causa*» del crédito por el precio pendiente de pago de la compraventa sujeta a dicha condición, es cierto que, como ha puesto de relieve recientemente este Centro Directivo (*vid.* resolución de 29 de agosto de 2019), la doctrina ha venido calificando la condición resolutoria expresa del artículo 1504 del Código Civil como un «derecho potestativo» para la parte que decide resolver ante el incumplimiento de pago de la contraparte; calificación que comparte el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, aunque tampoco han faltado autores que han caracterizado la condición resolutoria como una facultad jurídica, aunque lo que sí que resulta de todo punto evidente es que se está ante un poder resolutorio con autonomía jurídica, fruto de la autonomía de la voluntad de las partes y no asimilable a un mecanismo de ejecución en sentido técnico.

La inscripción registral de la condición resolutoria explícita tan solo provocará la aplicación de los principios y reglas hipotecarios, pero nada más. No obstante, no puede desconocerse que el poder resolutorio sobre la cosa vendida con el que se garantiza el pago del precio aplazado tiene autonomía respecto del derecho de crédito por dicho precio, pues tiene distinto objeto (la cosa vendida, cualquiera que sea el poseedor, y no la conducta del comprador), distintas facultades sobre la cosa y diferentes modos de constituirse de los propios del derecho de crédito garantizado. De todo lo cual se infiere que la cesión del derecho a percibir el precio aplazado con todos sus efectos constituye, en verdad, un contrato legítimo que modifica para lo futuro el ejercicio de facultades del dominio inscrito sobre bienes inmuebles o derechos reales, y que puede tener entrada en el Registro.

Resolución de 19-4-2022
BOE 6-5-2022
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 10.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Se reitera que no es el recurso gubernativo el cauce adecuado para rectificar asientos practicados.

Es necesario partir en este caso, como señala la registradora en su nota de calificación, de lo dispuesto en el artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, conforme al cual los asientos del Registro, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la misma ley. No se trata por tanto de la rectificación de un error cometido al redactar un asiento, de aquellos a los que se refiere el artículo 40.c) de la Ley Hipotecaria y que pueden rectificarse de la manera establecida en los artículos 211 y siguientes de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, pues la registradora considera que procedía la práctica de la mencionada nota marginal.

Por este mismo motivo, no corresponde a esta Dirección General decidir si procedía o no la práctica de dicha nota marginal de afección fiscal, aunque parece que existen fundados motivos para su práctica, teniendo en cuenta además que en este caso la nota marginal se practicó con motivo de la transmisión del inmueble o, al menos, sería una cuestión sujeta a interpretación y en modo alguno una cuestión pacífica en la doctrina o ya resuelta de modo definitivo por la jurisprudencia de los tribunales.

En consecuencia, para proceder a la cancelación de dicha nota sería necesario, bien que se acredite el pago del Impuesto con carácter firme o el transcurso del plazo de caducidad de dicha nota, bien que medie consentimiento de la Hacienda Pública que es el titular registral o resolución judicial firme que ordene dicha cancelación (cfr. arts. 1, 40 y 82 LH).

Resolución de 19-4-2022
BOE 6-5-2022
Registro de la Propiedad de Villalba.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Se reitera que no es el recurso gubernativo el cauce adecuado para rectificar asientos practicados.

En el presente expediente, unos interesados que no son titulares registrales de la finca en cuestión, por lo que no cumplen con las exigencias del principio de legitimación, ni el de tracto sucesivo registral, pretenden que un asiento registral de georreferenciación de una finca ajena, que como ya se ha dicho está bajo la salvaguardia de los tribunales y se presume exacto y válido a todos los efectos legales, sea rectificado sin contar con el consentimiento del titular registral ni aportar sentencia firme recaída en procedimiento entablado contra dicho titular registral, y todo ello en abierta contradicción con los principios y preceptos esenciales del derecho registral que han quedado reseñados.

Resolución de 20-4-2022
BOE 6-5-2022
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 1.

SEGREGACIÓN O DIVISIÓN DE FINCA: LICENCIA.

Se reitera la necesidad de licencia para inscribir una segregación.

En primer lugar, debe hacerse mención al aspecto procedimental de este expediente. Es claro que según el artículo 326 de la Ley Hipotecaria no pueden tenerse en cuenta para la resolución del presente recurso los documentos aportados con posterioridad a la calificación o junto con el escrito de interposición.

El problema de derecho intertemporal planteado por la presentación en el Registro en la actualidad, de una segregación realizada durante la vigencia de la regulación anterior, como sucede en el supuesto de hecho de este recurso, entendiendo que debe resolverse en el sentido de que la segregación es un acto jurídico cuya inscripción queda sujeta a los requisitos impuestos por las normas de carácter registral vigentes en el momento de presentar la escritura o la sentencia en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior (cfr. disposición transitoria cuarta CC). Ahora bien, la exigencia de tales requisitos deberá conciliarse con los efectos jurídicos de los actos de segregación o división conforme a la legislación material o sustantiva vigente a la fecha en que se produzcan. Esta Dirección General, en su resolución de fecha 17 de octubre de 2014 reconoció la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no solo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, aplicable también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento.

En el caso del presente expediente y a la vista de la documentación presentada al tiempo de la calificación no resulta acreditada la citada intervención administrativa en ninguna de las formas expresadas y en este sentido la calificación registral debe ser confirmada. Si el recurrente sostiene que en la escritura presentada no se realiza segregación alguna por haberse realizado con anterioridad debe aportar la titulación de la que resulte debidamente formalizada y amparada en la preceptiva autorización administrativa, pues es evidente que el objeto del negocio calificado es una porción de la finca registral matriz que presupone una segregación que no ha accedido al registro —cfr. artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 47 de su Reglamento—.

Por lo que a tenor de lo expuesto, debe confirmarse el defecto expresado en la nota de calificación en cuanto a la exigencia de intervención administrativa que legitime la segregación que implica el negocio documentado en la escritura de compraventa afectante a una porción de la finca registral, la cual consistirá, en función de la forma de gestión prevista por el planeamiento para dicho ámbito, bien en la acreditación de la oportuna licencia municipal de parcelación, bien mediante la aportación del instrumento jurídico que de forma integrada permita ejecutar las previsiones del Plan mediante la descripción individualizada de cada finca de resultado incluida en la unidad de actuación con las previsiones establecidas por el artículo 7 del Real Decreto 1093/1997.

Resolución de 20-4-2022
BOE 9-5-2022
Registro de la Propiedad de Negreira.

DERECHO FORAL GALLEGO: FIDUCIA SUCESORIA.

Se analizan las facultades de actuación del viudo designado fiduciario en relación con los derechos de los legitimarios.

La disposición transitoria segunda, apartado 2, de la Ley de Derecho civil de Galicia de 2006 determina su aplicación en materia sucesoria exclusivamente a

las sucesiones cuya apertura tenga lugar con posterioridad a su entrada en vigor. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de 24 de abril de 2012, pero afirma la sentencia que «en el plano adjetivo, para el ejercicio de la *actio ad complementum* y de las acciones de reducción ejercitadas, derivadas de la facultad de los legitimarios de obtener su legítima, entra en juego el inciso segundo de la disposición transitoria cuarta al ordenar que su ejercicio, duración y procedimiento se ha de ajustar a la nueva regulación.

De acuerdo con estas premisas, doña M. J. C. H. P., en la primera sucesión, esto es en herencia de su padre, es llamada como heredera «en el tercio de legítima», por lo que ostenta un derecho de legítima de naturaleza «*pars bonorum*» o «*pars valoris bonorum*», que, como ha señalado la registradora, «en principio hace necesaria su intervención en las operaciones particionales de sus bienes y en la entrega de legados». En la segunda sucesión, esto es en la de su madre, le deja «lo que por legítima le corresponda (…)», por lo que ostenta un derecho de legítima de naturaleza «*pars valoris*», asimilable al de un derecho de crédito en esa herencia de su madre, y, como bien señala la registradora, «hace excusable su intervención, pues la causante, en su propia herencia, se limita a reconocerle su legítima, nombrando herederos a sus tres hermanos».

La liquidación de la sociedad de gananciales en el ámbito de la delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil ha sido objeto de numerosos debates doctrinales. Habiendo un contador-partidor designado para la liquidación, puede realizarla con la viuda. En otro caso, dado que la fiduciaria tiene las facultades de un contador-partidor y muchas más, puede realizar esa liquidación de la sociedad conyugal. Serían excepción aquellos casos en los que hubiera menores o discapacitados que hicieran concurrir una colisión de intereses. Especialmente interesa en este expediente que el cónyuge puede realizar, «(…) en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar»; de donde se deduce que, al conceder al cónyuge viudo la facultad de atribuir bienes de la sociedad conyugal disuelta pero no liquidada, permite liquidar unilateralmente la misma respecto de un bien concreto, de forma que el viudo puede cumplir las disposiciones del causante y satisfacer las legítimas con adjudicaciones de bienes pertenecientes a él, que pueden ser también los que le resulten adjudicados en la liquidación de la sociedad conyugal.

Entiende la registradora que, por aplicación del artículo 200.2 de la Ley 2/2006, no es posible hacer la liquidación por la viuda, pero como se ha fundamentado antes, esta norma es posterior a la apertura de la sucesión y no es particional, por lo que no puede ser utilizada como argumento. En consecuencia, debemos concluir que es aceptable, en términos de Derecho civil común, una liquidación unilateral de la sociedad de gananciales, salvo las situaciones de colisión de intereses; y cabe que el cónyuge haga adjudicaciones de bienes concretos en esa liquidación, pero siempre sin perjuicio de las legítimas y de las instrucciones y disposiciones hechas por el testador. Esto nos aboca a determinar cuáles son los derechos de la legitimaria no concurrente.

Pues bien, la liquidación y distribución practicada en el testamento de la fiduciaria no ha sido total sino tan solo referida a parte de los bienes y, además, respecto a uno de ellos, se ha producido una adjudicación en forma distinta a la ordenada por el testador que instituyó la delegación de la facultad de mejorar. El Alto Tribunal, ante el silencio del Código Civil en este punto y la falta de doctrina jurisprudencial determinó que, si bien el origen del artículo 831 del Código

Civil está en algunos Derechos forales, caso de la fiducia colectiva aragonesa, del fiduciario-comisario del Derecho navarro, del comisario del Derecho vizcaíno, o de las facultades de designación y distribución otorgadas al cónyuge supérstite en el Derecho catalán —entre otros supuestos—, la interpretación de esta norma, al margen de la autonomía o clara diferenciación que presenta su actual regulación respecto de las aplicaciones forales señaladas, queda sujeta a los principios del sistema sucesorio del Código Civil. En aplicación de estos principios, resaltó que la legítima estricta de derecho común constituye un derecho básico del legitimario cuyo pago no puede quedar sujeto a plazo alguno fijado por el testador, salvo en los supuestos que expresamente lo disponga la propia norma.

En el supuesto de este expediente, no consta que haya sido reclamada la legítima a la viuda en vida suya. Ahora, fallecida esta, y ejercitada por la fiduciaria parcialmente en su testamento la delegación de la facultad de mejorar respecto de una de las fincas concretas se ha de pasar por ella, y, determinada la cuantía de la legítima estricta, procede el pago de la misma sin excepción de plazo alguno, toda vez que no se ha justificado ninguna circunstancia o vicisitudes que pudieran ser tenidas en cuenta para demorar dicho pago.

Resolución de 25-4-2022
BOE 16-5-2022
Registro de la Propiedad de Murcia, número 2.

DONACIONES *MORTIS CAUSA*: NATURALEZA Y EFECTOS.

Se recuerda la doctrina sobre la distinción entre las donaciones *mortis causa* y las donaciones con eficacia *post mortem*.

En relación con la donación «*mortis causa*», esta Dirección General en su Resolución de 21 de enero de 1991, puso de relieve que «(…) para que haya donación *mortis causa* es imprescindible, según reiterada jurisprudencia (Sentencia de 19 de junio y 29 de octubre de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de enero de 1975 y otras), que se haga la donación sin intención de perder el donante la libre disposición de la cosa o derecho que se dona. En relación con el poder de disposición este tipo de donación no produciría efectos en vida del donante, la muerte de este tendría, para tal negocio dispositivo, el valor de presupuesto de eficacia o de *conditio iuris* de significación igual a la que la muerte del testador tiene para el testamento (engendra en beneficio del favorecido una simple esperanza y propiamente el objeto donado no quedaría vinculado). En cambio, hay verdadera y propia donación entre vivos y se produce, en beneficio del favorecido, una situación de pendencia o una situación temporalmente limitada, si la muerte, en la intención del donante, solo significa condicionamiento del derecho transmitido, o dilación o término del pago.

Conforme a esta doctrina, se puede precisar lo que técnicamente sería una donación «*mortis causa*» afirmando que en la donación «*mortis causa*» el donante no pierde su poder de disposición sobre el bien donado y la puede revocar, mientras que en la donación «*inter vivos*» con eficacia «*post mortem*» sí que lo pierde, pues hay transmisión de un derecho de presente aunque esté condicionada suspensivamente a la muerte del donante y puede acceder al Registro, con esa situación de pendencia, en beneficio del favorecido. Las donaciones «*mortis causa*» en sentido estricto (no las donaciones «*inter vivos*» con eficacia «*post mortem*») se rigen en todo por las reglas de los legados y han de otorgarse en

forma testamentaria —no de donación— siendo esencialmente revocables. El resto de donaciones se regirían por lo dispuesto en el artículo 621 del Código Civil, deben adoptar necesariamente la forma de donación y son esencialmente irrevocables de manera unilateral y libérrima para el donante.

Cabe recordar, por último, que tampoco debe confundirse esta donación de eficacia «*post mortem*» con un pacto sucesorio sobre herencia futura prohibido por el artículo 1271, párrafo segundo, del Código Civil. La prohibición establecida en este precepto legal se refiere solo a la universalidad de la herencia. Por ello, no es pacto sucesorio —y es válido— contratar sobre bienes concretos con entrega «*post mortem*» (*vid.*, por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1957, 3 de marzo de 1964 y 22 de julio de 1997 y resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 21 de enero de 1991).

Resolución de 25-4-2022
BOE 16-5-2022
Registro de la Propiedad de Madrid, número 7.

DOCUMENTOS JUDICIALES: DETERMINACIÓN DE LOS ASIENTOS A CANCELAR.

Para cancelar un asiento en virtud de una resolución judicial esta debe determinar cuáles son los asientos a cancelar.

Si con la presentación del documento judicial se pretende la cancelación de asientos vigentes en el Registro debe especificarse en el mismo qué asiento o asientos han de ser objeto de cancelación. Si indiscutible es el deber de los registradores de cumplir las resoluciones judiciales firmes, también lo es su deber y potestad calificadora de verificar que todos los documentos inscribibles cumplen las exigencias del sistema registral español. No incumbe al registrador determinar cuál es el alcance de los efectos producidos por la sentencia presentada. Dicha facultad incumbe con carácter exclusivo al juzgador por tener constitucionalmente atribuida la competencia de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado tal y como expresamente afirma el artículo 117 de la Constitución española.

Pero, en supuestos como el recurrido, hay que tener en cuenta que al haberse dictado auto firme declarando a «J.G. Calderico, SL» tercero ocupante del local sito en la finca número 9.740, Sección Quinta, acordando su falta de derecho a permanecer en el inmueble y el lanzamiento del ocupante del mismo, ello supone la decadencia o extinción del arrendamiento contratado, aproximándose el supuesto al artículo 79.2 de la Ley Hipotecaria, en virtud del cual podrá pedirse la cancelación cuando se extinga el derecho inscrito o anotado. Al haberse demandado al titular registral del derecho de arrendamiento, no se ha producido indefensión e inconstitucionalidad en aplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1988 y la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1988, y aunque no se haya solicitado expresamente la cancelación de la inscripción de arrendamiento, debe entenderse implícita la cancelación del asiento registral, si la demanda de desahucio se ha dirigido contra el titular del derecho inscrito.

Para que un documento judicial pueda ser reputado como documento auténtico a efectos registrales debe llevar la firma de la autoridad que lo haya expedido; y si bien esta firma puede ser electrónica, esta deberá ajustarse a los requisitos establecidos, para los documentos judiciales electrónicos, en la Ley

18/2011, de 5 de julio reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administracion de Justicia.

Resolución de 25-4-2022
BOE 16-5-2022
Registro de la Propiedad de Cogolludo.

VÍAS PECUARIAS: NO PUEDE PRACTICARSE NOTA MARGINAL INDICATIVA DE QUE LA FINCA ESTÁ PENDIENTE DE DESLINDE.

Se recuerda la doctrina recogida en resoluciones anteriores sobre la forma de plasmar registralmente el deslinde de vías pecuarias.

En primer lugar, conviene traer a colación la doctrina reiterada de este Centro Directivo, en el sentido de que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por este se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca solo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados. En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003 de 3 de noviembre (cfr. art. 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total.

Debe recordarse, como se indicó en la resolución de esta Dirección General de 19 de julio de 2018, que la falta de deslinde de la vía pecuaria con el procedimiento y garantías previstas en la Ley impide que puedan aplicarse a los titulares de fincas colindantes las consecuencias propias de este deslinde. No obstante lo anterior, la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, incluso al no deslindado formalmente

(pues el deslinde tiene un valor declarativo y no constitutivo: *vid.* resolución de 23 de enero de 2014, fundamento jurídico 7), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Por tanto, procede confirmar la calificación del registrador en el sentido de que no puede hacerse constar en el Registro que una finca está pendiente de deslinde, sin haberse incoado el oportuno expediente de deslinde con intervención del titular registral.

Resolución de 25-4-2022
BOE 16-5-2022
Registro de la Propiedad de Gandía, número 3.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: INVASIÓN DE CAMINO PÚBLICO.

Se aclara cuál ha de ser el proceder del registrador en los casos en los que en un procedimiento del artículo 199 considere que existen dudas de invasión de un camino público.

Como declaró la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de mayo de 2017, la calificación registral abarca varios momentos sucesivos: en un primero momento, el registrador ha de decidir si practica o no el asiento de presentación; en un segundo, y a continuación del anterior, ha de apreciar si concurre alguna causa legal por la que deba denegar la calificación sobre el fondo del documento (por ej., la falta de liquidación del impuesto *ex* art. 255 LH); y, finalmente, ha de calificar de manera global y unitaria el documento presentado, decidiendo si procede o no la práctica del asiento solicitado. En el presente caso, conociéndose la suspensión de la tramitación del expediente el día 31 de enero de 2022, no es extemporáneo el recurso del notario.

Si el registrador considera que el camino es dominio público, ha de denegar y comunicar a posteriori a la Administración. Así lo ha entendido la resolución de este Centro Directivo de 5 de octubre de 2021, al declarar que, si la representación gráfica georreferenciada no es inscribible por albergar el registrador dudas fundadas acerca de que con la misma se invada otra finca ya inscrita o el dominio público, lo procedente es denegar, no suspender, la inscripción. Pero, además la invocación de la aplicación analógica del artículo 203.1, regla tercera, último párrafo, tampoco sería correcta, pues el carácter de dominio público, de lo que parece ser una servidumbre legal de paso para dar salida a una finca enclavada, no resulta ni del Catastro ni de la información asociada, por lo que no se considera correcta en el presente caso la suspensión de la tramitación del expediente por la notificación previa que se realiza al Ayuntamiento, por la sola apreciación subjetiva de considerar el camino de salida a la vía pública como público, cuando no resulta su titularidad pública del Registro, ni del Catastro, por lo que no existe indicio objetivo que determine la necesidad de su notificación.

El recurso debe ser estimado en cuanto a este extremo, puesto que una mera visualización de la ortofoto y de la cartografía catastral determina que el signo aparente o indiciario del camino es que pudiera ser de carácter privado, toda vez que es una franja de terreno que sirve para dar salida a la vía pública a una finca enclavada entre otras, por lo que puede tratarse de una servidumbre legal de paso permanente (cfr. art. 564 CC). Por ello, no constando la titularidad

pública del camino ni del contenido del Registro, donde linda por ese viento con una finca de propiedad particular, ni del Catastro, no puede considerarse por la mera apariencia la titularidad pública del camino.

Sin embargo, no puede ser atendida la petición del notario, efectuada en el escrito de recurso, por la cual solicita que se proceda a la inscripción de la georreferenciación. Para inscribir la georreferenciación de una finca, cuando las diferencias superficiales son superiores al 10% de la cabida inscrita (en este caso lo es, pues la finca está inscrita con 1444 metros cuadrados y la catastral es de 1780 metros cuadrados, lo que determina una diferencia de 336 metros cuadrados, equivalente a un 23,25% de la superficie inscrita), se requiere tramitar un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de suspensión de la calificación por notificación al Ayuntamiento, para que declare si el camino es público y proceder al inicio del expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, para notificar a los colindantes titulares de las fincas colindantes, como requisito necesario para decidir si puede procederse o no a la inscripción de la georreferenciación.

Resolución de 26-4-2022
BOE 16-5-2022
Registro de la Propiedad de Marbella, número 1.

RECTIFICACIÓN DE ESCRITURA: ARTÍCULO 153 RN.

Se aclara que es posible la rectificación de una escritura mediante una diligencia de adhesión en determinados casos.

Como ya ha puesto de relieve este Centro Directivo en otras ocasiones (cfr., entre otras, resoluciones de 5 de septiembre de 2015 y 16 de julio de 2018), por regla general, toda rectificación de una escritura pública debe ser realizada con el consentimiento de todos los otorgantes o de sus causahabientes, pudiéndose realizar mediante el otorgamiento de nueva escritura ante cualquier notario o por diligencia ante el mismo notario autorizante —si este la autoriza— o su sucesor o sustituto en el protocolo.

Ahora bien, el artículo 153 del Reglamento Notarial contempla las rectificaciones de las escrituras públicas recogiendo no solo la posibilidad de la rectificación con la intervención de todos los interesados (último párrafo del artículo) sino también aquella que se realiza por la intervención del propio notario, por propia iniciativa o a instancia de parte, sin la concurrencia de los otorgantes y en este caso por diligencia o por acta. Este posible alcance de la rectificación de errores realizada mediante diligencia en la misma escritura se encuentra confirmado el propio Reglamento Notarial (cfr. art. 176), que contempla la diligencia —«de adhesión»— como vía formal adecuada para expresar el consentimiento contractual en casos de aceptación de la oferta a que se refiere el artículo 1262 y de la estipulación a favor de tercero del artículo 1257, la ratificación del párrafo segundo del artículo 1259, todos del Código Civil y, en general, los otorgamientos sucesivos de todo negocio jurídico.

En definitiva, concurriendo en el caso analizado el consentimiento de los otorgantes (por haber considerado el notario autorizante que no se trataba de uno de los supuestos en los que puede realizar por sí solo la subsanación), ningún reparo formal puede oponerse a la diligencia subsanatoria objeto de la calificación impugnada.

Resolución de 26-4-2022
BOE 16-5-2022
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 12.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE INVASIÓN DOMINIO PÚBLICO.

Se confirma la calificación que deniega la inscripción de una base gráfica por dudas fundadas en la alegación del Ayuntamiento colindante sobre invasión de dominio público.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso, en cuanto a la posible invasión de dominio público, resultan justificadas las dudas de la registradora, al ponerse de manifiesto la oposición expresa de la Administración pública colindante, el Ayuntamiento de Sevilla, a la inscripción de la representación gráfica, en el procedente escrito de alegaciones que, de forma clara y terminante, pone de manifiesto la invasión de dominio público por la representación gráfica que pretende inscribirse. Aunque, como señala el artículo 199, «la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes no determina necesariamente la denegación de la inscripción», ello no puede entenderse en el sentido de que no sean tenidas en cuenta tales alegaciones para formar el juicio del registrador, especialmente cuando se trata de la oposición terminante de la Administración pública, poniendo de manifiesto una situación de posible invasión de dominio público. Estando fundada documentalmente la oposición y puesto de manifiesto un conflicto sobre la delimitación y titularidad de las fincas, tendrá este que resolverse por acuerdo entre las partes o en los tribunales de Justicia, sin que quepa plantear el recurso como una suerte de contestación o trámite para rebatir las alegaciones formuladas.

Resolución de 26-4-2022
BOE 16-5-2022
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 8.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Se reitera la doctrina de que no cabe discutir por vía de recurso sobre la procedencia de una inscripción ya practicada.

Es continua doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina

de nuestro Tribunal Supremo, sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la procedencia o no de una inmatriculación ya practicada.

De acuerdo con lo anterior es igualmente doctrina reiterada 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 y 82 LH).

Resolución de 27-4-2022
BOE 16-5-2022
Registro de la Propiedad de Almería, número 5.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

En la inmatriculación del artículo 205 es posible que el título previo sea un acta notarial en la que el notario autorizante declare que, a su juicio, ha quedado acreditado que el transmitente adquirió la finca al menos un año antes de transmitirla.

Los requisitos para la inmatriculación por título público se regulan en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria. Este Centro Directivo ha admitido de manera reiterada, desde la resolución de 19 de noviembre de 2015, que la inmatriculación de una finca en virtud de un título público de adquisición sujeta a la redacción actual del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, se practique acompañado dicho título público de adquisición de un acta notarial en la que el notario autorizante declare que, a su juicio, ha quedado acreditado que el transmitente adquirió la finca al menos un año antes de transmitirla. Por tanto, este primer defecto debe decaer. Por tanto, por más que el registrador disienta de la doctrina de este Centro Directivo en este punto, lo que procede es determinar si el acta de notoriedad acompañada cumple con los parámetros establecidos, especialmente, que el notario emita formalmente, si procede, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha.

El segundo defecto consiste en que, a juicio del registrador, en el acta de notoriedad que se acompaña no declara el notario que, a su juicio, la donante adquirió la finca más de un año antes de donarla, sino que, a su juicio, la donante «era tenida como dueña de la finca» más de un año antes de donarla. Al igual que ocurrió en la resolución de 11 de junio de 2018, ambos requisitos deben entenderse debidamente cumplidos en el título calificado ya que el notario recurrente, por un lado, emitió el juicio de la previa adquisición, al indicar que «(…) estimo justificada la notoriedad pretendida de que (…) doña (…) transmitente en dicho título, era tenida como dueña de la finca objeto de este acta»; y, por otro, se refiere a la fecha de adquisición, ya que fija el momento temporal indicando que tal extremo es notorio desde hace más de un año, por lo que debe ser suficiente la expresión utilizada.

Resolución de 27-4-2022
BOE 16-5-2022
Registro de la Propiedad de Pamplona, número 3.

SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN DE FINCA: REQUISITOS.

En un caso de segregación con una licencia condicionada a la agregación posterior, ha de cumplirse este requisito. Igualmente es necesario aportar la base gráfica correspondiente.

En primer lugar, cabe plantearse el alcance que tiene la licencia de segregación que se acompaña en este caso, y que parece que condiciona dicha operación a una posterior agregación de la porción segregada a la colindante, que constituye el aeropuerto de Pamplona. Por los términos en que está redactada la referida autorización, se deduce que se trata de una condición con eficacia suspensiva, impeditiva de la inscripción. En este caso, la licencia se condiciona a la agregación o agrupación de la parcela a otra. Admitir la inscripción de la segregación, sin la simultánea agregación, implicaría la creación de una finca, en sentido registral, independiente, susceptible de tráfico jurídico unitario, que es lo que se pretende evitar mediante la exigencia de su agregación a la parcela 200 de dicho polígono.

Es doctrina registral reiterada (véanse las resoluciones señaladas en los «Vistos»), que todo documento, cualquiera que sea su fecha, que contenga división, agrupación, segregación y agregación, y que se presente a inscripción a partir del 1 de noviembre de 2015, habrá de cumplir con la obligación legal de aportar, para su calificación e inscripción, la representación georreferenciada con coordenadas de los vértices de las fincas a las que afecte en formato informático GML. Este Centro Directivo ha ido perfilando su doctrina concluyendo que en caso de segregación también ha de inscribirse la representación gráfica de la finca matriz o resto, pero exceptuándose los casos del artículo 47 del Reglamento Hipotecario cuando no sea posible la descripción de ese resto o matriz, en cuyo caso bastaría con georreferenciar la porción segregada.

La disposición adicional decimosegunda del Decreto Foral Legislativo 1/2017 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra —que sustituye a la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre—, dispone que para la aprobación definitiva de todos aquellos procedimientos que tengan por objeto alguna de las operaciones previstas en el artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria relacionadas con la reordenación de terrenos, deberá contarse con el informe preceptivo y vinculante, relativo al perímetro del ámbito geográfico de actuación, del Servicio de la Hacienda Tributaria de Navarra que tenga atribuida la función de conservación del Registro de la Riqueza Territorial. Como señala el propio texto de la norma, este informe deberá formar parte de la documentación que el promotor de las operaciones de parcelación o reparcelación presente ante el órgano que debe autorizar tal actuación, siendo exigible su presentación junto con la escritura de segregación y agregación y la licencia.

Resolución de 27-4-2022
BOE 16-5-2022
Registro de la Propiedad de Pamplona, número 3.

SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN DE FINCA: REQUISITOS.

En un caso de segregación con una licencia condicionada a la agregación posterior, ha de cumplirse este requisito. Igualmente es necesario aportar la base gráfica correspondiente.

En primer lugar, cabe plantearse el alcance que tiene la licencia de segregación que se acompaña en este caso, y que parece que condiciona dicha operación a una posterior agregación de la porción segregada a la colindante, que constituye el aeropuerto de Pamplona. Por los términos en que está redactada la referida autorización, se deduce que se trata de una condición con eficacia suspensiva, impeditiva de la inscripción. En este caso, la licencia se condiciona a la agregación o agrupación de la parcela a otra. Admitir la inscripción de la segregación, sin la simultánea agregación, implicaría la creación de una finca, en sentido registral, independiente, susceptible de tráfico jurídico unitario, que es lo que se pretende evitar mediante la exigencia de su agregación a la parcela 200 de dicho polígono.

Es doctrina registral reiterada (véanse las resoluciones señaladas en los «Vistos»), que todo documento, cualquiera que sea su fecha, que contenga división, agrupación, segregación y agregación, y que se presente a inscripción a partir del 1 de noviembre de 2015, habrá de cumplir con la obligación legal de aportar, para su calificación e inscripción, la representación georreferenciada con coordenadas de los vértices de las fincas a las que afecte en formato informático GML. Este Centro Directivo ha ido perfilando su doctrina concluyendo que en caso de segregación también ha de inscribirse la representación gráfica de la finca matriz o resto, pero exceptuándose los casos del artículo 47 del Reglamento Hipotecario cuando no sea posible la descripción de ese resto o matriz, en cuyo caso bastaría con georreferenciar la porción segregada.

La disposición adicional decimosegunda del Decreto Foral Legislativo 1/2017 por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra —que sustituye a la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre—, dispone que para la aprobación definitiva de todos aquellos procedimientos que tengan por objeto alguna de las operaciones previstas en el artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria relacionadas con la reordenación de terrenos, deberá contarse con el informe preceptivo y vinculante, relativo al perímetro del ámbito geográfico de actuación, del Servicio de la Hacienda Tributaria de Navarra que tenga atribuida la función de conservación del Registro de la Riqueza Territorial. Como señala el propio texto de la norma, este informe deberá formar parte de la documentación que el promotor de las operaciones de parcelación o reparcelación presente ante el órgano que debe autorizar tal actuación, siendo exigible su presentación junto con la escritura de segregación y agregación y la licencia.

Resolución de 27-4-2022
BOE 16-5-2022
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 16.

REQUISITOS FISCALES: ANOTACIÓN DE EMBARGO.

En un caso de las anotaciones preventivas hay que acreditar al menos la presentación ante la oficina liquidadora.

Establece el artículo 254.1 de la Ley Hipotecaria que «ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieren por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir». Este precepto no es sino la reproducción en el ámbito de la legislación registral de lo dispuesto con carácter general en el artículo 54 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. El registrador, ante cualquier operación jurídica cuya registración se solicite, no solo ha de calificar su validez y licitud, sino decidir también si se halla sujeto o no a impuestos; la valoración que haga de este último aspecto no será definitiva en el plano fiscal, pues no le corresponde la competencia liquidadora respecto de los diversos tributos; no obstante, será suficiente bien para acceder, en caso afirmativo, a la inscripción sin necesidad de que la Administración Tributaria ratifique la no sujeción, bien para suspenderla en caso negativo, en tanto no se acredite adecuadamente el pago, exención, prescripción o incluso la no sujeción respecto del impuesto que aquel consideró aplicable.

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 artículo 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 resoluciones de 3 y 10 de octubre y 27 de noviembre de 2014).

Según el artículo 40.2 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, están sujetas «las anotaciones preventivas que se practiquen en los Registros públicos, cuando tengan por objeto un derecho o interés valuable y no vengan ordenadas de oficio por la autoridad judicial o administrativa competente». Resulta así que en puridad el hecho imponible de tal impuesto no está constituido por el documento que

sirve de título para la inscripción sino, en sí misma, la anotación practicada. Sin embargo, esta apreciación no puede desvirtuar el principio básico antes señalado en los artículos 254 de la Ley Hipotecaria y 54 del Texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, que imponen 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. Ciertamente podrá presentarse el documento en la correspondiente oficina liquidadora sin ingresar cuota, alegando no sujeción, exención en su caso, o falta de devengo del Impuesto, pero el registrador debe dar cumplimiento al mandato expreso contenido en el artículo 122 del Reglamento del impuesto sobre transmisiones patrimoniales.

Resolución de 28-4-2022
BOE 16-5-2022
Registro de la Propiedad de Ponteareas.

SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN DE FINCA: LICENCIA O INSCRIPCIÓN POR ANTIGÜEDAD.

Se recuerda la doctrina sobre la posibilidad de inscribir una segregación acreditando la prescripción de la acción de la administración de forma análoga a lo establecido en el artículo 28 de la Ley del Suelo.

A la hora de estudiar el problema de derecho intertemporal que plantea la presentación en el Registro de un documento público que acredita la práctica de una división realizada con anterioridad a la legislación que actualmente la regula, y que se produjo en fecha en que la legislación aplicable no exigía licencia para la misma o que, exigiéndola, no resulta acreditada, pero puede considerarse prescrita la facultad de restablecimiento de legalidad urbanística, al menos, a efectos registrales, esta Dirección General ha sostenido lo siguiente: Debe resolverse en el sentido de que la segregación es un acto jurídico cuya inscripción queda sujeta a los requisitos impuestos por las normas de carácter registral vigentes en el momento de presentar la escritura o la sentencia en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior —cfr. disposición transitoria cuarta del Código Civil—. Ahora bien, la exigencia de tales requisitos deberá conciliarse con los efectos jurídicos de los actos de segregación o división conforme a la legislación material o sustantiva vigente a la fecha en que se produzcan, ya que el hecho de que tales efectos no se hayan consumado o agotado es presupuesto, según se ha expresado anteriormente, para la aplicación excepcional de la retroactividad. La Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 17 de octubre de 2014 reconoció la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no solo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, aplicable también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento, admitiendo la inscripción de una segregación practicada en el año 1974, por acompañarse una certificación administrativa en la que se manifestaba que «consta segregada con su configuración actual desde el catastro de 1986, no se ha podido localizar en los archivos municipales la resolución de licencia, no obstante por el tiempo transcurrido la posible infracción estaría prescrita», añadiendo esta Dirección

General que «no bastaría con constatar que haya prescrito la posible infracción, sino que es preciso que, además, no sea posible ya el ejercicio de potestades de protección de la legalidad urbanística que hubiera podido infringirse, ya que, como establece claramente el artículo 203 de la misma Ley [de Madrid], "las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística son independientes de las sanciones cuya imposición proceda por razón de la comisión de infracciones tipificadas en la presente Ley"».

Tal labor preventiva se concreta, como se ha expuesto anteriormente, en la acreditación del título administrativo habilitante previsto en la respectiva legislación aplicable para la división o segregación documentada en la escritura, título que será ordinariamente la licencia de parcelación, pero también aquel por el que, sin denegarla, el órgano administrativo competente declare la improcedencia de conceder licencia al acto de segregación por haberse formalizado con anterioridad a la normativa vigente y haber transcurrido los plazos de restablecimiento de la legalidad.

En el caso particular de este expediente, a la vista de la doctrina expuesta, no cabe sino confirmar el defecto mantenido por la registradora en cuanto a la exigencia de licencia o declaración de innecesaridad.

Resolución de 29-4-2022
BOE 16-5-2022
Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: CAUSA DE ABSTENCIÓN Y DE RECUSACIÓN.

Se recuerda el régimen de las causas de abstención y de recusación de los registradores.

Como cuestión de carácter previo, el recurrente alega que el registrador debía haberse abstenido de calificar los documentos presentados porque, al haber interpuesto un recurso de queja —que fue desestimado— contra el notario autorizante por los términos empleados en el recurso anterior objeto de la citada resolución de 17 de junio de 2021, existe causa de abstención por enemistad manifiesta, conforme al artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Publico. Por ello, el recurrente promueve su recusación conforme al artículo 24 de la misma ley. Respecto de tales alegaciones, debe tenerse en cuenta que la citada Ley 40/2015 no es la norma rectora del procedimiento registral. La actividad pública registral, se aproxima, en sentido material, a la jurisdicción voluntaria, si bien formalmente no es propiamente jurisdiccional, porque los registradores de la propiedad —aunque como los jueces no están sujetos en sus funciones al principio de jerarquía para enjuiciar el caso, sino que gozan de independencia en su calificación—, están fuera de la organización judicial. En todo caso, es una actividad distinta de la propiamente administrativa. No está sujeta tal actividad a las disposiciones administrativas, sino que viene ordenada por las normas civiles. Las cuestiones sobre las que versa —las situaciones jurídicas sobre la propiedad inmueble— son cuestiones civiles. Y por la índole de las disposiciones aplicables y la de las cuestiones que constituyen su objeto, esta actividad está fuera del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Lo que no significa que la actividad registral esté fuera del control jurisdiccional.

Respecto de la cuestión procedimental planteada, el artículo 102 del Reglamento Hipotecario prohíbe al registrador calificar los documentos que se presenten cuando tenga «algún interés en los mismos». Y, con el propósito de lograr

una correcta aproximación a este concepto, este Centro Directivo ha acudido a las causas de abstención y recusación contenidas en la legislación administrativa (cfr. resolución de 3 de diciembre de 2010, respecto de los entonces vigentes artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; *vid.* actuales artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) y a las contenidas en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (resolución de 7 de abril de 2016). Según los artículos 23.2.c) y 24.1 de la Ley 40/2015 y el artículo 219.9.a de la Ley Orgánica 6/1985, es causa de abstención y, en su caso, de recusación la «enemistad manifiesta». Pero lo cierto es que esas causas de abstención no admiten una interpretación extensiva y analógica, y corresponde a quien promueva la recusación probar la existencia de enemistad manifiesta en el caso concreto. A tal efecto, en el presente caso, no puede ser concluyente el mero hecho de que el registrador presentara el referido recurso de queja por los términos empleados por el notario en su anterior recurso.

Es indudable que del apartado tercero del acta aclaratoria presentada a calificación resulta inequívocamente que las manifestaciones vertidas por el notario en el anterior escrito de recurso —sobre el hecho de haber comprobado él mismo que se han depositado las condiciones generales de la contratación en el referido registro especial—, en tanto en cuanto son confirmadas en este título público, deben ser tenidas en cuenta como subsanación de la omisión padecida en la escritura objeto de tal aclaración. Por ello, el defecto invocado por el registrador no puede ser mantenido.

Resolución de 29-4-2022
BOE 16-5-2022
Registro de la Propiedad de Cocentaina.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se entienden no suficientemente justificadas las dudas apreciadas por el registrador basadas solo en las alegaciones no acreditadas de un colindante.

De la documentación contenida en el presente expediente resulta que la zona controvertida, objeto del presente recurso, está constituida por un patio que el promotor del expediente considera suyo, por estar catastrado a su favor y que la Diputación de Alicante considera que lo haría en detrimento de superficies de uso público, que se hallan musealizadas en el entorno del monumento, y que permiten disfrutar de la contemplación de las fábricas originales y de los espacios de visita, sin alegar de manera expresa la titularidad a su favor de ese patio, y sin que el Ayuntamiento, por su parte, haya planteado alegaciones al respecto. Pero, la titularidad del patio tampoco resulta expresamente del contenido del Registro de la Propiedad, que se limita a publicar que la finca linda por el fondo con camino municipal, lo cual es cierto, pero lo que se discute aquí es el trazado del lindero.

De la descripción registral no puede deducirse, con total seguridad, que el patio controvertido fuera una dependencia de la casa, pues no se alude a él en la descripción. Pero, tampoco existe completa seguridad de que no formara parte del mismo. Existen indicios que nos llevan a la consideración de que la superficie del patio que se pretende inscribir fue la que en su día debió inscribirse, pues no se alteran con la georreferenciación aportada los linderos de la finca y el patio estaba incluido, desde la inmatriculación de la finca, en la descripción

de la casa. Además, notificado el Ayuntamiento de Almudaina, como titular del camino a la Torre, no se ha opuesto.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Del estudio de toda la documentación del expediente resulta que la única fundamentación de la calificación registral negativa es la oposición no fundamentada de la Administración pública citada, que además carece de la claridad necesaria y no está sustentada en ningún título de propiedad ni planimetría o georreferenciación que acredite que la porción de terreno discutida debe incluirse en la finca registral que es titularidad de la Diputación de Alicante, conocida como Torre Almudaina.

Resolución de 3-5-2022
BOE 27-5-2022
Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial, número 2.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: VIVIENDA FAMILIAR.

Se aplica lo establecido en el artículo 144.5 del RH en relación con el embargo de la vivienda familiar.

Conforme al artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario «cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado». De modo que ordenado en el mandamiento subsiguiente la práctica de la anotación de aquel, no debe el registrador revisar la bondad intrínseca de aquella decisión judicial, sino que deberá estar y pasar por ella, salvo que de los libros a su cargo resulte que el bien embargado es la vivienda habitual del deudor, en cuyo caso podrá y deberá suspender el asiento en tanto se le acredite debidamente que de los autos resulta de modo indubitado lo contrario, o que se ha practicado la notificación del embargo —que no de la demanda— al cónyuge del deudor.

Resolución de 4-5-2022
BOE 27-5-2022
Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 1.

URBANISMO: TRANSMISIÓN DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO.

Se analizan diferentes requisitos que han de concurrir para la inscripción de transferencias de aprovechamiento urbanístico, especialmente centradas en la determinación de las fincas afectadas y del contenido del acto traslativo.

La intervención del registrador sustituto se limita a confirmar o revocar la nota de calificación y en este último caso y si la revocación es total, debe acompañar el texto comprensivo de los términos en que deba practicarse el asiento (cfr. art. 19 bis. 3.a LH). De ello se desprende que, del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso.

Esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre el tratamiento registral del aprovechamiento urbanístico como objeto de derechos —*vid.* por todas la resolución de 25 de mayo de 2021—. En primer lugar, debe diferenciarse el negocio civil de transmisión del negocio de transferencia como técnica equidistributiva entre fincas. El primero es posible conforme a las normas generales civiles mientras que el segundo únicamente cuando lo permita la respectiva legislación autonómica. En segundo lugar, aunque se admita la validez civil del negocio de transmisión su acceso registral, como finca independiente, solo será posible en los supuestos tasados reglamentariamente. En cualquier caso, tanto en transmisión como en transferencia es indispensable cumplir las exigencias derivadas de los principios hipotecarios, entre ellos, el de especialidad en el sentido de que el aprovechamiento que pretenda inscribirse esté determinado y acreditado de modo objetivo.

En cambio, en el caso de transmisión de los derechos de aprovechamiento que puedan corresponder a una finca incluida en todo o parte en una unidad de ejecución llamados en principio a materializarse en una o varias fincas de resultado con la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución, ordinariamente no podrá acreditarse el aprovechamiento que corresponda concretamente a la finca hasta la elaboración y aprobación del proyecto pues es en este momento en el que quedan cuantificados y ponderados objetivamente los respectivos derechos de cada uno de los propietarios afectados.

Pero dada la frecuente indeterminación objetiva de que adolece el negocio de transmisión de aprovechamiento derivado de una finca incluida en una unidad de ejecución hasta la elaboración del proyecto de ejecución privada, la forma habitual de configuración negocial es la transmisión de cuota indivisa de dominio con apoderamiento irrevocable a favor del comprador para intervenir en el proyecto permitiendo su acceso inmediato al Registro de la Propiedad, lo que a su vez permite salvar los eventuales inconvenientes derivados de la suspensión de licencias de parcelación y la consecuente imposibilidad de dividir o segregar. También será posible la inscripción registral de un acto preparatorio, antes de que pueda dar lugar a la apertura de folio independiente, como es el derecho de opción de compra sobre el aprovechamiento que esté suficientemente determinado, bien porque se acredite.

Sin perjuicio de que se analice más concretamente al estudiar los siguientes defectos, debe darse la razón a la registradora calificante pues los pactos que se pretenden inscribir no son más que acuerdos estipulados en previsión de la futura elaboración de un proyecto de reparcelación donde serán concretados en orden a determinar las fincas resultado que serán adjudicadas a cada parte y, en base a dichas estipulaciones, modifican las cuotas que de otro modo les hubieran correspondido en función de sus aportaciones a la junta de compensación. Se trata de un pacto obligacional que debe cumplirse en el seno de la junta de compensación una vez se concreten las unidades de aprovechamiento que vayan a corresponder a las distintas fincas aportadas, pues con anterioridad se trata de

meras expectativas cuya constancia registral se encuentra vedada por el artículo 9 del Reglamento Hipotecario.

Debe diferenciarse, por un lado, la exigencia de determinación de la finca registral concreta cuyo aprovechamiento es objeto de transmisión que, como hemos explicado, se realiza de forma unilateral por el interesado, y por otra parte, la concreción de la finca de destino a la que será transferido el aprovechamiento, planteamiento de la registradora que en este caso no puede compartirse al tratarse de un supuesto de transmisión de aprovechamiento con carácter previo a la aprobación de un proyecto de compensación, supuesto regulado en el artículo 39.4 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que permite la apertura de folio independiente en tanto no sea cancelado cuando se adjudiquen las fincas de resultado — fr. artículo 43.3—.

Como señalamos en la resolución de 25 de mayo de 2021, el artículo 39.4 del Real Decreto 1093/1997 permite la apertura de folio independiente al aprovechamiento, entre otros supuestos, cuando: «En los sistemas de gestión privada en que la ejecución de la urbanización corresponde a los particulares, cuando una cuota de valor de las mismas se haga constar en unidades convencionales de aprovechamiento y se adjudiquen estas a empresas urbanizadoras o se transmitan por cualquier título a tercero, antes de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución correspondiente». Por tanto, exige varios requisitos cumulativos: que se trate de una actuación sistemática, que sea un sistema de gestión privada en que la ejecución de la urbanización corresponde a los particulares y que la transmisión se verifique antes de la aprobación definitiva del proyecto. En el presente caso si atendemos a los antecedentes antes expuestos sobre la falta de vigencia de Plan Parcial, tratándose de terrenos en situación de suelo urbanizable no resulta acreditada su inclusión en la correspondiente unidad de actuación ni el establecimiento del sistema de gestión privada, previa aprobación de la correspondiente ordenación pormenorizada, que permite la aplicación del artículo 39.4 del Real Decreto 1093/1997. Sin embargo, no es indispensable que dicha afección conste registralmente pues como dijo la meritada resolución de 25 de mayo de 2021, no es condición necesaria de aplicación del artículo 39.4 del Real Decreto el que ordene la extensión de la nota marginal de expedición de certificación de titularidad y cargas a que se refiere el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, que es una nota de publicidad de carácter no constitutivo, aunque con otros importantes efectos jurídicos en la inscripción del proyecto.

Se confirman los defectos relativos a la exigencia de concreción de las unidades de aprovechamiento que corresponde a cada una de las fincas afectadas y a sus respectivos titulares antes de la misma, la cuantía del aprovechamiento transmitido o distribuido respecto a cada una, así como la exigencia de su acreditación por parte del Ayuntamiento, lo que podrá hacerse mediante el acto de aprobación inicial del proyecto de reparcelación, según se ha razonado.

Cabe recordar que nos encontramos ante un supuesto de transmisión a otro sujeto, no de transferencia de una finca a otra, por lo que sí sería posible teóricamente que la misma se refiera a la parte de aprovechamiento correspondiente al titular registral que figure como otorgante del negocio sin necesidad de consentimiento de los demás al igual que es posible la transmisión independiente de una cuota indivisa de dominio —cfr. artículo 43 del Real Decreto—. Lo que ocurre en el presente caso, es que el recurrente realiza una interpretación unilateral de los términos del convenio que no cabe admitir, como se ha expuesto, ni tampoco resultan acreditadas las concretas unidades de aprovechamiento de que puede disponer cada titular ni las propias que son objeto de transmisión en el convenio.

Resolución de 4-5-2022
BOE 27-5-2022
Registro de la Propiedad de Cogolludo.

VÍAS PECUARIAS: NO PUEDE PRACTICARSE NOTA MARGINAL INDICATIVA DE QUE LA FINCA ESTÁ PENDIENTE DE DESLINDE.

Se recuerda la doctrina recogida en resoluciones anteriores sobre la forma de plasmar registralmente el deslinde de vías pecuarias.

En primer lugar, conviene traer a colación la doctrina reiterada de este Centro Directivo, en el sentido de que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por este se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca solo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados. En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003 de 3 de noviembre (cfr. art. 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total.

Debe recordarse, como se indicó en la resolución de esta Dirección General de 19 de julio de 2018, que la falta de deslinde de la vía pecuaria con el procedimiento y garantías previstas en la Ley impide que puedan aplicarse a los titulares de fincas colindantes las consecuencias propias de este deslinde. No obstante lo anterior, la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, incluso al no deslindado formalmente (pues el deslinde tiene un valor declarativo y no constitutivo: *vid*. resolución de 23 de enero de 2014, fundamento jurídico 7), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Por tanto, procede confirmar la calificación del registrador en el sentido de que no puede hacerse constar en el Registro que una finca está pendiente de deslinde, sin haberse incoado el oportuno expediente de deslinde con intervención del titular registral.

Resolución de 4-5-2022
BOE 27-5-2022
Registro de la Propiedad de Getafe, número 1.

DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO CONVENCIONAL: NATURALEZA Y EFECTOS.

Se entiende que no hay obstáculo para inscribir una venta sin necesidad de exigir requisitos de notificación previa, aunque exista inscrito un derecho de tanteo convencional, porque la propia inscripción no prevé unos plazos para la notificación y porque ha pasado el plazo de vigencia del derecho, aunque no proceda su cancelación por caducidad.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (véase resoluciones citadas en los «Vistos») la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales, al amparo del principio de «*numerus apertus*» que predican los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario. Ahora bien, la autonomía de la voluntad en la configuración de nuevos derechos reales para adaptar las categorías jurídicas a las exigencias de la realidad económica y social tiene como fundamental límite el respeto a las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado. Esto significa que no es suficiente la voluntad o la denominación del derecho para que este se considere derecho real. Hace falta, además, que concurran determinadas circunstancias, que la resolución de 4 de mayo de 2009 sintetizó en dos: a) es preciso que la figura que se crea tenga las características propias de un derecho real, y b) que, si se trata de una figura nueva carente de regulación legal, se regulen todas las consecuencias que dicha figura comporta, o bien se remita a los efectos jurídicos de otra figura.

En este marco general, respecto de los derechos de adquisición preferente, hay tres clases de retracto que se admiten en nuestro ordenamiento: el convencional previsto en los artículos 1507 y siguientes del Código Civil, el legal que establecen tanto el Código Civil como diversas leyes especiales, y el llamado voluntario, este es el que se presenta en el presente caso (junto con su correlativo derecho de tanteo en la fase previa a la transmisión a terceros de la finca). Es un derecho procedente de la voluntad de las partes que da poder a su titular (retrayente) para adquirir la cosa (retraída) en caso de que su propietario la haya transmitido onerosamente a un tercero (retraído). Para que el derecho pactado sea inscribible es de todo punto necesario que no quepa duda sobre su carácter real. Queda con ello completado el conjunto de características y requisitos que se exigen para la configuración como real de estos derechos atípicos de preferente adquisición, incluyendo su configuración expresa como tales o estableciendo estipulaciones que indirectamente, pero de forma clara, permitan colegir la naturaleza real del derecho constituido por prever expresamente los efectos propios de tales derechos para el caso de su contravención.

En el caso concreto objeto del presente expediente, en la escritura en que se pactaron los derechos de tanteo y retracto debatidos —y por ende en el asiento registral— no se determinó la forma de operar el derecho de tanteo y retracto, en particular la forma de hacer las notificaciones. No puede este Centro Directivo poner en duda la validez del asiento practicado, que se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 LH), ni si se incumplió el principio de especialidad registral, pero lo cierto es que el asiento no determina que la falta de notificación produzca el cierre del Registro a la transmisión que se verifique, ni siquiera contempla aquella ni la forma de su ejercicio. Por lo que la falta de notificación no puede amparar una suspensión de la inscripción de la transmisión efectuada. En cuanto al plazo de duración, fijado en diez años a contar del otorgamiento, habían transcurrido sobradamente en el momento de formalizarse la transmisión. En conclusión, aunque no sea posible la caducidad del asiento pese a la caducidad del derecho (al haber transcurrido más de los diez años pactados de duración del derecho, pero no cinco desde la fecha de vencimiento del derecho a su ejercicio según Registro), nada impide la inscripción de la compraventa efectuada, arrastrando la carga, sin que en este caso sea exigible una notificación no contemplada en el derecho de adquisición preferente convencional inscrito.

Resolución de 5-5-2022
BOE 27-5-2022
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3.

REQUISITOS FISCALES: ESCRITURA DE HERENCIA PREVIAMENTE LIQUIDADA DEL IS POR INSTANCIA PRIVADA.

La escritura de herencia ha de ser presentada a liquidación del IS aunque exista previamente una liquidación tributaria por instancia privada.

De la aplicación literal de los textos legales, resulta que el documento que debe estar presentado a liquidación es el mismo que se va a inscribir y no otro. El hecho de que se haya liquidado el impuesto mediante declaración privada no implica que no deba presentarse ante los órganos competentes la escritura pública otorgada, ya que debe ser la oficina tributaria quien compruebe la exactitud de los hechos imponibles y la correspondencia de los demás datos contenidos en ambos documentos y quien determinará, en su caso, la no sujeción de la escritura por haberse satisfecho ya el impuesto.

Resolución de 5-5-2022
BOE 27-5-2022
Registro de la Propiedad de Huete.

VÍAS PECUARIAS: NO PUEDE PRACTICARSE NOTA MARGINAL INDICATIVA DE QUE LA FINCA ESTÁ PENDIENTE DE DESLINDE.

Se recuerda la doctrina recogida en resoluciones anteriores sobre la forma de plasmar registralmente el deslinde de vías pecuarias.

En primer lugar, conviene traer a colación la doctrina reiterada de este Centro Directivo, en el sentido de que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones

llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por este se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca solo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados. En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003 de 3 de noviembre (cfr. art. 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total.

Debe recordarse, como se indicó en la resolución de esta Dirección General de 19 de julio de 2018, que la falta de deslinde de la vía pecuaria con el procedimiento y garantías previstas en la Ley impide que puedan aplicarse a los titulares de fincas colindantes las consecuencias propias de este deslinde. No obstante lo anterior, la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, incluso al no deslindado formalmente (pues el deslinde tiene un valor declarativo y no constitutivo: *vid.* resolución de 23 de enero de 2014, fundamento jurídico 7), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Por tanto, procede confirmar la calificación del registrador en el sentido de que no puede hacerse constar en el Registro que una finca está pendiente de deslinde, sin haberse incoado el oportuno expediente de deslinde con intervención del titular registral.

Resolución de 9-5-2022
BOE 1-6-2022
Registro de la Propiedad de Cáceres, número 2.

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE INMATRICULACIÓN: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se recuerda que en el expediente de dominio las dudas sobre la identidad de la finca han de exponerse por el registrador al tiempo de librar la certificación. En el presente caso dichas dudas han quedado aclaradas en el expediente.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, incluso anterior a la actual redacción del artículo 203 de la Ley Hipotecaria, conforme a la cual el registrador al tiempo de expedir la certificación debe manifestar las dudas de identidad que pudieran impedir la inscripción una vez terminado el procedimiento, ya que de este modo se evitan a los interesados dilaciones y trámites innecesarios. Por tanto, no sería procedente, si estas dudas no se han expresado por el registrador al expedir la certificación, pretender plantearlas una vez concluida la tramitación del procedimiento. En el caso que nos ocupa, la registradora expidió la certificación el 2 de septiembre de 2021 en respuesta a la solicitud formulada por el notario en el expediente y en dicha certificación se advirtió la posible coincidencia con otra finca inscrita y los motivos que llevan a dicha conclusión, que se exponen con detalle en la calificación que ahora se recurre.

Siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. Ante tales dudas suscitadas por la registradora, y que se hicieron constar en la certificación registral de inicio del expediente notarial de inmatriculación, consta una certificación expedida por la secretaria del Ayuntamiento de Arroyo de la Luz, doña M. P. R. A., con el visto bueno del alcalde, don Carlos CARO DOMÍNGUEZ, firmada electrónicamente, por ambos, el día 24 de septiembre de 2021 en la que se figura que al Ayuntamiento no le consta que la parcela 236 del polígono 21 se corresponda con la finca registral número 4841 de ese término.

Resolución de 9-5-2022
BOE 1-6-2022
Registro de la Propiedad de Guadix.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: ACTOS REVELADORES DE PARCELACIÓN CONFORME A LA LEGISLACIÓN ANDALUZA.

Se analizan los casos en que concurren actos reveladores de una posible parcelación en suelo no urbanizable por transmisión de cuotas proindiviso en Andalucía. Se distingue según sea el caso la posible aplicación de los artículos 78 o 79 del RD 1093/1997.

La reciente Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía entró en vigor el 23 de diciembre de 2021, es decir, con posterioridad a la fecha de la escritura pública (22 de julio de 2021) pero antes de la fecha de la nota de calificación (12 de enero de 2022). Ello supone que, dado el carácter adjetivo o procedimental de las normas de naturaleza registral, deban entenderse aplicables las vigentes al tiempo de la calificación del registrador, con independencia del eventual régimen transitorio aplicable desde el punto de vista sustantivo. No obstante, puede decirse que la nueva ley, con alguna excepción, no altera sustancialmente el régimen de las parcelaciones urbanísticas en Andalucía, considerando como tal según su artículo 91.

A la hora de analizar el tratamiento de actos o negocios jurídicos que, sin constituir formalmente división o segregación, pueden presentar indicios de parcelación urbanística o formación de núcleo poblacional al margen del planeamiento, este Centro Directivo ha entendido que dichos actos se someterán al previo requisito registral de acreditación de licencia o declaración de

innecesaridad —artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, en relación al artículo 26 de la Ley de Suelo— cuando la legislación sustantiva aplicable equipare expresamente el acto en cuestión a la parcelación en sentido estricto sometida a dichos títulos administrativos. En otro caso, el tratamiento del mismo desde el punto de vista registral debe articularse a través del procedimiento previsto en el artículo 79 del citado Real Decreto de 4 de julio de 1997, siempre y cuando el registrador de forma motivada en su nota de calificación exponga los indicios que, de acuerdo también con la normativa aplicable, puedan justificar la aplicación de tal precepto. En el caso de la mera transmisión de una cuota indivisa ya inscrita en el Registro, amparada por tanto por la legitimación registral, no debe justificar, como regla general, la exigencia de intervención administrativa alguna.

Dado que se trata de una sucesión de actos de carácter tanto jurídico como material la calificación del registrador se encuentra limitada por lo que ante la concurrencia de indicios de parcelación debe dar traslado al órgano competente en disciplina urbanística quien dictará la resolución que corresponda a la vista de las pruebas practicadas y con las garantías procedimentales oportunas.

En el caso del presente expediente, el registrador fundamenta en su nota la concurrencia de indicios de parcelación urbanística, en particular, las transmisiones de cuotas indivisas a diversos titulares, convirtiendo una comunidad de origen hereditario en ordinaria, así como la existencia de construcciones. De estos antecedentes puede sostenerse la concurrencia de indicios de parcelación urbanística como es la conversión de una comunidad de origen hereditario, pues la única compraventa hasta entonces se realizó en favor de otro cotitular, en una comunidad ordinaria con personas aparentemente sin vínculo familiar mediante transmisión onerosa. Este indicio revelador de «posible» parcelación urbanística sería suficiente para justificar el inicio del procedimiento regulado en el artículo 79 del Real Decreto 1093/1997 en orden a que la Administración competente pueda pronunciarse sobre la concurrencia efectiva o no de esa «posible» parcelación urbanística y adoptar las medidas preventivas oportunas.

Sin embargo, como ya se ha expuesto anteriormente, este Centro Directivo ha sostenido que pueden existir actos o negocios que presenten elementos indiciarios de parcelación que no se traten por la vía procedimental del artículo 79 citado, sino que dichos actos se someterán al previo requisito registral de acreditación de licencia o declaración de innecesaridad —artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, en relación al artículo 26 de la Ley de Suelo— cuando la legislación sustantiva aplicable equipare expresamente el acto en cuestión a la parcelación en sentido estricto sometida a dichos títulos administrativos. Es lo ocurre en el caso de la legislación andaluza con el artículo 91 de la Ley 7/2021, o el anterior artículo 66 de la Ley 7/2002, respecto a la asignación de cuotas en pro indiviso atendidas las circunstancias concurrentes y, para el suelo no urbanizable, el artículo 8.a), párrafo tercero, del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la comunidad autónoma de Andalucía, que seguirá siendo aplicable en cuanto no se oponga a la nueva ley y en tanto no se produzca su desarrollo reglamentario —cfr. disposición transitoria séptima de la Ley 7/2021—.

Resolución de 10-5-2022
BOE 1-6-2022
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 6.

HIPOTECA: MANIFESTACIÓN SOBRE EL DESTINO A VIVIENDA HABITUAL.

Se admite la constancia de la manifestación del hipotecante de que va a destinar la vivienda a vivienda habitual, aunque en el Registro la finca aparezca como local comercial.

El mandato legal recogido en el artículo 21 LH se extiende, por tanto, a cualquier hipoteca en garantía de préstamo constituida sobre vivienda respecto de la que exige una declaración formal acerca de la intención de atribuir o no el carácter habitual a dicha vivienda. Es trascendente esta circunstancia porque la inscripción de tal carácter, que desde ese momento está protegida por la legitimación registral, determinará la normativa aplicable a la vivienda en caso de embargo y ejecución subsiguiente.

A la luz del espíritu y finalidad de las normas protectoras antes referidas, establecidas en favor de quienes hipotecan una finca a la que se pretende atribuir carácter de vivienda habitual, debe concluirse que habrá de pasarse por la manifestación que sobre aquel carácter haga el hipotecante, consentida por la parte acreedora (con la trascendencia que tiene respecto de la eficacia y alcance del derecho constituido), de suerte que tal circunstancia de hecho —aunque sea solo intencional o de futuro— quede amparada por la presunción «iuris tantum» establecida por el artículo 21 de la Ley Hipotecaria. La atribución del carácter de vivienda habitual de la finca registral hipotecada puede y debe hacerse constar en la inscripción, aunque el cambio de uso de dicha finca no pueda tener acceso en este momento al Registro por precisarse para ello la formalización de la correspondiente escritura en la que se acredite el cumplimiento de la legalidad urbanística y demás normas aplicables para la constancia registral de dicho cambio de uso.

Resolución de 10-5-2022
BOE 1-6-2022
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 10.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se trata de un caso en el que el registrador formula oposición a la inscripción de una base gráfica atendiendo a un informe que plantea dudas sobre la titularidad pública de una franja de terreno.

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tubularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados. El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con

el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio registral de identidad de la finca debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso, la calificación negativa se basa en un informe no concluyente sobre la titularidad pública o privada de la franja de terreno discutida, aportada por al expediente y no recaída en su tramitación, sin que se manifieste oposición expresa a la inscripción de la georreferenciación alternativa, existiendo discordancia entre la parte literaria del informe y la planimétrica municipal incorporada. En el presente caso, se debe tramitar el expediente del artículo 199.2 de la Ley Hipotecaria y notificar al Ayuntamiento para que, en su caso, pueda formular alegaciones a la petición de inscripción de la georreferenciación y rectificación de la superficie declarando que se invade dominio público, indicando en virtud de que acto jurídico se ha incorporado al mismo dicha franja de terreno, declare que la misma no corresponde al dominio público o no formule alegaciones, puesto que la solución contraria puede dejar en indefensión al recurrente y abocarlo a un procedimiento judicial, sin tener total certeza de la existencia de contienda, que es la clave para que pueda denegarse la incorporación de la georreferenciación. Ausencia de contienda que en el presente caso no está debidamente acreditada.

Resolución de 11-5-2022
BOE 1-6-2022
Registro de la Propiedad de Murcia, número 6.

APREMIO FISCAL: DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE ARTÍCULO 25 LAU EN ARRENDAMIENTOS DE USO DISTINTO AL DE VIVIENDA.

Se resume el régimen aplicable a los derechos de tanteo y retracto arrendaticio en los casos de ejecución forzosa, según la fecha de la adjudicación y el tipo de arrendamiento.

Según doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.* resoluciones de 20 de noviembre de 1987, 5 de noviembre de 1993, 22 de marzo de 1999, 6 de febrero de 2001, 20 de septiembre de 2002 y 15 de marzo de 2006, entre otras), en los supuestos de transmisión judicial de una finca, se dan los derechos de tanteo y retracto establecidos en la Ley y, por consiguiente, es necesario para su inscripción que se justifique haberse hecho las notificaciones oportunas para su ejercicio o, en otro caso, la manifestación de inexistencia de arrendamientos sobre la finca adjudicada. Dada la común condición de procedimiento de realización o ejecución forzosa que presenta el procedimiento de apremio por deudas tributarias del que trae causa la adjudicación objeto del presente expediente, la doctrina sentada en las resoluciones de este Centro Directivo antes referidas ha de considerarse aplicable igualmente, por identidad razón, a estos procedimientos de apremio, tanto si el medio de realización forzosa empleado es la subasta, como si lo es el concurso o la adjudicación directa (*vid.* art. 101 del Reglamento General de Recaudación).

Respecto de los contratos de arrendamiento concertados con posterioridad a la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, cuya entrada en vigor se produjo el día 6 de

junio de 2013, como puso de relieve la resolución de 24 de marzo de 2017, y reiteraron las de 14 de septiembre y 11 de octubre de 2018 y 4 de julio de 2019, deberá tenerse en cuenta para determinar la existencia del derecho de retracto si el arrendamiento ha tenido acceso o no al Registro de la Propiedad, puesto que de este extremo dependerá la continuación o no del arrendamiento tras la adjudicación de la finca.

La doctrina expuesta no será aplicable cuando se trate de arrendamientos de vivienda concertados, bien antes de entrar en vigor de la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos introducida por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, esto es, el 6 de junio de 2013; o bien tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, es decir, a partir del día 6 de marzo de 2019.

No obstante, cuando se trata de contratos de arrendamiento para un uso distinto del de vivienda no inscritos, o los inscritos con posterioridad a la hipoteca ejecutada, o a la anotación preventiva del embargo, al no estar sometidos a un plazo mínimo imperativo, el arrendamiento podrá extinguirse como consecuencia de la ejecución —que implica que el derecho del arrendador quede resuelto— si el adjudicatario del inmueble ejercita la facultad de resolución de la relación arrendaticia, «y solo en caso de no ejercitarse da lugar a su subrogación en la posición del anterior propietario o arrendador, dando así continuidad al contrato de arrendamiento» (cfr. sentencia del TS número 783/2021, de 15 de noviembre, según la cual en tal caso no son aplicables los arts. 13.1 y 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sino los arts. 1549 y 1571 CC).

En el presente supuesto, se trata de un contrato de arrendamiento para un uso distinto del de vivienda —nave industrial— inscrito con posterioridad a la anotación preventiva del embargo, y al no estar sometidos a un plazo mínimo imperativo, el arrendamiento podrá extinguirse como consecuencia de la ejecución —que implica que el derecho del arrendador quede resuelto— si el adjudicatario del inmueble ejercita la facultad de resolución de la relación arrendaticia, y solo en caso de no ejercitarse da lugar a su subrogación en la posición del anterior propietario o arrendador, dando así continuidad al contrato de arrendamiento. En consecuencia, como se produce la purga no se requiere notificar a efectos de tanteo legal arrendaticio.

Resolución de 11-5-2022
BOE 1-6-2022
Registro de la Propiedad de Callosa d´en Sarrià.

BIENES ADQUIRIDOS POR CÓNYUGES SUJETOS A UN RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EXTRANJERO: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 92 DEL RH.

Se reitera la obligación del notario en la determinación del régimen económico al que se ha de sujetar un matrimonio al que resulte aplicable el artículo 92 RH.

Tratándose de adquisiciones llevadas a cabo por personas cuyo régimen económico matrimonial esté sujeto a una ley extranjera, la finalidad de publicar una situación jurídica cierta no se ve modificada por dicha circunstancia. La cuestión, sin embargo, es más compleja pues la determinación de cuál sea el régimen aplicable implica el conocimiento del Derecho extranjero, lo que no es

obligado para los funcionarios españoles. Esta oposición entre la exigencia legal de publicar en toda su extensión el derecho adquirido y las dificultades para determinar cuál ha de ser el régimen matrimonial legalmente aplicable ha sido cuestión de preocupación ya desde antiguo para nuestra jurisprudencia y para este Centro Directivo. A esta dificultad pretende dar respuesta el artículo 92 del Reglamento Hipotecario.

De otro lado, el notario español está obligado a aplicar la norma de conflicto española (art. 12.6 CC) y a determinar, de acuerdo a dicha norma, la ley material que resulte aplicable al régimen económico de los cónyuges. Así, aunque el notario desconozca el contenido de la ley material extranjera, reflejará debidamente en la comparecencia del instrumento público cuál ha de ser la norma aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges. En definitiva, no debe confundirse la falta de obligación de conocer el Derecho extranjero con el deber de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable. Tales normas de conflicto, si el matrimonio se contrajo antes del día 29 de enero de 2019 —fecha de entrada en vigor del Reglamento (UE) núm. 2016/1103—, son las contenidas en el artículo 9.2 del Código Civil. Si, por el contrario, la fecha de celebración del matrimonio de los compradores fuera posterior al día 29 de enero de 2019, es indudable que la norma de conflicto aplicable es el Reglamento (UE) núm. 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales en el que España participa entre diecisiete Estados miembros.

Como también ha expresado esta Dirección General en reiteradas ocasiones *(vid.* Resoluciones de 19 de diciembre de 2003, 10 de enero y 4 y 12 de febrero de 2004, 31 de agosto de 2017 y 2 de abril, 7 y 10 de septiembre y 19 de octubre de 2018, entre otras) la aplicación del artículo 92 del Reglamento Hipotecario no tiene un carácter preferente respecto del conocimiento que pueda tener el registrador de la legislación extranjera. Por ello, en casos en los que la escritura se limite a expresar que los cónyuges extranjeros adquieren con sujeción a su régimen económico matrimonial sin que conste cuál sea este, si el registrador tiene conocimiento del mismo y, por ejemplo, es un régimen de separación, se considera justificada su exigencia sobre la constancia en dicha escritura de la cuota que corresponde a cada uno de los adquirientes del bien objeto de inscripción, conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 12-5-2022
BOE 1-6-2022
Registro de la Propiedad de Gerona, número 1.

SEGREGACIÓN: GEORREFERENCIACIÓN OBLIGATORIA.

Se reitera la doctrina sobre la obligatoriedad de la georreferenciación de la finca segregada y del resto. Muy interesante las conclusiones de la Dirección General recogidas en el último fundamento de derecho acerca del alcance del principio de rogación en relación con la inscripción de bases gráficas.

Tras la nueva redacción del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, efectuado por la Ley 13/2015, las operaciones de segregación, a partir de su entrada en vigor, incorporan como circunstancia necesaria de la inscripción la incorporación de la georreferenciación resultante de la operación de segregación. Por tanto, ya

no es posible, tras la entrada en vigor de esta Ley, inscribir una segregación sin descripción del resto, incluyendo en esa descripción su georreferenciación.

En el presente caso, la registradora suspende la inscripción en primer lugar porque no coincide la superficie registral de la finca matriz de 36 955 metros cuadrados con la que resulta del Catastro, que son 35 930 metros cuadrados, por lo que de tener que practicarse la rectificación de superficie, debería obtenerse una nueva licencia «que autorizase las operaciones de segregación teniendo en cuenta las nuevas superficies (ya que serían diferentes a las del proyecto que en su día se presentó para obtener la licencia inicial)». Esta afirmación no puede ser sostenida.

No se requiere solicitar nueva licencia de segregación, por el hecho de que haya de rectificarse la superficie de la finca resto, previamente, para poder inscribir la nueva reordenación de los terrenos, puesto que no se altera la superficie a segregar de 1280 metros cuadrados, ni hay nueva ordenación de los terrenos por el hecho de que la superficie de la finca resto sea sensiblemente inferior a la que consta en el Registro, siendo la diferencia superficial inferior al 5%, pero siendo en todo caso la finca resto superior a la superficie de la parcela urbanística indivisible, por ser urbana. Como ya ha afirmado esta Dirección General (cfr. resoluciones de 12 de noviembre de 2013 y 29 de septiembre de 2017) la licencia municipal, o la declaración de innecesaridad de la misma, cumple una función de acreditación de la legalidad administrativa y urbanística vigente. Siendo la segregación una modificación de la finca, rigurosamente registral, deberá acomodarse la inscripción a la preceptiva licencia sin que pueda ni el registrador ni el notario modificar los términos de su obtención. En ningún caso pueden admitirse discrepancias que impliquen una reordenación de terrenos diferente a la resultante de la modificación hipotecaria para la que se concedió la licencia

En el presente caso, la segregación que se practica produce el nacimiento de una nueva finca de naturaleza urbana, pues así se describe, acreditando la licencia de segregación la conformidad de la finca segregada con las disposiciones del Plan General de Ordenación Urbana de Gerona. Respecto a la finca resto, debe describirse, en cuanto sea posible con todas las circunstancias exigidas por la legislación hipotecaria, que respecto a la naturaleza de la finca, dispone que se determinará expresando su naturaleza rústica o urbana, sin que la ley exija que se exprese la superficie correspondiente a la parte rústica y a la parte urbana, como tampoco puede exigir una georreferenciación de la parte rústica y de la parte urbana (única que determina con precisión la superficie), pues en todo caso, la georreferenciación de la finca resto ha de ser única, por no ser objeto de otro acto jurídico distinto que el de la segregación cuya inscripción se solicita.

Por ello, el defecto que exige acreditación de la naturaleza de cada porción que integra la finca matriz debe ser revocado y el recurso estimado en cuanto al presente extremo, pero es evidente que la descripción del resto que se hace en la escritura calificada, con arreglo al artículo 47 del Reglamento Hipotecario, no cumple con las exigencias del principio de especialidad, que impone a la descripción de la finca el artículo 9 de la Ley Hipotecaria.

Respecto al defecto que exige que «al estar modificando entidades hipotecarias, es necesaria la georreferenciación de la porción segregada», debe ser revocado, pues se incorpora en el título presentado un informe de validación técnica catastral de la georreferenciación alternativa a la catastral de la porción segregada de resultado negativo, con el que se acredita el cumplimiento de los requisitos técnicos a que se refiere el artículo 9.b), párrafo cuarto, de la Ley

Hipotecaria, y el número séptimo de la Resolución Conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro de 26 de octubre de 2015, por ser la segregación uno de los supuestos que determina el artículo 9.b), primer párrafo, uno de los supuestos en los que la georreferenciación de la finca es circunstancia necesaria de la inscripción. Pero, aunque nada se dice en la nota de calificación ni en el recurso, debe aclararse que para poder inscribir la georreferenciación alternativa de la finca segregada que se ha acompañado al título se requiere la tramitación de un expediente del artículo 199.2 de la Ley Hipotecaria.

La georreferenciación ha de interpretarse como circunstancia obligatoria en toda operación que implique la apertura de folio registral a una nueva finca y que determine una nueva ordenación de la finca, lo que aplicado a la operación de segregación se refiere a la finca segregada y a la finca resto. Así lo exige también la aplicación del principio de tracto sucesivo, según la doctrina de las resoluciones antes citadas. Esta clara exigencia ha sido matizada por esta Dirección General en cuanto a la finca resto, de la que se puede prescindir excepcionalmente cuando no sea posible su georreferenciación.

Resueltas todas las cuestiones recurridas relativas a los defectos invocados por la nota de calificación por parte de la registradora, es conveniente realizar una serie de precisiones sobre la improcedencia de la afirmación contenida en la escritura calificada por la cual los otorgantes manifiestan que «el otorgante no hace declaración de concordancia, ni ha incoado ningún procedimiento de rectificación catastral y recojo su renuncia al procedimiento de coordinación catastral y a la inscripción de la identificación gráfica de la finca». Siendo la georreferenciación de las fincas resultantes de la operación de segregación, por constituir la misma una nueva ordenación de la finca, circunstancia necesaria del asiento de segregación a practicar, salvo que respecto a la finca resto, fuera imposible su descripción, valorada esa imposibilidad de modo objetivo, dicha afirmación del título es del todo punto improcedente y no debiera haberse recogido en esos términos en la escritura calificada, puesto que parece entender que la incorporación de la georreferenciación de la finca está sujeta al ámbito de la voluntad del otorgante que puede excluirlo. La Ley 13/2015 ha completado la fase de calificación del procedimiento registral con una parte referida a la descripción de la finca, que incluye su georreferenciación, lo que la doctrina registral denomina calificación registral gráfica integrada por tres operaciones diferentes, que deben terminar con tres decisiones del registrador: la inscripción de la referencia catastral, la incorporación de la georreferenciación y la constancia del estado de coordinación de la finca con la parcela catastral. Como operación del procedimiento registral, esta fase no puede ser excluida por la voluntad de los particulares.

En caso de calificación positiva, existiendo declaración de coincidencia de la georreferenciación catastral con la realidad física del inmueble y describiendo la finca según resulte de ella, el registrador inscribirá la georreferenciación, aunque su petición no sea expresa o exista declaración de voluntad de excluir la inscripción de la georreferenciación o de iniciar el procedimiento de coordinación gráfica con Catastro, pues no son aspectos que estén en el ámbito del principio de rogación, que no puede decidir cómo ha de practicarse la inscripción en aspectos tan trascendentales como el objeto del derecho real, cuya descripción debe ser precisa, dado que el Registro de la Propiedad es una institución que controla la legalidad del tráfico jurídico y se presume exacto.

Resolución de 12-5-2022
BOE 1-6-2022
Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera, número 2.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: ACTOS REVELADORES DE PARCELACIÓN CONFORME A LA LEGISLACIÓN ANDALUZA.

Se analizan los casos en que concurren actos reveladores de una posible parcelación en suelo no urbanizable por transmisión de cuotas proindiviso en Andalucía.

La reciente Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía entró en vigor el 23 de diciembre de 2021, es decir, con posterioridad a la fecha de la escritura pública (22 de julio de 2021) pero antes de la fecha de la nota de calificación (12 de enero de 2022). Ello supone que, dado el carácter adjetivo o procedimental de las normas de naturaleza registral, deban entenderse aplicables las vigentes al tiempo de la calificación del registrador, con independencia del eventual régimen transitorio aplicable desde el punto de vista sustantivo. No obstante, puede decirse que la nueva ley, con alguna excepción, no altera sustancialmente el régimen de las parcelaciones urbanísticas en Andalucía, considerando como tal según su artículo 91.

En el caso del presente expediente, el registrador fundamenta adecuadamente en su nota la concurrencia de indicios de parcelación urbanística, en particular, las sucesivas transmisiones de cuota indivisa tomando como denominador la superficie de la finca, pues se corresponde la superficie de la parcela y la cuota transmitida; asimismo, tanto de la consulta catastral como de las Bases Gráficas Registrales resulta que sobre la finca en cuestión se encuentra dentro de la misma varias parcelas valladas, además, en algunas de ellas existen edificaciones como casas, piscinas, etc.

Resolución de 12-5-2022
BOE 1-6-2022
Registro de la Propiedad de Pravia-Belmonte de Miranda.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se trata de un caso en el que el registrador formula oposición a la inscripción de una base gráfica atendiendo a un informe aportado por un colindante que plantea dudas sobre la titularidad pública de una franja de terreno.

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados. El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de

entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio registral de identidad de la finca debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el caso que nos ocupa, la alcaldesa-presidenta del Ayuntamiento de Muros de Nalón alega, durante la tramitación del procedimiento del artículo 199, que la georreferenciación cuya inscripción se pretende incluye erróneamente una «zona destinada a aparcamiento público» con una cabida de 308 metros cuadrados. La promotora del expediente contraargumenta que esa zona de aparcamiento, aunque abierta a su utilización pública, es de su propiedad privada. Es de destacar que, en su escrito de oposición, aun pudiendo y debiendo hacerlo, la alcaldesa-presidenta: — Aunque pudiera suponerse, no afirma con claridad si esa «zona destinada a aparcamiento público» le pertenece al Ayuntamiento. — No acredita ni afirma siquiera, ser titular catastral de tal zona. —En caso de pertenecer al Ayuntamiento, no expresa ni alega título escrito de dominio, ni certificación administrativa acreditativa del acto, negocio o modo de su adquisición, y ni siquiera alude a si está o no incluido en el inventario de bienes municipales. En el presente caso, aun tratándose de la oposición de un colindante cualificado, como es el Ayuntamiento, su escrito de oposición, como hemos visto, no reúne los requisitos mínimos de concreción y acreditación necesarios.

Resolución de 13-5-2022
BOE 1-6-2022
Registro de la Propiedad de Almoradí.

DERECHO EXTRANJERO: PRUEBA.

Se recuerda la necesidad de probar el derecho extranjero conforme al artículo 36 RH. Por otro lado, se confirma que los derechos del cónyuge cotitular de los bienes han de ser respetados y tenidos en cuenta en el procedimiento concursal que afecta a los bienes comunes.

No se prueba adecuadamente el contenido de la ley checa en relación con la posición del excónyuge del disponente, ni en relación con la incorporación a la masa concursal del bien; ni respecto del efecto de disolución de la comunidad por razón del concurso (se presume este régimen pues tampoco consta acreditado en el Registro), por lo que se manifiesta que la finca pertenece a la comunidad matrimonial del insolvente, que actualmente está divorciado, con aleación de lo dispuesto en la normativa checa.

Es doctrina de esta Dirección General, con relación a la prueba de la legislación extranjera alegada, que ni el registrador ni el notario están obligados a conocer, con el detalle requerido en el ejercicio de sus funciones, la ley extrajera. En resumen, ha puesto de manifiesto este Centro Directivo en algunas de las resoluciones citadas en los «Vistos», que, si notario y registrador conocieran suficientemente el ordenamiento, les corresponde realizar un juicio de ley sobre los extremos alegados; y en caso, contrario, se deberá acudir a los medios establecidos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario. En este, si bien los medios de prueba son abiertos —«entre otros»—, solo puede entenderse medio probatorio indubitado el que procede de funcionario del país de origen, generalmente funcionario diplomático en funciones consulares, pero también notario.

Cualquier otro supuesto está sujeto a valoración de su admisión al proceder de un operador privado. En el presente caso, la notaría checa ante quien se presenta el documento probatorio no realiza intervención alguna sobre el mismo; ni acreditando lo probado ni al menos la cualidad del firmante y su habilidad para establecer la prueba conforme al Derecho checo.

El segundo de los defectos observa que no resulta ni de la escritura ni de los documentos testimoniados que el cónyuge del insolvente —que se manifiesta actualmente es excónyuge según sentencia de divorcio exhibida al notario, apostillada— haya sido notificado del procedimiento, o que haya tenido algún tipo de intervención, que posibilite la defensa de sus derechos, dada, al parecer, la inclusión de bienes comunes en la masa activa. No puede resultar de la ley aplicable (que no ha sido probada con el alcance requerido) que el cónyuge del titular registral carezca de derecho alguno a ser notificado e intervenir conforme a la ley del concurso. Con independencia de la resolución de apertura del procedimiento y facultades del administrador a las que se refieren los artículos 3, 20 y 21 del Reglamento (UE) 2015/848 —que constan anotados en el Registro— cualquier otra resolución dictada en el procedimiento, como señala el artículo 32 del mismo instrumento europeo, se regirá en cuanto a su reconocimiento y ejecución por el Reglamento Bruselas I Refundido. Por tanto, el defecto observado debe ser asimismo mantenido con independencia de la insuficiencia de la prueba del Derecho checo, por lo que deberá acreditarse que la exesposa ha sido, al menos, notificada a fin de que pueda participar en el procedimiento concursal para permitir salvaguardar los derechos de defensa de esta frente a la pérdida de su titularidad registral.

Resolución de 13-5-2022
BOE 1-6-2022
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 10.

PROPIEDAD HORIZONTAL: AGRUPACIÓN DE ELEMENTOS PRIVATIVOS.

Se exige el consentimiento de los diferentes titulares de los departamentos afectados en un caso de agrupación y cambio de uso de determinados departamentos privativos de un edificio en propiedad horizontal.

El registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado 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, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio de su función. Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. En el presente caso lo cierto es que la calificación de la registradora se limita a advertir de la posible existencia de una agrupación de hecho, con cita de determinados preceptos legales y reglamentarios, y es en el informe que emite tras la interposición del recurso donde —extemporáneamente— desarrolla y profundiza sobre los argumentos que fundamentan su negativa a inscribir.

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. La exigencia de ese consentimiento de los propietarios se fundamenta en dos consideraciones. Por una parte, una de tipo material, apreciable en toda situación fáctica de edificio en régimen de propiedad horizontal: el hecho de que tales operaciones puedan suponer alteraciones materiales en las cosas comunes y afectar al uso de servicios generales. Por otra, una consideración de tipo jurídico, vinculada al funcionamiento orgánico de la comunidad: 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.

De lo expuesto resulta que la unión material de varios departamentos de un edifico dividido horizontalmente puede, o bien limitarse a una cuestión estrictamente física sin su correspondiente reflejo ni registral ni en el régimen de la propiedad horizontal, conservando tales elementos su plena autonomía jurídica, bien traducirse en una agrupación jurídica, mediante la creación de un nuevo elemento resultante de la unión al que corresponde una nueva descripción, con su superficie, linderos y cuota de participación correspondiente. A esta última es a la que parece referirse la Ley sobre propiedad horizontal cuando en el artículo 10.3.b) declara que requerirán autorización administrativa.

Por exigencias de los principios de legitimación registral y tracto sucesivo, para inscribir cualquier modificación descriptiva que afecte directamente a alguno de los departamentos independientes de la propiedad horizontal, es necesario que preste su consentimiento el titular registral afectado (arts. 1.3.º, 20, 38 y 40 LH), considerándose como tal el que lo sea en el momento de presentarse la escritura de modificación descriptiva a inscripción. Tal consentimiento es igualmente exigido por la Ley sobre propiedad horizontal.

Resolución de 17-5-2022
BOE 14-6-2022
Registro de la Propiedad de Cáceres, número 2.

HIPOTECA: RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA LEY 5/2019.

Se entiende que la aplicabilidad del régimen del artículo 24 de la LCCI a los contratos anteriores a su vigencia lo es de forma automática sin necesidad de modificación de la escritura.

Conforme a la disposición transitoria primera de la Ley 5/2019, las previsiones de la Ley han de aplicarse a «contratos celebrados con anterioridad si son objeto de novación o subrogación con posterioridad a su entrada en vigor». En el presente supuesto, se trata de la inscripción primera de un préstamo hipotecario, no de su posterior novación o subrogación, por lo que no son de aplicación las citadas previsiones.

El contenido del artículo 24 es aplicable a todo contrato de crédito inmobiliario, incluso a los anteriores a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, si bien, como bien alega el notario recurrente, dicho precepto legal provoca una modificación automática, «*ipso iure*», en todo contrato de préstamo hipotecario anterior, por lo que estamos ante una novación imperativa por mandato de la Ley. En definitiva, se trata de una novación legal forzosa, que se impone por encima del contrato, por la propia fuerza de la ley, sin necesidad de otorgar nuevas escrituras o de adaptar contratos previos.

Resolución de 17-5-2022
BOE 14-6-2022
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 3.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se confirma la suspensión de la inmatriculación de una finca en un caso en el que se había emitido una certificación previa en la que ya se advertía sobre la existencia de dudas sobre su coincidencia con otra ya inscrita.

En todo caso el registrador debe extremar el celo en las inmatriculaciones para evitar que se produzca la indeseable doble inmatriculación. Además, hay que considerar que el procedimiento previsto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria tiene menores garantías, al no exigir la previa intervención de titulares de fincas colindantes que pudieran verse afectados, siendo estos los más interesados en velar que el acceso de una nueva finca al Registro no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes, pudiendo producirse, en caso contrario un supuesto de indefensión.

Con arreglo a la doctrina ya consolidada de este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

En la certificación que se expidió con carácter previo al otorgamiento de la escritura de herencia como título previo para la inmatriculación y que queda incorporada al referido título, después de señalar que la finca tal y como se describía y con la referencia catastral relacionada podría estar inscrita, se advertía de manera expresa que: «Tras las búsquedas realizadas se aprecia que las fincas colindantes, las cuales rodean a dicha casa, son segregaciones que proceden de otra de mayor cabida —trozo de terreno situado en Tomares, parte del lote conocido por (…) de los que componen (…)—, finca registral 496, inscrita a los folios 180,181 y 182, del tomo 1109, libro 11 de Puebla del Río, por lo que podría estar comprendida en el perímetro descrito por fincas ya inscritas». A pesar de contar con estas advertencias, en dicha escritura previa de herencia no se incluyen diligencias especiales o pruebas complementarias que desvirtúen las dudas consignadas en la certificación.

Lo que ya no cabe, en modo alguno, es la aplicación de lo dispuesto en los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario, pues, como ya señaló la citada resolución de 17 de noviembre de 2015, «deben entenderse tácitamente derogados todos los artículos del título VI del Reglamento Hipotecario, los cuales fueron dictados en ejecución del anterior título VI de la Ley Hipotecaria, pues la nueva redacción legal es en sí misma suficientemente detallada, y basada en principios inspiradores totalmente diferentes de los que dieron cobertura en su día a los artículos reglamentarios que, ahora, por ello, han de entenderse íntegramente derogados a partir del 1 de noviembre de 2015».

Resolución de 23-5-2022
BOE 14-6-2022
Registro de la Propiedad de Petra.

PUBLICIDAD FORMAL: SOLICITUD A TRAVÉS DE CORREO ELECTRÓNICO.

Se rechaza la posibilidad de solicitar notas simples por correo electrónico, dadas las fallas de seguridad de este medio de comunicación. La relación con los registros deba instrumentarse a través de su sede electrónica.

El recurrente envió varios correos electrónicos al Registro de la Propiedad de Petra solicitando notas simples y desde el Registro se le contestó por la misma vía que no era un cauce adecuado para dichas peticiones. En este caso, no existe nota de calificación propiamente dicha, lo que justifica el registrador alegando que, de haberse realizado, presupone admitir el correo electrónico como medio hábil para la solicitud formal. No obstante, aun a pesar de la falta de nota calificación, este Centro Directivo ha decidido entrar en el fondo del asunto, por razones de economía procesal.

En cuanto a las vías adecuadas para solicitar publicidad del contenido de los asientos del Registro, que constituye el fondo del asunto en este expediente, debe partirse de lo establecido en los artículos 221 y siguientes la Ley Hipotecaria, y los artículos 332 y siguientes del Reglamento Hipotecario que regulan el procedimiento registral y los requisitos de acceso y limitaciones existentes para la expedición de los diferentes tipos de publicidad formal, así como de la Instrucción de 10 de abril de 2000, de la Dirección General de Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) sobre publicidad formal e instrumental del contenido de los Registros de la Propiedad a través del correo electrónico.

La obligatoriedad de acudir a este cauce del Fichero Localizador de Titularidades Inscritas (FLOTI) está limitado a la publicidad formal instrumental, esto es, cuando se pretende la obtención de información de un Registro a través de otro distinto. Fuera de estos supuestos de publicidad formal instrumental, ciertamente no existe ningún precepto legal o reglamentario que obligue a utilizar un determinado cauce en la solicitud de notas simples informativas. Ahora bien, debe existir la posibilidad, conforme a las reglas generales, de identificar de forma indubitada al solicitante, calificar el interés legítimo en la obtención de publicidad formal y que quede constancia fehaciente de la fecha, hora y minuto de recepción de la solicitud y recepción de la nota simple expedida, así como de que el contenido de una y otra no haya sido alterado. Esto se consigue a través de los sistemas de certificación de firma electrónica, que garantizan tales extremos.

El correo electrónico es un servicio de red que permite a los usuarios enviar y recibir mensajes. Junto con los mensajes también pueden ser enviados ficheros adjuntos. Las características peculiares de este medio de comunicación (universalidad, bajo coste, anonimato, etc.) han propiciado la aparición de amenazas que utilizan el correo electrónico para propagarse o que aprovechan sus vulnerabilidades. La primera medida, generalmente adoptada, es la elección de un correo profesional que se utilice solo y exclusivamente a efectos profesionales determinados y excluya la elección de cualquier otro correo, aunque este sea también corporativo, debiendo utilizarse mecanismos de cifrado de la información. Es igualmente imprescindible asegurar la identidad del remitente antes de abrir un mensaje.

Todo lo anterior, ha sido contemplado por las Administraciones publicas, a la hora de facilitar la comunicación de los ciudadanos por medios electrónicos, admitiendo como medios de comunicación el presencial, los portales de internet y sedes electrónicas, las redes sociales, acceso telefónico, correo electrónico o cualquier otro canal que pueda establecerse de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Ahora bien, no todos los medios citados son canales para la transmisión de datos protegidos, de hecho, todas las actuaciones y trámites referidos a procedimientos o a servicios que requieran la identificación de la Administración pública y, en su caso, la identificación o firma electrónica de las personas interesadas, se efectúan a través de la sede electrónica.

En el ámbito que nos ocupa, la relación electrónica con los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles debe serlo a través de la Sede Electrónica de los mismos que se encuentra alojada en la dirección electrónica https:// sede.registradores.org/site/home. El uso de dicha sede implica una serie de controles tecnológicos que garantizan la identidad del interesado y el cumplimiento de la normativa nacional y europea en materia de seguridad, firma electrónica y protección de datos.

En consecuencia, la falta de regulación normativa sobre la forma y requisitos de uso del correo electrónico a efectos de solicitar o recibir publicidad formal, aconseja, por los motivos expuestos, que en tanto no se produzca, la relación con los registros deba instrumentarse a través de su sede electrónica que garantiza el cumplimiento de unas normas mínimas de seguridad, identificación de los peticionarios, archivo en el sistema de las peticiones y cumplimiento en materia de protección de datos.

Resolución de 23-5-2022
BOE 14-6-2022
Registro de la Propiedad de Murcia, número 7.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DOCUMENTOS PRIVADOS.

Se aclara la forma de presentar un documento privado en el Registro y se confirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales.

Conforme al artículo 420 RH, el registrador debe negarse a extender asiento de presentación, cuando el propio presentante manifieste que su intención no es que el documento provoque algún asiento en los libros del Registro, o cuando el documento sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al registro (o, dicho de otra manera, cuando de forma evidente resulte que el título nunca podrá provocar un asiento en los libros de inscripciones).

En el presente caso, la instancia privada va acompañada de un título público, cual es la certificación catastral descriptiva y gráfica de una parcela catastral, que afirma el interesado se corresponde con una finca registral de su titularidad y no con la finca registral a la que aparece asignada esa referencia catastral, cuya titularidad es de un tercero. La instancia privada se halla firmada electrónicamente, mediante el uso de la firma del sistema Adobe Reader, recibida en el registro mediante burofax. Debe presentarse telemáticamente en el Registro, a través del portal de presentación de documentos privados habilitado en la sede electrónica de los registradores, o si se presenta en soporte papel debe contener la firma legitimada notarialmente, o al menos ratificada ante el registrador.

El asiento en su día practicado, como hemos dicho, está bajo la salvaguardia de los tribunales y solo puede rectificarse con consentimiento del titular registral, o por orden de la autoridad judicial, mediante sentencia recaída en juicio en el que el titular registral haya sido parte. Solo así, pues no cabe inscribir una referencia catastral que está asignada a otra finca registral, como declaró la resolución de 5 de julio de 2018, el recurrente podrá obtener, esta vez sí, mediante instancia privada con firma legitimada notarialmente o ratificada ante el registrador, o presentada telemáticamente con firma electrónica avanzada reconocida, a través del portal habilitado por el Colegio de Registradores en su sede electrónica, acompañada en ambos casos de la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica de la parcela que afirma corresponderse con su finca registral.

Resolución de 23-5-2022
BOE 14-6-2022
Registro de la Propiedad de Cieza, número 1.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se confirman las dudas del registrador sobre la identidad de la finca basadas en la oposición de un colindante.

Tienen razón los recurrentes cuando afirman que debe prevalecer la inscripción en el Registro de la Propiedad sobre los datos catastrales, porque es en el Registro donde reside la fe pública de la titularidad. Sin embargo, en el presente caso, en el Registro de la Propiedad no consta todavía inscrita la georreferenciación de las fincas del promotor, sino que es precisamente ahora cuando se pretende dicha inscripción a través del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Y conforme a dicho artículo, «el registrador solo incorporará al folio real la representación gráfica (…) tras ser notificada a los titulares registrales del dominio de la finca si no hubieran iniciado estos el procedimiento, así como a los de las fincas registrales colindantes afectadas». Si lo que se pretende, como ocurre en el presente caso, es la inscripción de una georreferenciación alternativa a la catastral, «además se deberá notificar a los titulares catastrales colindantes afectados».

En el presente caso, se ha formulado oposición expresa por quien resulta no solo ser titular catastral del inmueble catastral afectado en parte por la georreferenciación que pretende inscribir el promotor, sino que además acredita ser titular registral de otras dos fincas, que, si bien no tienen tampoco inscrita en el Registro de la Propiedad su correspondiente georreferenciación, se alega entrar en colisión con la pretendida por el promotor. Y así como el principio de prioridad registral, aplicado a la inscripción de la georreferenciación de las fincas, implica que una vez inscrita una determinada georreferenciación para una finca, no podrá inscribirse para ninguna otra finca otra georreferenciación que en todo o en parte invada la previamente inscrita, sin embargo, cuando, como ocurre en el presente caso, todavía no consta inscrita georreferenciación alguna, no cabe afirmar que el primero que lo solicite tenga prioridad absoluta para conseguirlo sobre quien lo solicite en segundo lugar, sino que habrán de analizarse y calificarse las respectivas pretensiones contradictorias, a saber: la de promotor que ha iniciado el procedimiento del artículo 199, y la del opositor, que debidamente notificado, ha formulado en tiempo y forma oposición expresa, acreditando ser titular registral de otras fincas, y alegando resultar invadidas por la pretensión del promotor.

Resolución de 24-5-2022
BOE 14-6-2022
Registro de la Propiedad de Fuengirola, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DE LA DESCRIPCIÓN DE UN ELEMENTO PRIVATIVO POR RESOLUCIÓN JUDICIAL.

Se señala que para inscribir la modificación de un elemento privativo por resolución judicial ha de acreditarse la firmeza de esta, aportar todos los docu-

mentos complementarios en formato de documento público y modificar el título constitutivo.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el registrador, a la hora de desarrollar su función calificadora, y por aplicación del principio de independencia, no se encuentra vinculado por sus anteriores calificaciones ni, más aún, por otras emitidas con anterioridad por otros registradores en anteriores presentaciones del referido documento.

La exigencia de firmeza de las resoluciones judiciales que hayan de provocar asientos definitivos en el Registro (inscripciones y cancelaciones) encuentra su fundamento en la necesidad de proteger al titular registral. El principio de legitimación registral parte de la presunción de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo y de que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales, y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley Hipotecaria. Por ello, el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que: «Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, solo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros públicos».

El principio de titulación pública resulta consagrado en nuestra legislación hipotecaria en los artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento de desarrollo, de tal manera que, con carácter general, queda vedado el acceso al registro a documentos que adolezcan de tal carácter. Así ha sido reconocido por numerosas resoluciones, entre otras la de 9 de abril de 2010, extendiendo tal exigencia a los documentos complementarios.

Se discute, en último lugar, si cabe practicar la cancelación de la registral 36 649, sin proceder a modificar el título constitutivo de la división horizontal. Defecto que también debe ser confirmado.

Resolución de 24-5-2022
BOE 14-6-2022
Registro de la Propiedad de Valencia, número 3.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: HIPOTECA RESPECTO DE LA QUE HAN TRANSCURRIDO LOS PLAZOS DEL ARTÍCULO 82.5 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Se admite la inscripción de una ejecución hipotecaria a pesar de que la hipoteca ejecutada estaría dentro de los casos de cancelación por caducidad legal del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, porque de la documentación calificada resultan actuaciones que evidencian la interrupción de la prescripción y así se ha admitido en el procedimiento.

Como ha señalado recientemente este Centro Directivo (*vid.* resolución de 4 de octubre de 2021), de su reiterada doctrina en materia de cancelación de hipotecas resulta la necesidad de diferenciar dos supuestos distintos. Por un lado, está la cancelación por caducidad convencional pactada por las partes. Nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (*vid.* arts. 513.2.º, 529, 546.4.º y 1843.3.º CC), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción

hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo, salvo que en ese instante estuviera ya en trámite de ejecución hipotecaria, en cuyo caso, la hipoteca se extinguiría al concluir el procedimiento, ya por consumación de la ejecución, ya por cualquier otra causa. Si estuviéramos ante la caducidad convencional del mismo derecho de hipoteca, resultaría aplicable la norma del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

Y, por otro lado, está la llamada caducidad legal, que se basa en el transcurso de los plazos determinados por la Ley y que tiene lugar si no se ha pactado esa caducidad convencional. A ello se refieren dos preceptos de la Ley Hipotecaria: a) El artículo 82, párrafo quinto; b) el artículo 210.1, regla octava, párrafo segundo. Por otra parte, el artículo 82, párrafo quinto, tiene su fundamento en la figura de la prescripción y hace referencia expresa al plazo legal de prescripción de las acciones según la legislación civil aplicable. En cambio, el artículo 210 de la Ley Hipotecaria no se fundamenta directamente en la institución de la prescripción de las acciones, sino que fija unos plazos propios, cuyo cómputo es estrictamente registral. Además, el artículo 82, párrafo quinto, se aplica exclusivamente a hipotecas y condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado (cfr. Resolución 25 de marzo de 2014), mientras que el artículo 210.1.8.a tiene un ámbito mayor al referirse a hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, dentro de cuyo ámbito puede incluirse otras condiciones resolutorias.

Del testimonio del decreto de adjudicación calificado resulta que el ejecutante solicitó en 2017 la reactivación del procedimiento respecto de las fincas cuya subasta quedó desierta con anterioridad. Mediante auto, de fecha 24 de enero de 2018, se estimó el recurso contra el decreto de archivo de los autos y se ordenó la celebración de la subasta. Igualmente, consta que doña R. M. B. M., como coejecutada y como representante de la herencia yacente de su esposo, don E. M. M., promovió oposición a la ejecución, oposición que fue inadmitida. Si se tiene en cuenta que en el propio proceso de ejecución se dictaron resoluciones judiciales que confirmaron la procedencia de la continuación de la ejecución y que provocaron la interrupción de la prescripción, habrá de concluirse que no está justificada la negativa de la registradora a inscribir la adjudicación de las fincas ejecutadas y a practicar las cancelaciones correspondientes. No debe olvidarse que, existiendo resoluciones judiciales que se han pronunciado expresamente sobre la procedencia de la ejecución, no puede la registradora revisar el fondo de dichas resoluciones (art. 100 RH).

Resolución de 24-5-2022
BOE 14-6-2022
Registro de la Propiedad de Adeje.

HIPOTECA: ARTÍCULO 21 LH.

Se considera suficiente a los efectos del artículo 21 LH la manifestación por parte de los cónyuges hipotecantes que tienen su domicilio en Lituania de que la vivienda no es la vivienda familiar.

El mandato legal recogido en el artículo 21 LH se extiende, por tanto, a cualquier hipoteca en garantía de préstamo constituida sobre vivienda respecto de la que exige una declaración formal acerca de la intención de atribuir o no el carácter habitual a dicha vivienda. Es trascendente esta circunstancia porque

la inscripción de tal carácter, que desde ese momento está protegida por la legitimación registral, determinará la normativa aplicable a la vivienda en caso de embargo y ejecución subsiguiente.

Ciertamente, esta Dirección General ha puesto de relieve (cfr. resolución de 28 de octubre de 2021) que, respecto del cumplimiento de los referidos artículos 21.3 y 129.2 de la Ley Hipotecaria en la constitución de hipoteca sobre una vivienda, a la hora de expresar si se pretende o no atribuir carácter de vivienda habitual a la finca que se hipoteca, puede no ser suficiente la manifestación que los hipotecantes hagan sobre el carácter familiar de la misma en cumplimiento de otras normas que establecen una singular protección de la vivienda familiar en situación de normalidad matrimonial, como son las de los artículos 1320 del Código Civil y 91 del Reglamento Hipotecario, toda vez que puede no coincidir domicilio o vivienda habitual del disponente con el domicilio o vivienda habitual de la familia. Pero tales consideraciones no son aplicables a este caso por constituirse la hipoteca por ambos consortes. Por ello, si se tiene en cuenta que los hipotecantes tienen su domicilio en Lituania y manifiestan que compran la finca como «segunda residencia» e, igualmente, que no son aplicables las limitaciones legales impuestas respecto de los actos de disposición sobre vivienda habitual, debe concluirse que, interpretadas las cláusulas del contrato en el sentido más adecuado para que produzcan efecto, están expresando que no se pretende atribuir a la finca que se hipoteca el carácter de vivienda habitual a los efectos de las normas protectoras antes referidas.

Resolución de 30-5-2022
BOE 23-6-2022
Registro de la Propiedad de Alicante, número 2.

TUTORES: ELEVACIÓN A PÚBLICO DE UN CONTRATO DE PRIVADO DE VENTA.

Se analiza la no necesidad de autorización judicial en los casos de elevación público del contrato privado de venta al tratarse de un acto debido.

Es cierto que este Centro Directivo, en el caso analizado en resolución de 1 de junio de 2012, respecto de una escritura de elevación a público de un contrato privado de compraventa otorgada, entre otros intervinientes, por la tutora de uno de los hijos herederos del vendedor fallecido, afirmó que la autorización judicial exigida por el artículo 271.2.º del Código Civil (cfr. actual art. 287.2.º rel. 224) está prevista para el supuesto en que el tutor pretenda enajenar bienes inmuebles que pertenezcan al incapacitado, pero no cuando la enajenación haya tenido lugar antes del fallecimiento del causante, en virtud de contrato privado por escrito y firmado por el mismo, conforme establece el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Ocurre en el caso del presente recurso que no puede aplicarse esta doctrina porque no concurre un presupuesto esencial como es el hecho de que el documento privado por el que se haya producido la enajenación del bien tenga fecha fehaciente anterior a la incapacitación de la vendedora (fehaciencia que en el caso analizado por la citada resolución se había producido por fallecimiento del vendedor, *ex* art. 1227 CC).

Resolución de 30-5-2022
BOE 23-6-2022
Registro de la Propiedad de Madrid, número 27.

BIENES PRIVATIVOS: ACREDITACIÓN DE LA PRIVATIVIDAD DEL DINERO INVERTIDO EN LA ADQUISICIÓN.

Se recuerda la doctrina sobre la dificultad de acreditar el carácter privativo del dinero invertido en la adquisición de un bien, en los términos del artículo 95 del RH.

Como cuestión previa, debe tenerse en cuenta que el hecho de que el objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no sea el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo del artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Para obtener la inscripción de un bien con carácter privativo, el artículo 95 del Reglamento Hipotecario exige —al margen del supuesto de confesión de privatividad por el consorte— que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o contraprestación mediante prueba documental pública suficiente, sin que la mera afirmación de la procedencia privativa del dinero empleado sea suficiente dado, sobre todo, el carácter fungible del dinero (cfr., por todas, las resoluciones de 25 de octubre de 2007, 12 de junio de 2013, 2 de marzo de 2016, 2 de febrero de 2017, 7 de noviembre de 2018, 26 de febrero de 2020 y 3 de junio de 2021). Y también ha puesto de relieve que la prueba de la privatividad de la contraprestación es especialmente difícil cuando consiste en dinero.

Debe concluirse, por tanto, que en este caso no puede inscribirse la privatividad de la adquisición del ahora recurrente sobre la base de la naturaleza privativa del precio invertido, pues este último extremo no ha quedado debidamente acreditado en los términos reglamentariamente requeridos en el título presentado.

Resolución de 30-5-2022
BOE 23-6-2022
Registro de la Propiedad de Meco.

OBRA NUEVA: SEGURO DECENAL EN CAMBIOS DE USO Y EN REFORMAS DEL EDIFICIO.

No se considera exigible el seguro decenal en los supuestos de cambio de uso de local a vivienda de un elemento privativo. Respecto de los supuestos de reforma del edificio, habrá que estar a lo que resulte del certificado del técnico respecto del alcance de la reforma.

En el presente caso confluyen dos actuaciones cuya inclusión en el ámbito de aplicación de los artículos 19 y 20 de la Ley de Ordenación de la Edificación debe ser objeto de análisis separado: el cambio de uso de la planta baja de local comercial a vivienda, y la reforma del edificio en su conjunto para habilitar siete viviendas con un incremento adicional de la superficie construida.

Verificada la inscripción en el Registro de la Propiedad con unos usos determinados cuyo reflejo consta en la forma establecida en el artículo 45 transcrito, cualquier modificación que de los mismos se lleve a cabo exige nuevamente la aplicación de la norma sobre inscripción en el Registro de obras nuevas (*vid.* art. 28.3 de la Ley de Suelo). En cuanto a las restantes exigencias que pueden derivarse del precepto (aparte de la licencia de primera ocupación, de la que tratan las resoluciones citadas), dependiendo de la normativa aplicable, tales como pudieran ser el seguro decenal, el libro del edificio o el certificado de eficiencia energética, no serán necesarias, con carácter general, ya que el cambio de uso no supone una alteración sustancial de los que ya se hubieran aportado para inscribir la obra nueva relativos al total del edificio (cfr. resolución de 30 de noviembre de 2016). En consecuencia, y específicamente en lo que a la obligatoriedad del seguro decenal respecta, debe entenderse que en los títulos que formalicen un mero cambio de uso de elementos aislados integrantes de un edificio no resulta aplicable a efectos registrales la exigencia del seguro.

Por otra parte, respecto de la segunda de las actuaciones realizadas, consistente en la reforma del edificio para la habilitación de las siete viviendas, con acceso desde un portal único, tres de ellas situadas en planta baja y cuatro en planta primera, habilitando así mismo la zona bajo cubierta, debe tenerse en cuenta que este Centro Directivo, en su Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003, concluyó en sentido favorable a la exigencia del seguro decenal cuando se trate de obras de ampliación o reforma de edificios que entren dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación definido por su artículo 2. Entre esos requisitos cobra especial relevancia la certificación del técnico competente. Entre sus competencias se encuentra determinar cuándo no son de aplicación las garantías establecidas en los artículos 19 y 20.1 y la disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, conforme al criterio establecido por la Resolución Circular de 3 de diciembre de 2003, de este Centro Directivo, debido a la inexistencia de alteración alguna en la configuración arquitectónica o estructural del edificio, circunstancias que solo son apreciables por un técnico con competencia suficiente. Como ha recordado esta Dirección General (cfr. resoluciones de 1 de marzo de 2003, 4 de diciembre de 2006, 11 de febrero 2009, 15 de mayo de 2015, 5 de junio de 2020 o, más recientemente, la de 11 de abril de 2022), quedan bajo exclusiva responsabilidad del técnico la veracidad y exactitud de las afirmaciones contenidas en el certificado por él expedido y lo mismo debe predicarse de las manifestaciones que efectúe en los documentos que otorgue junto con el titular de la finca.

Dadas las circunstancias concurrentes en el caso del presente recurso, debe concluirse en la necesidad de prestar el seguro decenal exigido por el artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación, toda vez que se formaliza una reforma (que no rehabilitación) de la totalidad del inmueble, incluida la zona bajo cubierta, con el fin de habilitar siete viviendas que, ulteriormente y en la misma escritura, pasan a ser configuradas como elementos privativos de la propiedad horizontal constituida en dicho título, todo ello al amparo de una nueva licencia de obra mayor y cambio de uso otorgada en el año 2016. De igual modo, resulta del expediente que, como consecuencia de la reforma llevada cabo sobre el edificio, la superficie construida se amplía, pasando de los 313 metros cuadrados que figuran en la inscripción registral practicada en el año 1987 a 422,34 metros cuadrados de superficie construida, según el certificado expedido por el arquitecto director de la obra y autor del proyecto. Y, finalmente, el cambio de uso documentado no se circunscribe a un elemento aislado del edificio (piénsese en un trastero,

plaza de garaje, o cualquier otra dependencia concreta), sino a la totalidad de una de las dos plantas en que está dividida la edificación.

Resolución de 31-5-2022
BOE 23-6-2022
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 6.

HERENCIA: ACEPTACIÓN DE HERENCIA POR MEDIO DE CURADOR REPRESENTATIVO CUANDO LA LEY SUCESORIA ES DISTINTA DE LA QUE REGULA LA ACTUACIÓN DEL CURADOR.

En un caso en que la ley sucesoria aplicable es la catalana y la que regula la medida de apoyo al discapacitado es la común, entiende la Dirección General que la aceptación se somete la norma catalana.

En primer lugar, hay que recordar que el registrador calificará a la vista de los documentos que existan en el Registro al tiempo de la presentación. Ahora, el notario recurrente aporta nueva documentación que no puede ser tenida en cuenta ya que no se presentó en el momento de despachar el documento (cfr. art. 326 LH). En consecuencia, la resolución del recurso se limitará al contenido de la escritura calificada.

La cuestión que se debate es, si dado que el ejercicio de la tutela —o curatela— se someten al Código Civil debe aplicarse también la norma de ese mismo Código que exige autorización judicial para aceptar la herencia sin beneficio de inventario, o, por el contrario, debe aplicarse la ley sucesoria catalana, según la cual las personas puestas en tutela o curaduría disfrutan de pleno derecho del beneficio de inventario.

En el presente caso debe dejarse a margen esta interpretación, pues aun cuando las medidas de apoyo al discapacitado se rijan por el Código Civil (como supletorio del Derecho vasco propio de la vecindad del sujeto a tutela), es indudable que la aceptación de la herencia pertenece al ámbito de la ley reguladora de la sucesión, que es la catalana; y según esta «las personas puestas en tutela o curaduría» disfrutan «*ope legis*» del beneficio de inventario, de suerte que, al quedar así protegido el patrimonio de la persona con discapacidad, es innecesaria la autorización judicial.

Resolución de 31-5-2022
BOE 23-6-2022
Registro de la Propiedad de Murcia, número 5.

DOCUEMENTOS JUDICIALES: SENTENCIAS DICTADAS EN REBELDÍA.

Se reitera la doctrina de la Dirección General sobre las sentencias en rebeldía y la necesidad de que se acredite el transcurso de los plazos previstos en la LEC para el ejercicio de la acción de rescisión del rebelde.

Como ha reiterado este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral 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 LH), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos

e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 LH).

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 los «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. No cabe pues la inscripción, ni siquiera haciendo constar la posibilidad de rescisión.

En la sentencia presentada a inscripción, nada consta sobre el transcurso de los plazos para el ejercicio de la acción de rescisión a que se refieren los artículos 501 y 502 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tan solo se acompaña diligencia de ordenación dictada por la letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Murcia el día 20 de octubre de 2021 por la que se hace constar que la sentencia de 14 de enero de 2021 no ha sido recurrida, declarándose su firmeza.

Resolución de 31-5-2022
BOE 23-6-2022
Registro de la Propiedad de Algeciras, número 3.

SEGREGACIÓN DE FINCAS: INSCRIPCIÓN POR ANTIGÜEDAD.

Se reitera la doctrina de la Dirección General sobre la posibilidad de inscribir segregaciones por un camino similar al de las obras nuevas por antigüedad conforme al artículo 28.4 de la LS.

Este Centro Directivo interpretando dicha corriente jurisprudencial (*vid.* resoluciones de 27 de enero y 23 de julio de 2012) ha venido señalando el problema de derecho intertemporal planteado por la presentación en el Registro en la actualidad, de una división o segregación realizada durante la vigencia de la regulación anterior, como sucede en el supuesto de hecho de este recurso, entendiendo que debe resolverse en el sentido de que la segregación es un acto jurídico cuya inscripción queda sujeta a los requisitos impuestos por las normas de carácter registral vigentes en el momento de presentar la escritura o la sentencia en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior —cfr. disposición transitoria cuarta del Código Civil—.

Esta Dirección General en su resolución de fecha 17 de octubre de 2014 reconoció la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no solo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, aplicable también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento. La propia jurisprudencia ha reconocido el hecho de que las divisiones o segregaciones sigan el régimen general que es el de cualquier obra o actuación ilegal frente a la que no puedan adoptarse medidas de restauración de la legalidad urbanística, a saber, una situación que presenta similitudes a la de «fuera de ordenación». para inscribir escrituras públicas de división o segregación de fincas es preciso acreditar a los efectos del artículo 26 de la Ley de Suelo estatal —norma registral temporalmente aplicable— la oportuna licencia o declaración de innecesaridad o, para el supuesto de parcelaciones de antigüedad acreditada fehacientemente, podrá estimarse suficiente, como título administrativo habilitante de la inscripción,

la declaración administrativa del transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad o su situación de fuera de ordenación o similar, conforme a la respectiva normativa de aplicación, procediendo entonces la aplicación analógica del artículo 28.4 de la Ley de Suelo.

Resolución de 31-5-2022
BOE 23-6-2022
Registro de la Propiedad de San Vicente de la Barquera-Potes.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA INVASIÓN DE OTRA BASE GRÁFICA INSCRITA.

Se recuerda que cuando concurran dudas sobre posible invasión de parcelas colindantes debe procederse a la tramitación del procedimiento y, a la vista de lo actuado, proceder a resolver lo procedente.

Para resolver el presente recurso, hay que partir de la naturaleza autónoma y distinta de dos instituciones que tienen por objeto el territorio, como realidad física, pero al que contemplan de modo distinto, el Catastro, como institución administrativa, que atiende a su realidad física, como reveladora de una capacidad económica y el Registro de la Propiedad, como institución jurídica, que atiende a la misma realidad física, pero que pone el punto de vista en la persona de un propietario, o titular registral, que tiene un título hábil para adquirir la propiedad.

Por ello, las alteraciones catastrales producidas como consecuencia de la resolución de los procedimientos de subsanación de discrepancias del artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, no pueden tener ninguna repercusión registral si no se incorporan esas alteraciones al asiento, por alguno de los medios previstos en el título VI de la legislación hipotecaria.

En el presente caso se da un solapamiento de georreferenciaciones, una inscrita y otra no, que hace entrar en juego el artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, por el cual los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y requieren para su rectificación el consentimiento del titular registral o resolución recaída en procedimiento en el que el mismo haya sido parte. Además, respecto a las fincas con georreferenciación inscrita, se presume que existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo (art. 38 LH) que se extiende a la georreferenciación inscrita de la finca, conforme al artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria, con lo cual se invierte la carga de la prueba en un juicio y quien alega la inexactitud ha de probarla ante un juez, sin ser suficiente para lograr la rectificación registral un procedimiento catastral de subsanación de discrepancias, que solo se produce a efectos catastrales.

Como declararon las resoluciones de este Centro Directivo de 8 de octubre y 23 de diciembre de 2020, si el registrador, a la vista de la solicitud de iniciación del expediente, tiene dudas sobre, por ejemplo, la invasión del dominio público, o la eventual invasión de parcelas colindantes o el encubrimiento de negocios jurídicos, no puede sin más rechazar la iniciación del expediente, sino que lo que debe hacer es tramitarlo, y, una vez concluido, calificar a la vista de lo actuado. Ahora bien, si el promotor del expediente alega que la georreferenciación de la otra finca se solapa con la suya, debe el registrador tramitar el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, practicando las notificaciones correspondien-

tes a los colindantes, que permita a estos realizar las alegaciones que estimen pertinentes, que el registrador habrá de valorar, a los efectos de efectuar una calificación positiva o negativa.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 8-4-2022.
BOE 4-5-2022
Registro Mercantil de Madrid, número XII.

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: PODER DE REPRESENTACIÓN.

SE REVOCA

En el informe del registrador no cabe aducir nuevos fundamentos o razones en defensa de la nota de calificación pues, por el mismo trámite del recurso frente a la calificación, el interesado desconocerá las razones añadidas por el registrador (resolución de la Dirección General de 20 de febrero de 2020).

La Dirección General indica que el consejo de administración puede apoderar, condicionando el ejercicio de facultades conferidas a que esté vacante el cargo de director general o el de administrador provisional porque cuando estamos, como en el presente caso, ante un poder en sentido propio, con unas facultades representativas concebidas en términos generales —que no unas facultades generales— no concurre una vulneración indirecta de las reglas sobre el nombramiento de un administrador provisional que cubriera la posible ausencia del director general, pues las facultades de aquel son mucho más limitadas, y en todo caso las ostenta como apoderado, no como órgano. Al atribuir a la representación el calificativo «legal» no supone en este caso confundir la representación legal con la voluntaria.

Resolución de 8-4-2022.
BOE 4-5-2022
Registro Mercantil de Tarragona, número I.

ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN: ÓRGANO COMPETENTE PARA REVOCAR UN PODER. PRINCIPIO REGISTRAL DE ROGACIÓN. CANCELACIÓN DE OFICIO DE UN PODER.

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma que la competencia para revocar un poder corresponde al órgano de administración. El registrador carece de autoridad para

cancelar de oficio la inscripción del poder, por lo que la solicitud que se hace en la instancia privada comportaría una vulneración del principio de rogación.

Resolución de 11-4-2022.
BOE 5-5-2022
Registro Mercantil de Burgos.

SOCIEDADES PROFESIONALES: DISOLUCIÓN POR NO ADAPTACIÓN A LA LEY 2/2007. DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER PROFESIONAL EN LAS SOCIEDADES CONSTITUIDAS ANTES DE LA LEY 2/2007.

SE CONFIRMA

Los recursos ante la Dirección General deben recaer sobre el contenido de la nota de calificación del registrador y si esta es ajustada a derecho.

Estamos ante una sociedad que se constituyó antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2007, la Dirección General confirma que para poder determinar el carácter profesional en este tipo de sociedades habrá que llevar a cabo la interpretación no solo de la cláusula estatutaria correspondiente al objeto social sino de todo el contrato social y el análisis del ejercicio de dicho objeto. Consecuencia de lo anterior, dados los limitados medios que dentro del procedimiento registral se cuenta para poder determinar la exigencia de la adaptación de una sociedad a la Ley 2/2007 ya que se requiere un análisis fáctico de la forma de ejercicio de la actividad social, ajeno a lo que pueda resultar de la escritura pública y de los asientos registrales, y debido a las graves consecuencias que conlleva la cancelación registral, a falta de documento o asiento registral en el que conste objetiva y fehacientemente el carácter profesional de la sociedad de que se trate, no podrá el registrador practicar el asiento de cancelación de la hoja registral de la sociedad, sin que el titular afectado preste su consentimiento o, al menos, sea parte en el procedimiento que determina el asiento de cancelación (*vide* arts. 22.4 y 24 Constitución).

Resolución de 12-4-2022.
BOE 5-5-2022
Registro Mercantil de Vizcaya, número II.

SUSPENSIÓN REGISTRAL POR ACUERDOS CONTRADICTORIOS ADOPTADOS EN JUNTAS GENERALES DIFERENTES.

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma que en supuestos donde hay acuerdos contradictorios adoptados en Juntas Generales diferentes, en la que existe un conflicto sobre quién ostenta la cualidad de socio como en este caso, le corresponde a los tribunales dilucidar la titularidad real de las participaciones y la validez de una u otra junta.

Resolución de 8- 4-2022.
BOE 13-5-2022
Registro Mercantil de Tarragona, número I.

ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN: ÓRGANO COMPETENTE PARA REVOCAR UN PODER. PRINCIPIO REGISTRAL DE ROGACIÓN. CANCELACIÓN DE OFICIO DE UN PODER.

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma que la competencia para revocar un poder corresponde al órgano de administración. El registrador carece de autoridad para cancelar de oficio la inscripción del poder, por lo que la solicitud que se hace en la instancia privada comportaría una vulneración del principio de rogación.

Resolución de 3-5-2022.
BOE 27-5-2022
Registro Mercantil de Madrid, número II.

SOCIEDADES PROFESIONALES: PÉRDIDA DE CONDICIÓN DE SOCIO POR EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN (ART. 13.1 DE LA LEY 2/2007).

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma que a tenor del artículo 13.1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, que regula las sociedades profesionales, desde el momento en que se notifica a la sociedad el derecho de separación se pierde la condición de socio. Por tanto, no pueden constituir una junta universal quienes, con anterioridad, merced a la comunicación a la sociedad del ejercicio del derecho de separación han perdido su condición de socios de la compañía.

Resolución de 4-5-2022.
BOE 27-5-2022
Registro Mercantil de Madrid, número XXIII.

VERIFICACIÓN DE AUTENTICIDAD EN DOCUMENTOS FIRMADOS ELECTRÓNICAMENTE EXPEDIDOS POR PERSONA JURÍDICA.

SE REVOCA

La Dirección General en resolución de 26 de abril de 2021 puso de relieve que no se puede exigir para los documentos electrónicos un requisito de verificación de autenticidad que no se exige para los documentos en soporte papel. Consecuencia de ello, y ante el caso que nos ocupa no podemos exigir la identificación de una persona física como autor de la certificación bancaria firmada electrónicamente cuando no se exige en las certificaciones expedidas en formato papel. Además, y según la normativa europea, en lo que se refiere a personas jurídicas, no puede hablarse de firma electrónica sino de sello electrónico.

Resolución de 5-5-2022.
BOE 27-5-2022
Registro Mercantil de Asturias, número I.

DIFERENCIA ENTRE «PODER DE REPRESENTACIÓN» Y «ACTOS DE GESTIÓN» DE LOS ADMINISTRADORES.

SE CONFIRMA

La Dirección General diferencia en esta resolución entre el poder de representación de los administradores y los actos de gestión del órgano de administración, indicando que el "poder de representación" afecta únicamente al ámbito externo del ejercicio de las facultades representativas, pero no interfiere en las competencias de gestión, entre las que se encuentra nombrar auditor voluntario de las cuentas de la compañía, como el caso que nos ocupa. Los actos de gestión les corresponden conjuntamente a ambos administradores mancomunados, sin que tales atribuciones puedan verse alteradas por la existencia de un apoderamiento a favor de uno de los administradores para la realización de operaciones propias del tráfico mercantil de la compañía.

Resolución de 9-5-2022.
BOE 1-6-2022
Registro Mercantil de Valencia, número VI.

PROVISIÓN DE FONDOS PARA PUBLICACIÓN EN EL BORME. LEGITIMACIÓN DE FIRMA DEL ADMINISTRADOR DE LA DESIGNACIÓN DE AUDITOR.

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma que el recurso es la vía para determinar si la calificación negativa del registrador es o no ajustada a derecho, en ningún caso es el método para subsanar defectos. Por otro lado, a tenor del artículo 426 RRM es necesario provisionar fondos para aquellos trámites del Registro que impliquen publicación en el BORME, como es el caso de designación de auditor. Y finalmente, es necesaria que la certificación de dicha designación se presente al Registro con la firma del administrador debidamente legitimada. (art. 142.1 RRM).

Resolución de 13-5-2022.
BOE 1-6-2022
Registro Mercantil de Cádiz, número II.

SOCIO ÚNICO CONCURSADO CON FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN SUSPENDIDAS: DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD.

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma —igual que en resolución de 5 de julio de 2021— que, en cuanto produce una alteración de la masa activa del concurso, el acuerdo de disolución de una sociedad con apertura del período de liquidación

adoptado por el socio único concursado con las facultades de administración y disposición suspendidas debe ser adoptado por la administración concursal (*vide* arts. 107.1 y 109.4 TRLC).

Resolución de 23-5-2022.
BOE 14-6-2022
Registro Mercantil de Sevilla, número III.

ACUERDOS SOCIALES: DISCREPANCIA ENTRE EL ACTA DEL PRESIDENTE Y EL CERTIFICADO DEL ADMINISTRADOR. DILIGENCIA DE SUBSANACIÓN NOTARIAL.

SE CONFIRMA

Cuando hay discordancias entre el acta notarial de la junta general donde se da fe de que el presidente indica que asiste el total del capital social y el porcentaje por el que se adoptan los acuerdos, y la diligencia emitida de forma unilateral por el notario modificando el capital social asistente y el porcentaje por el que se aprueban los acuerdos que se pretenden inscribir, y lo declarado y certificado por el administrador, la Dirección General confirma que es inviable la inscripción en los términos solicitados por no coincidir las mayorías por las que han sido adoptados los acuerdos.

El notario se ha extralimitado al redactar una diligencia de subsanación unilateral, modificando la asistencia y votación proclamada por el presidente de la junta, ya que la citada diligencia no corrige un error material, omisión o defecto de forma que se hayan padecido en los instrumentos públicos como consecuencia de apreciación de hechos o actuación propia del notario —art. 153 del Reglamento Notarial y resoluciones de la Dirección General de 7 de enero y 26 de noviembre de 2020—. (*vide* arts. 102,1, 2.ª y 3 RRM)

En caso de participaciones en proindiviso, estas pertenecen a los herederos en la proporción correspondiente y, reconocidos entre sí como socios y admitidos como tales por los demás, su porcentaje de capital debe ser tenido en cuenta para determinar el quorum de asistencia.

Resolución de 30-5-2022.
BOE 24-6-2022
Registro Mercantil de Alicante, número II.

BAJA PROVISIONAL EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES.

SE CONFIRMA

La Dirección General confirma y reitera doctrina (resolución de la Dirección General de 16 de febrero de 2022, 22 de diciembre de 2021, entre otras muchas) que vigente la nota marginal de cierre por baja provisional en el Índice de Entidades, no podrá practicarse ningún asiento excepto la certificación de alta en dicho índice, por lo que no cabe inscribir la dimisión del administrador.

No hay que confundir el cierre por falta de depósito de cuentas que admite la excepción de poder inscribir el cese o la dimisión de administradores, con el cierre por baja provisional en el índice de Entidades, como hace el recurrente.

Resolución de 6-6-2022.
BOE 29-6-2022
Registro Mercantil de Granada, número II

CONTROL FINANCIERO A LAS SOCIEDADES DE CAPITAL DE LAS ENTIDADES LOCALES: INFORME O CERTIFICACIÓN DEL AUDITOR POR AUMENTO DE CAPITAL. NUMERACIÓN DE LAS ACCIONES ATRIBUIDAS POR APORTACIÓN DINERARIA Y POR APORTACIÓN NO DINERARIA. TÍTULOS MÚLTIPLES.

SE CONFIRMA PARCIALMENTE

Las sociedades de capital que pertenezcan a las entidades locales están sujetas a control financiero, pudiendo ser llevado a cabo por auditor externo a la entidad local independientemente que la sociedad este obligada o no obligada, pero que esté incluida en el plan anual de auditorías. La Dirección General entiende que cuando una administración local encarga una auditoría de cuentas anuales de sociedades de capital por ella participadas y obligadas por estar incluidas en el plan de auditoría, la contratación del auditor o de la firma de auditoría se rige por las normas de contratación de dichas entidades y no por las normas generales mercantiles sobre auditorias obligatorias de los artículos 263 y sigs. LSC (Criterio del ICAC en la resolución a la consulta de 30 de septiembre de 2017). Procede, por lo tanto, admitir el informe o certificación del auditor designado con relación al aumento de capital por compensación de créditos.

En las ampliaciones de capital debe indicarse para cada socio la numeración de las acciones atribuidas por la aportación dineraria y la numeración de las atribuidas por la compensación de créditos u otra aportación no dineraria. (resoluciones de la Dirección General 20 de abril de 2012 y 13 de junio de 2016). Dicha obligación en el caso de identificar las acciones desembolsadas mediante aportación no dineraria puede cumplirse estableciendo la proporción de cada tipo.

Finalmente, la Dirección General confirma que las sociedades podrán emitir títulos múltiples solo cuando hayan previsto su emisión.

Resolución de 6-6-2022.
BOE 29-6-2022
Registro Mercantil de Barcelona, número II.

JUNTAS GENERALES: ASISTENCIA TELEMÁTICA.

SE REVOCA

El artículo 182 LSC regula la asistencia telemática a las juntas generales convocadas para la celebración con asistencia presencial de los socios en un lugar determinado, permitiendo la posibilidad de asistencia a la junta por medios telemáticos que garanticen debidamente la identidad del sujeto (resolución de la Dirección General de 19 de diciembre de 2012) facilitando para ello una conexión remota, elementos que concurren en este expediente donde además de concurrir dichos requisitos se utilizan unos medios tecnológicos controlados por la empresa. El ofrecimiento al socio de distintos locales donde asistir a la junta no supone que esta se celebre en distintos lugares, sino que el lugar de celebración es único,

aquel que se ha designado en la convocatoria, que, además, ha de entenderse que es el lugar principal que señala la cláusula estatutaria.

Resolución de 7-6-2022.
BOE 29-6-2022
Registro Mercantil de Madrid, número III.

FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS: CONSECUENCIAS PARA LA SOCIEDAD.

SE CONFIRMA

Resolución que reitera la doctrina relativa a que el incumplimiento por el órgano de administración de la obligación de depositar en el Registro Mercantil, dentro del plazo establecido, las cuentas anuales da lugar al cierre del folio registral, salvo las excepciones que taxativamente indica la ley, no estando entre las mismas el nombramiento voluntario de auditor llevado a cabo por el órgano de administración.

Por lo demás, recuerda la de la Dirección General que el expediente de recurso no puede tener por objeto la validez o nulidad de un título ya inscrito ni la procedencia o improcedencia del asiento ya practicado. Ni tampoco se pueden tener en cuenta en el expediente del recurso documentos no calificados por el registrador en su momento.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Responsabilidad parental y violencia de género. Examen tras de un año de vigencia de la Ley 8/2021, de 4 de junio

Parental responsibility and gender violence. Examination after one year of effectiveness of Law 8/2021, of June 4

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE*
Profesora Titular de Derecho civil. UCM

RESUMEN: Tras un año en vigor de la Ley de Protección a la infancia y adolescencia frente a la violencia se hace necesario realizar una reflexión de su efectividad poniendo de relieve que muchas de las medidas que se contienen en la Ley aún no se han puesto en marcha, y las referidas a nuestro estudio no terminan de ser aplicadas en la práctica. El estudio se centra en las modificaciones relativas a la patria potestad, pero con carácter genérico se reitera la importancia de que los menores sean oídos y en condiciones idóneas con todas las garantías. La innovación contenida en el artículo 154 del Código Civil se basa en cómo la facultad de decidir la residencia de los menores forma parte del contenido de la patria potestad. Introduce una modificación cuyo origen real se encuentra en reiterada doctrina jurisprudencial relativa a la suspensión cautelar de la patria potestad, de la guardia y custodia, y del régimen de visitas con la finalidad de apartar al menor de un peligro, referido a evitar la sustracción de menores por algún progenitor o por terceras personas. Otra de las modificaciones legales,

* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0002-2814-6701

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación soy directora.

también con base y origen en la jurisprudencia del Supremo, posibilita al juez, con apoyo en el artículo 158 del Código Civil, a imponer la suspensión cautelar de la patria potestad que está prevista en tanto dure el procedimiento, siendo necesario acudir al artículo 170 del Código Civil si se desea que la suspensión perdure en el tiempo. Falta un largo trecho por recorrer, no solamente por la necesaria formación judicial especializada, la creación de juzgados dedicados a la violencia, sino sobre todo del ejercicio efectivo implantado por la Ley como la aplicación práctica de la suspensión cautelar de la patria potestad.

ABSTRACT: After a year in force of the Law for the Protection of Children and Adolescents against Violence, it is necessary to reflect on its effectiveness, highlighting that many of the measures contained in the Law have not yet been implemented, and those referred to in our study have not been applied in practice. The study focuses on changes related to parental authority, but generically reiterates the importance of minors being heard and in suitable conditions with all guarantees. The innovation contained in article 154 CC is based on how the power to decide the residence of minors is part of the content of parental authority. Introduces a modification whose real origin is found in reiterated jurisprudential doctrine regarding the precautionary suspension of parental authority, guard and custody, and the visitation regime in order to remove the minor from danger, referring to avoiding the abduction of minors by a parent or by third parties. Another of the legal modifications, also based on and originating in the jurisprudence of the Supreme Court, enables the judge, with the support of article 158 CC, to impose the precautionary suspension of parental authority that is provided for as long as the procedure lasts, being necessary to go to article 170 of the CC if you want the suspension to last over time. There is still a long way to go, not only due to the necessary specialized judicial training, the creation of courts dedicated to violence, but above all the effective exercise implemented by the Law as the practical application of the precautionary suspension of parental authority.

PALABRAS CLAVE: Violencia. Violencia de género. Patria potestad. Menores. Niños. Niñas. Adolescentes.

KEY WORDS: Violence. Gender violence. Parental authority. Minors. Boys. Girls. Adolescents.

SUMARIO: I. LA LEY 8/2021, DE 4 DE JUNIO Y LAS MODIFICACIONES DEL CÓDIGO CIVIL INTRODUCIDAS EN LA PATRIA POTESTAD EN SU RELACIÓN CON LA VIOLENCIA CONTRA LOS MENORES.—II. CONCEPTO DE VIOLENCIA Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL.—III. EL ÁMBITO FAMILIAR Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO. LA NUEVA DIMENSIÓN DEL CONCEPTO. —IV. LA IMPORTANCIA DE QUE LOS MENORES DE EDAD SEAN OÍDOS. —V. LA FACULTAD DE DECIDIR EL LUGAR DE RESIDENCIA DE LOS MENORES DE EDAD Y EL CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 154 DEL CÓDIGO CIVIL.—VI. EL NUEVO ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL: LA FACULTAD DEL JUEZ DE SUSPENDER CAUTELARMENTE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.—VII. CUESTIONES PENDIENTES Y PROPUESTAS DE FUTURO.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. ÍNDICE DE SEN-

TENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—X. LEGISLACIÓN CITADA.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA LEY 8/2021, DE 4 DE JUNIO Y LAS MODIFICACIONES DEL CÓDIGO CIVIL INTRODUCIDAS EN LA PATRIA POTESTAD EN SU RELACIÓN CON LA VIOLENCIA CONTRA LOS MENORES

El pasado 25 de junio se cumplió un año de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia[1], que introdujo los compromisos internacionales asumidos por España en la protección integral de las personas menores de edad y al mismo tiempo dotar a la infancia y adolescencia de un estatuto jurídico integral y efectivo capaz de protegerlas frente a cualquier violencia[2]. Ley que, como señalan los datos, ha supuesto un punto de inflexión en distintos ámbitos, tanto de índole sustantiva como procesal.

Ley Orgánica basada en la Estrategia Nacional para la erradicación de la violencia sobre la infancia y la adolescencia (art. 21) es de carácter plurianual y conlleva distintos niveles de actuación: sensibilización (art. 22), prevención (art. 23) (art. 24) y detección precoz.

Niveles de actuaciones que se aplican en todos los ámbitos relacionados con la infancia y la adolescencia: ámbito familiar (arts. 26 a 29), ámbito educativo (arts. 30 a 35), ámbito de la educación superior (art. 36), ámbito sanitario (arts. 38 a 40), ámbito de los Servicios sociales (arts. 41 a 44), ámbito de las nuevas tecnologías (arts. 45 a 46), ámbito del deporte y del ocio (arts. 47 a 48), ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (arts. 49 y 50), ámbito de la Administración General del Estado en el Exterior (art. 51), ámbito de la protección de datos (art. 52) y ámbito de los centros de protección de menores de edad[3].

Introduce, además, como novedades más necesarias la *formación especializada*, inicial y continua en materia de derechos fundamentales de la infancia y la adolescencia a los profesionales que tengan un contacto habitual con las personas menores de edad.

Sus novedades fueron muchas, como la definición de los términos violencia[4], buen trato[5] y parentalidad positiva[6], el impulso para la colaboración y cooperación público-privada; la declaración de nuevos derechos de los menores víctimas (a que su orientación sexual e identidad de género sea respetada en todos los entornos de vida, a la información y asesoramiento sobre las medidas de la ley y sobre los mecanismos de información o denuncia existentes, a ser escuchadas con todas las garantías y sin límite de edad en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole para la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas, a la atención integral y a la asistencia jurídica gratuita)[7].

También, fueron muy importantes, la apuesta por la prevención y la detección precoz de la violencia (incluso la que ocurre en Internet) a través de la educación, sensibilización y promoción de contenidos orientados a ello, permitiendo el abordaje del problema previo a la judicialización del mismo. El fortalecimiento de los sistemas de alarma: se crea una línea de ayuda, la figura del coordinador o coordinadora de bienestar y protección y unidades especializadas en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Se dota a los servicios sociales de la condición de autoridad y se exige el nombramiento de un delegado o delegada de protección en el ámbito deportivo. Se regula la toma de declaración a los menores como prueba preconstituida a fin de minimizar la

revictimización. Se crea el «Registro Central de información sobre la violencia contra la infancia y la adolescencia», al que deben remitir información las administraciones públicas, el CGPJ y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para ampliar el conocimiento sobre la violencia que se ejerce contra estos menores, su magnitud y su tipología. Muchas de las cuales, a un año vista no se han puesto en marcha.

La Ley en su propia exposición de motivos reconoció como «el Comité de Derechos del Niño, *con ocasión del examen de la situación de los derechos de la infancia en España en 2018, reiteró a nuestro país la necesidad de la aprobación de una ley integral sobre la violencia contra los niños y niñas, que debía resultar análoga en su alcance normativo a la aprobada en el marco de la violencia de género*».

La Observación General número 13, puso de manifiesto las graves repercusiones de la violencia y los malos tratos sufridos por los niños, niñas y adolescentes, sobradamente conocidas. Esos actos pueden causar lesiones que pueden provocar discapacidad; problemas de salud física, como el retraso en el desarrollo físico y la aparición posterior de enfermedades; dificultades de aprendizaje incluidos problemas de rendimiento en la escuela y en el trabajo; consecuencias psicológicas y emocionales como trastornos afectivos, trauma, ansiedad, inseguridad y destrucción de la autoestima; problemas de salud mental como ansiedad y trastornos depresivos o intentos de suicidio, y comportamientos perjudiciales para la salud como el abuso de sustancias adictivas o la iniciación precoz en la actividad sexual[8].

La ley atiende al derecho de los menores a no ser objeto de ninguna forma de violencia, y, va un paso más allá, con su carácter integral en las materias que asocia a su marco de efectividad, ya sea sustantiva como en su voluntad didáctica, divulgativa y cohesionadora.

Además, tiene en cuenta a «los niños, niñas y adolescentes con discapacidad (que) son sujetos especialmente sensibles y vulnerables a esta tipología de violencia, expuestos de forma agravada a sus efectos y con mayores dificultades para el acceso, en igualdad de oportunidades, al ejercicio de sus derechos».

Realmente, en la exposición de la Ley se menciona expresamente que «el Comité lamenta la falta de progresos en la aprobación de una ley general sobre la violencia contra los niños», recomendando que se adoptasen las siguientes medidas:

- Aprobación de leyes para garantizar la protección integral de los niños contra la violencia.
- Evaluación de los factores de riesgo y características de la violencia contra los niños con el objetivo de construir una estrategia nacional para paliar este problema.
- Creación de un marco de coordinación entre administraciones e instituciones para responder adecuadamente a situaciones de violencia contra los niños.
- Aumento de los programas educativos para darle a los niños las herramientas necesarias para luchar contra la violencia que les afecta y reconocer sus derechos.
- Fomento de la asignación de recursos técnicos, financieros y humanos para combatir estas formas de violencia.
- Impulso de acciones comunitarias para prevenir y luchar contra la violencia doméstica, malos tratos y descuido de los niños.

No deja de ser interesante, como veremos a lo largo de las siguientes páginas la modificación de normas del Código Civil, introducidas a través de la disposición final segunda.

El primero de los preceptos modificados es el artículo 92 del Código Civil que introduce la necesidad de asegurar que existan las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes de guarda y custodia para reforzar el interés superior del menor en los procesos de separación, nulidad y divorcio[9]. También se modificó el artículo 154 del Código Civil, a fin de establecer con claridad que la *facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos e hijas menores de edad* forma parte del contenido de la potestad que, por regla general, corresponde a ambos progenitores. Ello implica que, salvo suspensión, privación de la potestad o atribución exclusiva de dicha facultad a uno de los progenitores, se requiere el *consentimiento de ambos* o, en su defecto, *autorización judicial* para el traslado de la persona menor de edad, con independencia de la medida que se haya adoptado en relación a su guarda o custodia, como así se ha fijado ya explícitamente por algunas comunidades autónomas. No olvidemos que el artículo 154 del Código Civil configura la patria potestad como responsabilidad parental, de acuerdo con la moderna concepción de las relaciones paterno-filiales como una función que debe ejercerse en interés de los hijos.

Así, se aclaran las posibles dudas interpretativas con los conceptos autónomos de la normativa internacional, concretamente, el Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, en sus artículos 2, 9 y 3.

En la normativa internacional *la custodia y la guarda comprenden el derecho de decidir sobre el lugar de residencia de la persona menor de edad, siendo un concepto autónomo que no coincide ni debe confundirse con el contenido de lo que se entiende por guarda y custodia en nuestras leyes internas.* Ese cambio completa la vigente redacción del artículo 158 del Código Civil, que contempla como medidas de protección «Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, el sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor»[10].

Se modifica, por consiguiente, el artículo 158 del Código Civil, con el fin de que el juez pueda acordar la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas, con la garantía de la audiencia de la persona menor de edad.

También se modificó el artículo 172.5 del Código Civil, que regula los supuestos de *cesación de la tutela y de la guarda provisional de las entidades públicas de protección*, ampliando de 6 a 12 meses el plazo desde que el menor abandonó voluntariamente el centro.

A continuación, vamos a ir examinando las novedades introducidas y realizar un examen de lo que han supuesto las modificaciones tras un año de vigencia de la ley.

II. CONCEPTO DE VIOLENCIA Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL

El artículo primero determina la finalidad de la Ley que es la de proteger los derechos fundamentales de los menores frente a cualquier forma de violencia que pueda dañar su integridad física o psicológica, previendo medidas de protección integral[11].

El *concepto de violencia* es clave en este cuerpo normativo, que en su artículo segundo, se concreta en:

«a los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital».

En su apartado segundo esta definición se afirma que:

«en cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar».

Definición extensa y completa que garantiza que la protección a los menores sea cubierta en todos los ámbitos.

La *violencia de género* fue definida por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, teniendo en cuenta la violencia ejercida contra los menores por padres, familiares o allegados. Se produce cuando los menores que conviven en un entorno de violencia presentan conductas agresivas y antisociales, demuestran un menor rendimiento académico, ansiedad, depresión y síntomas traumáticos. Además, interiorizan estos roles y hacen que perduren, lo que también les convierte en damnificados. Son, en definitiva, víctimas porque son instrumentos a través de los cuales seguir ejerciendo violencia sobre la mujer.

Posteriormente, la *LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, en su exposición de motivos, concretó el impacto de la violencia sobre los menores señalando que «La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma».

Fue a partir de 2015, como veremos más adelante, cuando realmente se produjo una *trasformación jurisprudencial*. Así en la STS de 26 de noviembre de 2015[12], donde se concreta que «El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas

como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo»; «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten…» y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara». Igualmente, el artículo 2 de la mencionada LO 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno «libre de violencia» y que «en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

También la STS de 4 de febrero de 2016[13], aludía de manera directa a esta nueva ley, negando la posibilidad del establecimiento de una custodia compartida en un supuesto en el que había habido una condena por violencia de género, señalando que «es doctrina de esta Sala que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales 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».

Legislación y jurisprudencia que supuso la modificación del artículo 92.7 del Código Civil según el cual, no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica[14].

Las leyes de 2015 originan un cambio interpretativo, poniendo el foco en la violencia ejercida sobre los menores, y, sobre todo en la primacía del interés superior del menor, por encima incluso del de los progenitores. No obstante, era necesario una ley posterior, específica, donde se concretase la violencia de género y resolviese problemas prácticos, y de ahí el nacimiento de la Ley 8/2021, de 4 de junio.

III. EL ÁMBITO FAMILIAR Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO. LA NUEVA DIMENSIÓN DEL CONCEPTO

La familia, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desarrollo de los menores, debe ser objetivo prioritario de todas las administraciones públicas, como primer escalón en la *prevención de la violencia sobre la infancia* desde el momento de la gestación. La importancia de la familia en el desarrollo de los menores se ha puesto de manifiesto en toda la legislación existente en relación con estos (por ejemplo, en la Ley Orgánica de protección jurídica del menor, en la Ley orgánica y ley ordinaria de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia de 2015). La familia es determinante en el desarrollo de los menores, al ser el primer núcleo de relación del ser humano, con independencia de su estructura o su forma (téngase en cuenta la multiplicidad de formas familiares existentes).

Destaca en la ley la referencia al *ejercicio positivo de la responsabilidad parental*, como un concepto integrador que permite reflexionar sobre el papel de la familia en la sociedad actual y al mismo tiempo desarrollar orientaciones y recomendaciones prácticas sobre cómo articular sus apoyos desde el ámbito de las políticas públicas de familia.

La familia es definida por el Consejo de Europa, en sus recomendaciones, como: «el conjunto de conductas parentales que procuran el bienestar de los niños y su desarrollo integral desde una perspectiva de cuidado, afecto, protección, enriquecimiento y seguridad personal, de no violencia, que proporciona reconocimiento personal y pautas educativas e incluye el establecimiento de límites para promover su completo desarrollo, el sentimiento de control de su propia vida y puedan alcanzar los mejores logros tanto en el ámbito familiar como académico, con los amigos y en el entorno social y comunitario»[15].

La Ley de 2021, no solo en su título sino en su exposición de motivos y en su articulado, se refiere a la violencia de género en su dimensión de *impacto* en los menores con efectos independientes de la violencia hacia la mujer predominante hasta este momento. Se visualiza a los menores por primera vez, y, con independencia, al señalar los efectos que la violencia produce en ellos.

Y, como viene siendo habitual, también se refiere a la necesidad de dotar económicamente a las administraciones para que ejecuten y erradiquen la violencia. Lo cual es muy genérico y como ya hemos señalado en otras ocasiones siempre queda en el olvido, afectando a la efectividad práctica de la Ley[16].

Previamente, la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género por primera vez recogió conceptualmente la violencia ejercida contra los menores (familiares o allegados) con el objetivo de causar un perjuicio a las mujeres, al introducirse un apartado, el 4.º del artículo 1 de la LO, que determina que: «*La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero*».

Uno de los mecanismos del agente violento es instrumentalizar al menor para ejercer violencia contra la mujer de diferentes formas. Cabe preguntarse si la reforma ha sido efectiva, o, si ha tenido en cuenta todas las posibles formas de violencia que pueden ejercerse contra los menores.

IV. LA IMPORTANCIA DE QUE LOS MENORES DE EDAD SEAN OÍDOS

Ya en el ámbito práctico del Derecho de Familia hay que destacar principalmente en torno a la modificación del contenido de la exploración judicial de los menores, como *el legislador español se resiste a abandonar la referencia a los doce años, pero, al menos, ahora se recoge expresamente sin requisito alguno, que puedan ser escuchados quienes tengan menos de esa edad*. También se dice expresamente que ha de realizarse en *condiciones idóneas*[17].

Así pues, se reitera en el artículo 11 de la LO la garantía de que las niñas, niños y adolescentes sean oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad, en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole relacionados con la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas.

El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio es uno de los valores fundamentales de la Convención de Derechos del Niño. Reafirmada en la Observación General número 12 (2009)[18]. Además de ser un derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y en el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, aplicable a partir del día 1 de agosto de 2022, que en sus artículos,

21 y 26, refuerzan el derecho del niño a ser oído y prestar la debida importancia a las opiniones del menor de acuerdo con su edad y madurez. También se reconoce en nuestra legislación nacional[19].

La necesaria *formación especializada* de todos los agentes implicados en la exploración judicial de los menores, debe hacerse conforme a la Observación General número 12 atendiendo a la preparación, la audiencia, la evaluación de la capacidad del niño, e información sobre la consideración otorgada a sus opiniones. Es importante, por consiguiente, que junto con la escucha se les den las explicaciones necesarias en todos los aspectos de las medidas que se están tomando para y por ellos, tanto en un proceso judicial, como en prevención, como en sanidad[20].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha configurado, previa interpretación del derecho por el Tribunal Constitucional[21], este derecho teniendo en cuenta que[22]:

- En la audiencia del menor debe prevalecer el *interés superior del menor*, para su debida y mejor protección.
- Los tribunales están obligados a oír siempre al menor, atendiendo siempre a la edad, madurez e interés de aquel.
- Debe acordarse de oficio o descartarse por su edad, procediendo la nulidad de la sentencia y retroacción de las actuaciones antes de resolver sobre la modificación de medidas para que se escuche a los hijos sobre su custodia. La negativa a oír al menor en ambas instancias determina que se declare de oficio la nulidad de la sentencia recurrida.
- La diligencia debe practicarse preservando la intimidad del menor y sin crearle conflictos de lealtades.
- Si se aprecia falta de madurez o se pone en riesgo el interés del menor es posible denegar su exploración, si bien de forma motivada[23].
- No debe confundirse la negativa a la exploración con falta de método psicológico a la hora de llevarla a cabo, pues lo que será perjudicial para el menor en tal supuesto no será su exploración, sino si esta se hace con preguntas directas que le creen un conflicto de lealtades, con consecuencias emocionales desfavorables.
- No debe confundirse la exploración con un medio de prueba.

La obtención del testimonio de las víctimas menores de edad es relevante desde una doble perspectiva, ya que permite al Tribunal acercarse a la verdad de los hechos a través de tal declaración y, además, porque así, el menor percibirá el proceso como un trámite en el que se tienen en cuenta sus palabras[24]. La doctrina nos insiste en que la información que nos dé la persona menor de edad en muchas ocasiones será la única prueba que exista frente a la persona que haya ejercido la violencia. La realización de una buena exploración es fundamental para tener una diligencia de prueba válida y contundente. Además, en supuestos de violencia, la intervención o el modo de escucharlos ha de evitar su *revictimización*, por lo que es esencial cómo, cuándo y por quién son escuchados[25].

Los abogados ponen de manifiesto que uno de los principales objetivos en la defensa letrada del menor ha de consistir precisamente en asegurarse de que la exploración del menor sea del modo, en el lugar y por profesionales adecuados (por ejemplo, deben evitarse los sesgos del entrevistador, la comunicación no verbal, la formulación de interrogatorios con técnicas no adecuadas, y la escasa preparación de los operadores jurídicos sobre la psicología del testimonio). Para

ello tendrá que presentar cuantos escritos sean necesarios y entrevistarse con la autoridad que acuerde la exploración, así como con quienes la vayan a practicar.

V. LA FACULTAD DE DECIDIR EL LUGAR DE RESIDENCIA DE LOS MENORES DE EDAD Y EL CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 154 DEL CÓDIGO CIVIL

La LO 8/2021 en su disposición final segunda modifica el artículo 154 del Código Civil para añadir a los deberes y facultades que comprende la patria potestad, *un nuevo párrafo en el que incluye el decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial*.

Cada vez son más frecuentes los procedimientos originados por el *traslado de residencia de los hijos menores por uno solo de los progenitores, sin consentimiento del otro, bien interesando la autorización judicial ante la discrepancia, al amparo del artículo 156 del Código Civil bien como demanda ejecutiva instando su retorno,* porque dicho traslado se ha efectuado unilateralmente sin consentimiento e incluso sin conocimiento del otro progenitor o bien como medidas de protección. Las normas jurídicas aplicables en función de que la sustracción sea en territorio nacional, o suponga traslado a otro Estado son distintas, pero subyace en el origen una decisión adoptada de forma unilateral, salvo que se haya pedido autorización judicial[26].

La modificación recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 27 de septiembre de 2016[27]; 20 de octubre de 2014[28] y 26 de octubre de 2012[29]. Estamos ante otro de los supuestos de derecho de familia, como ya hemos dicho en varias ocasiones, donde realmente el juzgador pasa de ser un mero interpretador del derecho a convertirse, realmente, en el poder legislativo.

Modificación del Código civil, que en este punto solventa las dudas en relación a cuáles son las decisiones importantes que han de ser adoptadas de común acuerdo por los progenitores en un ejercicio responsable de la patria potestad compartida. Completa el artículo 158,3.º del Código Civil que recoge como medidas de protección «*Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor*».

La exposición de motivos de la Ley justifica la modificación de este precepto, de la forma siguiente: «Asimismo, se modifica el artículo 154 del Código Civil a fin de establecer con claridad que la facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos e hijas menores de edad forma parte del contenido de la potestad que, por regla general, corresponde a ambos progenitores. Ello implica que, salvo suspensión, privación de la potestad o atribución exclusiva de dicha facultad a uno de los progenitores, se requiere el consentimiento de ambos o, en su defecto, autorización judicial para el traslado de la persona menor de edad, con independencia de la medida que se haya adoptado en relación a su guarda o custodia, como así se ha fijado ya explícitamente por algunas comunidades autónomas. Así, se aclaran las posibles dudas interpretativas con los conceptos autónomos de la normativa internacional, concretamente, el Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, y el Convenio

relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, en sus artículos 2, 9 y 3 respectivamente, ya que en la normativa internacional la custodia y la guarda comprenden el derecho de decidir sobre el lugar de residencia de la persona menor de edad, siendo un concepto autónomo que no coincide ni debe confundirse con el contenido de lo que se entiende por guarda y custodia en nuestras leyes internas»

Cambio legislativo que se hace siguiendo a la reiterada jurisprudencia[30] y responde a la necesidad, según se indica en el preámbulo de la LO 8/2021, de aclarar las posibles dudas interpretativas con los conceptos de patria potestad y responsabilidad parental de nuestra legislación interna, para no confundirlos con los de responsabilidad parental y derechos de custodia de la normativa internacional. Así, el progenitor custodio o con la guarda del menor no puede modificar de forma unilateral el domicilio de los hijos o hijas[31], ya que es una facultad que forma parte del contenido de la patria potestad que corresponde a ambos progenitores, salvo suspensión, privación de la potestad o atribución exclusiva de dicha facultad a uno de ellos. Era, por tanto, recomendable que el Código Civil recogiese lo que ya era un criterio jurisprudencial asentado para contribuir a la seguridad jurídica.

Modificación que prevé en el artículo 154 del Código Civil que, tanto en un procedimiento de divorcio contencioso como de mutuo acuerdo, se dé audiencia a los menores que tuvieren suficiente madurez antes de adoptar decisiones que les afecten, garantizando «que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario».

VI. EL NUEVO ARTÍCULO 158 DEL CÓDIGO CIVIL: LA FACULTAD DEL JUEZ DE SUSPENDER CAUTELARMENTE EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad es un derecho y un deber que el ordenamiento jurídico reconoce a los progenitores, denominada en la actualidad como *responsabilidad parental* (art. 154 CC) y cuyo fundamento se encuentra en el interés superior del menor[32], cuya defensa y protección tiene encomendado. Institución básica de la estructura familiar, lo que otorga al concepto un carácter de orden público. Y de la que se derivan una serie de deberes y de facultades (velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; representarlos y administrar sus bienes; decidir su lugar de residencia habitual). A su vez los hijos tienen también otros deberes (art. 155 CC: obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, respetarles y contribuir al levantamiento de las cargas familiares, en función de sus posibilidades y mientras convivan con ella).

Con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *se abre una nueva dimensión de este derecho, al reformarse el artículo 158 del Código Civil que concede al juez la facultad de suspender cautelarmente el ejercicio de la patria potestad,* a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

El artículo 158 del Código Civil, siempre se ha considerado como una forma de control del ejercicio de la patria potestad, ya que establece garantías para su

ejercicio con base en el interés superior del menor. Estas medidas pueden adoptarse en cualquier procedimiento, civil o penal, o pueden ser solicitadas a través de expediente de Jurisdicción Voluntaria, tal y como lo determina la disposición adicional primera de la LOPJM[33].

La ley, en su exposición de motivos, deja claro que estas medidas están previstas para evitar situaciones perjudiciales para los hijos y todos los menores, excediendo el ámbito de las relaciones paterno filiales. En cuanto al momento en el que pueden ser acordadas, extendió su aplicación ya que «se establece la posibilidad de que el juez las adopte con carácter cautelar al inicio o en el curso de cualquier proceso civil o penal». De lo que se trata es «de consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que afectan a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquellos».

La modificación introducida en esta ley, en el artículo 158 del Código Civil, relativa a la suspensión de la patria potestad como consecuencia de violencia de género no ha supuesto mucho cambio en la práctica. Primero porque ya estaba previsto en el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004, y segundo, porque, de hecho, en la jurisprudencia ya se estaba aplicando.

El origen de esta ley ha tenido lugar porque la ONU manifestó que el Gobierno de España debía hacer más para proteger a los menores de la violencia doméstica y de los abusos sexuales. Destaca que sus tribunales deben superar los prejuicios contra las mujeres y aplicar un enfoque centrado en los niños y de género. Preocupa a este organismo que sea común en nuestro país que los tribunales tomen decisiones en contra de las mujeres amparándose en el síndrome de alienación parental[34]. Teniendo en cuenta el superior interés del menor podría articularse mecanismos eficientes para su protección, no pudiendo permitir que el derecho de los progenitores esté por encima del de los menores. Resolución de la ONU que hace referencia a los juzgados a nivel general, aunque también tiene una importante trascendencia, analizar el papel de los juzgados de Violencia sobre la Mujer, en particular, a la hora de la protección de menores[35].

La jurisprudencia del Supremo con carácter previo a la reforma ya posibilitaba al juez, con apoyo en el artículo 158 del Código Civil que acordara las medidas necesarias. Ejemplo de ello lo tenemos en la STS de 21 de diciembre de 2020[36] que señala que «La decisión cuestionada valora las pruebas practicadas y no se pronuncia de forma arbitraria como expresión de un mero voluntarismo judicial. Las medidas solicitadas se resuelven con prontitud inspiradas en el principio *favor filii*. No se ha juzgado en vacío con anemia probatoria o al margen del ordenamiento jurídico, por lo que no nos encontramos ante una resolución sin base fáctica o normativa, sino que, por el contrario, se halla fundada en una valoración explicitada de las pruebas practicadas y con *apoyo legal en el artículo 158 del Código Civil, que habilita expresamente al juez para acordar las medidas de protección adoptadas y cuestionadas como constitutivas de error judicial*».

Asimismo, el Auto de la AP de Madrid de 12 de diciembre de 2012[37] concreta su utilización al señalar que «Se entiende que el artículo 158 del Código Civil prevé un instrumento de protección de carácter subsidiario, residual, que solo podrá utilizarse fuera del procedimiento específico en el que se están ventilando los intereses del menor *cuando concurra una situación de peligro para el menor o una situación de urgencia en el que posponer la adopción de las medidas produciría un perjuicio irreparable para el menor* (…)».

La novedad de la reforma del artículo 158 se centra en la *suspensión cautelar* esto es, una medida provisional que tiene como finalidad, proteger los derechos

en juego en un determinado procedimiento jurídico en tanto no se dicta sentencia firme.

También se han introducido otras modificaciones que hacen referencia a la *suspensión cautelar del ejercicio de la guardia y custodia y del régimen de visitas y comunicaciones*, que en la práctica son más habituales que la privación de la patria potestad, que es considerada una medida más extrema[38]. Suspensión de la guarda y custodia genérica que posibilita al juez que libremente determine si concurre alguna de estas causas, así como la medida personal y patrimonial que procede adoptar respecto de los padres para lograr la efectiva protección del hijo[39].

La jurisprudencia pone de relieve, cómo previamente a la regulación del Código Civil por la modificación introducida en la ley 8/2021, de 4 de junio, si estaba previsto en otro instrumento como es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Suspensión cautelar que se asimila, en realidad, al derecho a la privación temporal o definitiva de la patria potestad del artículo 170 del Código Civil. Ejemplo de ello es la SAP de La Coruña de 2 de diciembre de 2021[40]. Debe tenerse en cuenta también, que el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004 establece que «El juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o la guarda de hecho, respecto de los menores que dependen de él. Si no acordara la suspensión, el juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas que sean necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución».

Esto significa, que ahora y con efectos civiles, resulta estar en consonancia con lo dispuesto en el artículo 158.6.º del Código Civil en su redacción actual, cuando dice que «El juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará…: 6.º) la suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas».

Suspensión cautelar de la patria potestad (art. 158 CC) que está prevista en tanto dure el procedimiento y si se quiere alargar posteriormente, habría que transformarla en la figura del artículo 170 del Código Civil.

Las STS de 1 de octubre de 2019[41], en la STS de 23 de mayo de 2019[42], en la STS de 13 de enero de 2017[43], en la STS de 25 de noviembre de 2016[44], en la STS de 9 de noviembre de 2015[45], siguen la doctrina de que «El artículo 170 del Código Civil prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante, la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada, así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma».

Como ya expusimos anteriormente al ser la suspensión de la patria potestad una medida gravosa, para los menores y para sus progenitores, se debe tener en cuenta como siempre, el interés superior del menor, y que la *inobservancia de los deberes inherentes a la patria potestad se produzcan de manera grave, reiterada y peligrosa*.

Tras la reforma además de darse esos requisitos debe concurrir *una situación de peligro o una situación de urgencia que pudiera ocasionar perjuicios al menor* como, por ejemplo, cuestiones médicas de los menores[46], cuestiones relacionadas con el colegio[47] o expedición de documentos identificativos[48], entre otras. El artículo 156 del Código Civil establece que *en caso de desacuerdo* la autoridad judicial autorizará a uno de los progenitores para la toma de la concreta decisión, lo que evita que el progenitor se vea privado de la patria potestad de forma completa[49]. En definitiva, el artículo 158 del Código Civil, frente al artículo 156 del Código Civil, supone un procedimiento más rápido para tomar una medida de urgencia, lo que hace que se diferencien y lo que explica su necesidad.

VII. CUESTIONES PENDIENTES Y PROPUESTAS DE FUTURO

La disposición final vigésima de la Ley Orgánica determina que en el plazo de un año (es decir, a partir de ahora) el Gobierno debe remitir un proyecto de ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial orientado a la *especialización tanto de los órganos judiciales como de sus titulares*, para la instrucción y enjuiciamiento de las causas penales por delitos cometidos contra personas menores de edad. Se habla por la citada disposición de los *Juzgados de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia»*[50].

Propuesta que se complementa y tiene como base la especialización nominal por la creación de los Juzgados por el RD 1322/1981, o, por la vía del artículo 98 LOPJ, pero no se traduce en una especialización real, más allá de la que supone las competencias que asumen y no existe en segunda instancia más que en 2 o 3 provincias, de modo que la especialización solo obedece al reparto de asuntos. Asuntos que en segunda instancia abarcan no solo las competencias de los Juzgados de Familia, sino también los procedimientos de capacidad de las personas, y otros procesos relativos al derecho de la persona, como los procedimientos de filiación.

La protección integral de la Infancia exige la especialización no solo de la *justicia penal* y represiva, sino también de la *justicia preventiva*, y, de hecho, *es en la jurisdicción de Familia donde se puede apreciar en no pocas ocasiones, la situación de riesgo en la que algunos niños y niñas viven*.

Por otro lado, y propio de la evolución social, la complejidad de los asuntos ha ido aumentando progresivamente, todos relativos a las acciones de filiación, adopción, reconocimiento de la filiación de niños nacidos por técnicas de reproducción asistida o por gestación subrogada se unen a procedimientos más «tradicionales» como la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial, la regulación de las relaciones paterno-filiales, la sustracción internacional de menores, el derecho de alimentos, o la liquidación del régimen económico-matrimonial o bienes en común, la capacidad de las personas y la determinación de los apoyos. Temas fáciles en general, que se complican por la necesidad de profundizar en el conocimiento de los instrumentos internacionales aplicables, dado el aumento de litigios con elemento extranjero o transfronterizo.

SANTAMARIA PAEZ propone que se debería aprovechar la tramitación parlamentaria del *Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público*

de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios, que se encuentra en trámite parlamentario en el Congreso de los Diputados, para abordar las reformas exigidas por la L.O. 8/2021

ARRABAL PLATERO recuerda que la creación de estos juzgados especializados merece una crítica positiva desde la perspectiva de generar ambientes acogedores a los menores y contar con profesionales expertos sensibilizados, la sobrespecialización contribuye a lo que TARUFFO denominaba una «estructura de "piel de leopardo", con islas de tutela eficiente para determinados individuos sobre un fondo de tutela ineficiente reservada para el ciudadano "común"»[51]. En este sentido, son deseables medidas orientadas a acondicionar espacios para los menores o, incluso, reglas procedimentales específicas para estas víctimas, pero no parece que los delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes constituyan una tipología con características propias y concretas que justifique la creación de órganos especializados en esta materia»[52].

FERNÁNDEZ CUESTA, pone de relieve la necesaria participación e incremento de psicólogos, trabajadores sociales o médicos forenses especializados en la infancia y la adolescencia que podrán advertir que no se tomen en consideración planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, como señala el artículo 8 LO.

En conexión con dicho planteamiento, sería recomendable, también, introducir *mecanismos como el previsto en el nuevo párrafo del artículo 156 del Código Civil*[53], que permite, entre otros casos, *prestar atención y asistencia psicológica a los hijos e hijas menores de edad con el consentimiento de uno solo de los progenitores*, en los casos de violencia de género, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la víctima esté recibiendo asistencia de un servicio especializado de violencia de género, siempre que este organismo haya emitido un informe que acredite la situación.

Incluso, debería darse un paso más, e introducir en *el artículo 94 del Código Civil*[54] *la suspensión de la patria potestad de manera cautelar*.

Al igual que se prevé en el artículo 156 del Código Civil se podría haber incluido en el artículo 158 del Código Civil, la inclusión de medidas de tipo psicológico para acreditar situaciones que aconsejen una suspensión cautelar de la patria potestad en supuestos graves, en los que no ha mediado denuncia.

Por último, también sería trascendental avanzar en materia de *formación*. Es necesario órganos judiciales que tengan un mayor conocimiento y especialización en materia de protección de menores. La única forma de cambiar la mentalidad es dotando a las instituciones de instrucción en estas materias, para que conozcan el alcance y trascendencia del problema.

VIII. CONCLUSIONES

I. La protección de los derechos de los menores es una de las mayores preocupaciones a nivel mundial de ahí la adaptación de nuestro sistema. La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha introducido cuatro bloques de medidas que afectan al ámbito familiar: preventivas, específicas, para situaciones de ruptura familiar y para situaciones de violencia de género. Se introduce la posibilidad de suspender cautelarmente la patria potestad.

II. Medida cautelar que se introduce en el artículo 158 del Código Civil y es asimilable a la privación de la patria potestad, que ya estaba recogida en este cuerpo jurídico. Para que sea aplicable, debe ser beneficiosa para el interés superior del menor, también debe estar fundamentada en la inobservancia de los deberes inherentes a la patria potestad de manera grave, reiterada y peligrosa, y, debe darse una situación de peligro o una situación de urgencia que pudiera ocasionar perjuicios al menor. No obstante, hay alguna reticencia en su aplicación por parte de los órganos judiciales en su aplicación por afectar a los derechos de los progenitores.

III. La nueva Ley intenta paliar el problema de la violencia de género que afecta al superior interés de los menores, porque son un instrumento a través del cual seguir ejerciendo violencia sobre la mujer, por medio de dos mecanismos: visualizando y regulando este tipo de violencia que afecta a los menores; y estableciendo reformas en otros cuerpos jurídicos que tienen una influencia determinante en esta materia. Estos cambios, aunque importantes, tampoco mejoran la situación a nivel práctico, ya que existe una gran reticencia a adoptar medidas civiles de este tipo.

III. Falta un largo trecho por recorrer, centrado en la necesaria formación judicial especializada, la creación de juzgados dedicados a la violencia con la consiguiente dotación económica a las administraciones para que ejecuten y erradiquen la violencia, además, del ejercicio efectivo implantado por la Ley como la aplicación de la suspensión cautelar de la patria potestad (art. 156).

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

• STEDH de 11 de octubre de 2016, asunto: Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España (23298/129).

• STJUE, de 22 de diciembre de 2010. Asunto C-491/10 PPU, Joseba Andoni Aguirre Zarraga contra Simone Pelz.

• STC 163/2009, de 29 de junio (LA LEY 119837/2009).

• STS Sala Primera, 21 de diciembre de 2020. Número Sentencia: 688/2020 Número Recurso: 23/2018. Ponente: José Luis SEOANE SPIEGELBERG. Numroj: STS 4330:2020. Ecli: ES:TS:2020:4330.

• STS, Sala Primera, de 1 de octubre de 2019. Número Sentencia: 514/2019 Número Recurso: 3875/2018. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Numroj: STS 2974:2019. Ecli: ES:TS:2019:2974.

• STS, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019. Número Sentencia: 291/2019 Número Recurso: 3383/2018. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Numroj: STS 1661:2019. Ecli: ES:TS:2019:1661.

• STS, Sala Primera, de 13 de enero de 2017. Número Sentencia: 14/2017 Número Recurso: 1148/2016. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 13:2017. Ecli: ES:TS:2017:13

• STS, Sala Primera, de 25 de noviembre de 2016. Número Sentencia: 711/2016 Número Recurso: 2224/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 5164:2016. Ecli: ES:TS:2016:5164.

• STS, Sala Primera, sentencia de 27 de septiembre de 2016. Número Sentencia: 564/2016 Número Recurso: 3403/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 4185:2016. Ecli: ES:TS:2016:4185.

• STS, Sala Primera, de 4 de febrero de 2016. Número Sentencia: 36/2016 Número Recurso: 3016/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 188:2016. Ecli: ES:TS:2016:188.

• STS, Sala Primera, de 26 de noviembre de 2015. Número Sentencia: 680/2015 Número Recurso: 36/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 4900:2015. Ecli: ES:TS:2015:4900.

• STS, Sala Primera, sentencia de 9 de noviembre de 2015. Número Sentencia: 621/2015 Número Recurso: 1754/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ.

• STS, Sala Primera, sentencia de 20 de octubre de 2014. Número Sentencia: 536/2014 Número Recurso: 2680/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA.

• STS, Sala Primera, de 26 de octubre de 2012. Número Sentencia: 642/2012 Número Recurso: 1238/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA.

• STS, Sala Primera, núm. Sentencia de 31 de diciembre de 1996 1165/1996 *(RJ* 1996, 9223).

• SAP de La Coruña, Sección 4.ª, de 2 de diciembre de 2021, número Sentencia: 457/2021 Número Recurso: 778/2021. Ponente: Eduardo FERNANDEZ-CID TREMOYA Numroj: SAP C 2796/2021. Ecli: ES:APC:2021:2796.

• Auto de la AP de Madrid núm. 1366/2012 de 12 de diciembre de 2012 (ECLI:ES: APM:2012:19587A).

• Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Vigo (Provincia de Pontevedra). Núm. 624/2021 de 15 de noviembre *(JUR* 2021, 347243).

• Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Tafalla, de 9 de noviembre *(JUR* 2021, 33790).

• Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Sevilla. Núm. 545/2018 de 27 de julio *(JUR* 2020, 86387).

X. LEGISLACIÓN CITADA

• Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Artículos 92, 94, 154, 156, 158 y 170.

• Constitución española. Artículo 39.4 y 5.

• Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Exposición de motivos; artículos 1, 65 y 66.

• Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Exposición de motivos.

• Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Exposición de motivos.

• Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Exposición de motivos; artículos 26, 27, 28 y 29; disposiciones finales primera, segunda y décima.

• Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

XI. BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios al Código Civil.* Ed. Aranzadi, 2009.

GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., Examen de las reformas sustantivas introducidas en el Código Civil, en materia de familia, por la Ley Orgánica 8/2021 (La Ley 12702/2021), *Revista Derecho de Familia*, núm. 101, Lefebvre noviembre de 2021.

IGLESIA MONJE, M.ªI., de la: La LO 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: otra ley sin recursos económicos

para su ejecución, en Revista electrónica http://hayderecho.com/author/isabel-de-la-iglesia/ 20 de septiembre de 2015.
— El derecho a ser escuchado y la madurez del menor. Su protección judicial en la esfera familiar, en *RCDI*, ISSN 0210-0444, Año núm. 93, núm. 759, 2017, 345-369.
— Competencia judicial en materia de responsabilidad parental y residencia habitual del menor (los criterios interpretativos del interés superior del menor, y, el criterio de proximidad), en *RCDI,* Nov.-Dic. núm. 782, 3807-3822.
— Una visión práctica del diálogo prejudicial en el ámbito de la responsabilidad parental. (El TJUE garante del interés superior del menor), en *TJUE, Justicia Civil y Derechos Fundamentales,* Dir. Marien Aguilera, Thomson Reuters. Abril. 2020. ISBN: 978-84-1308-686-6, 83 a 138.
— La prevalencia del interés superior del menor en el otorgamiento de la custodia compartida aun tras la sentencia firme recaída sobre el progenitor por actos de violencia familiar o machista. *RCDI*, núm. 789. 421-439.

PANCHADELL GARGALLO, A. (2021). Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Cuestiones penales y procesales. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 63/2021, 1.

SANTANA PÁEZ, E.; ARRABAL PLATERO, P.; MARIÑO CALVO, M.; FERNÁNDEZ CUESTA, M.; O'CALLAGHAN RODRÍGUEZ, C.: Diálogos para el futuro judicial XLVIII. La protección judicial de la infancia: examen y perspectiva, Coordinación e introducción: Álvaro Perea González, en *Diario La Ley,* núm. 10112, Sección Plan de Choque de la Justicia / Encuesta, 18 de julio de 2022, Wolters Kluwer.

TARUFFO, M., Racionalidad y crisis de la ley procesal, *Doxa*, núm. 22, 1999, 313-314.

NOTAS

[1] https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9347.

[2] De acuerdo con los datos y estadísticas del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, en el año 2020 (*último año del que se recogen indicadores) en España se adoptaron 49.171 medidas de protección a la infancia (solo relativas a expedientes de tutela o guarda) y en el año 2018 (*último año del que se recogen indicadores) 527.691 menores de edad fueron atendidos por los servicios sociales ante la detección de una situación preliminar de vulnerabilidad.

[3] Así lo señala SANTANA PAES, en SANTANA PÁEZ, Emelina; ARRABAL PLATERO, Paloma; MARIÑO CALVO, María; FERNÁNDEZ CUESTA, Mar; O'CALLAGHAN RODRÍGUEZ, Carlota: Diálogos para el futuro judicial XLVIII. La protección judicial de la infancia: examen y perspectiva, Coordinación e introducción: Álvaro Perea González, en *Diario La Ley,* núm. 10112, Sección Plan de Choque de la Justicia / Encuesta, 18 de julio de 2022, Wolters Kluwer.

[4] Toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.

[5] Aquel que, respetando los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, promueve activamente los principios de respeto mutuo, dignidad del ser humano, convivencia democrática, solución pacífica de conflictos, derecho a igual protección de la ley, igualdad de oportunidades y prohibición de discriminación de los niños, niñas y adolescentes.

[6] El comportamiento de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, fundamentado en el interés superior del niño, niña o adolescente y orientado a que la persona menor de edad crezca en un entorno afectivo y sin violencia que incluya el derecho a expresar su opinión, a participar y ser tomado en cuenta en todos los asuntos que le afecten, la educación en derechos y obligaciones, favorezca el desarrollo de sus capacidades, ofrezca reconocimiento y orientación, y permita su pleno desarrollo en todos los órdenes.

[7] ARRABAL PLATERO, en Diálogos para el futuro judicial XLVIII. La protección judicial de la infancia: examen y perspectiva, *op. cit*.

[8] Observación General Núm. 13 (2011) del Comité de los Derechos del Niño: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (CRC/C/GC/13). https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=1&subs=23&cod=653&page=

[9] La reforma del artículo 92 del Código Civil, relativo a la guarda y custodia, afecta básicamente al artículo 92.2 in fine, dirigido a velar por el derecho del menor a ser oído. Debe escucharse al menor en los procedimientos que le afectan. La jurisprudencia afirma que la aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia.

La consideración del derecho fundamental de audiencia del menor, exige ser restrictivo en cualquier denegación de la práctica de la audición que solo puede rechazarse en aras del interés superior del menor.

[10] *Vid.* «Competencia judicial en materia de responsabilidad parental y residencia habitual del menor (los criterios interpretativos del interés superior del menor, y, el criterio de proximidad)», en *RCDI,* Nov.-Dic. Núm. 782, 3807-3822.

Una visión práctica del diálogo prejudicial en el ámbito de la responsabilidad parental. (El TJUE garante del interés superior del menor), en *TJUE, Justicia Civil y Derechos Fundamentales*, Dir. Marien Aguilera, Thomson Reuters. Abril de 2020. ISBN: 978-84-1308-686-6, 83 a 138.

[11] PANCHADELL GARGALLO, A.: Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Cuestiones penales y procesales. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal,* núm. 63/2021, 1.

[12] STS, Sala Primera, de 26 de noviembre de 2015. Número Sentencia: 680/2015 Número Recurso: 36/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 4900:2015. Ecli: ES:TS:2015:4900. El Tribunal Supremo fija doctrina sobre el régimen visitas del menor cuyo progenitor ha sido condenado por maltrato en el ámbito doméstico. La Sala Primera declara que «el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes».

Se establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes».

[13] STS, Sala Primera, de 4 de febrero de 2016. Número Sentencia: 36/2016 Número Recurso: 3016/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 188:2016. Ecli: ES:TS:2016:188. Donde el Tribunal Supremo declara incompatible la custodia compartida con la condena de uno de los cónyuges por delito de amenazas en el ámbito familiar. Estima el recurso de una madre contra la decisión de la Audiencia de Vizcaya de acordar el régimen de custodia compartida de los dos hijos menores de la pareja.

[14] *Vid.* El análisis que realizo en la obra «La prevalencia del interés superior del menor en el otorgamiento de la custodia compartida aun tras la sentencia firme recaída sobre el progenitor por actos de violencia familiar o machista». *Revista Critica de Derecho Inmobiliario.* Núm. 789. 421-439.

[15] CONSEJO DE EUROPA. Recomendación del Comité de ministros a los miembros de los Estados en políticas para apoyar la parentalidad positiva. Adoptada el 13 de diciembre del 2006.

[16] *Vid.* mi artículo La LO 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: otra ley sin recursos económicos para su ejecución, en Revista electrónica http://hayderecho.com/author/isabel-de-la-iglesia/ 20 de septiembre de 2015.

[17] María MARIÑO CALVO, en Diálogos para el futuro judicial XLVIII. La protección judicial de la infancia: examen y perspectiva, *op. cit*.

[18] STEDH, sentencia de 11 de octubre de 2016, asunto: Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España (23298/129), condenó a nuestro país por violación del artículo 6 del Convenio. STJUE, de 22 de diciembre de 2010. Asunto C-491/10 PPU, Joseba Andoni Aguirre Zarraga contra Simone Pelz.

[19] *Vid.* mi artículo: El derecho a ser escuchado y la madurez del menor. Su protección judicial en la esfera familiar, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* ISSN 0210-0444, Año núm. 93, núm. 759, 2017, 345-369.

[20] Carlota O'CALLAGHAN RODRÍGUEZ en Diálogos para el futuro judicial XLVIII. La protección judicial de la infancia: examen y perspectiva, *op. cit*.

[21] El Tribunal Constitucional mantiene que el derecho del menor a ser «oído y escuchado» forma así parte del estatuto jurídico indisponible de los menores de edad, como norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos (STC 64/2019, de 9 de mayo).

[22] Enumeración realizada por Emelina SANTANA PÁEZ en Diálogos para el futuro judicial XLVIII. La protección judicial de la infancia: examen y perspectiva, *op. cit*.

[23] STC 163/2009, de 29 de junio (LA LEY 119837/2009).

[24] Paloma ARRABAL PLATERO en Diálogos para el futuro judicial XLVIII. La protección judicial de la infancia: examen y perspectiva, *op. cit*.

[25] María MARIÑO CALVO, en Diálogos para el futuro judicial XLVIII. La protección judicial de la infancia: examen y perspectiva, *op. cit*.

[26] Emelina SANTANA PÁEZ, en Diálogos para el futuro judicial XLVIII. La protección judicial de la infancia: examen y perspectiva, *op. cit*.

[27] STS, Sala Primera, sentencia de 27 de septiembre de 2016. Número Sentencia: 564/2016 Número Recurso: 3403/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Numroj: STS 4185:2016. Ecli: ES:TS:2016:4185. Donde se afirma que «todos los derechos y deberes que entraña la patria potestad se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores y de que, en caso de desacuerdo, será el juez quien determine cuál de los dos ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuanto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación. La regla general es el ejercicio conjunto y la excepción la atribución de todas o alguna de las facultades que comporta la patria potestad a uno solo de los progenitores.

Ocurre en este caso que el progenitor custodio ha trasladado su residencia y la de la hija a Alemania sin sustento en un acuerdo con el otro o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, ni en una decisión judicial previa identificación de los bienes y derechos en conflicto puesto que lo ha hecho de forma unilateral, con lo que no ha sido posible calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada. Y, como consecuencia de este cambio de circunstancias el padre ha interesado un cambio de la medida que se argumenta más que en el hecho del traslado, aunque se mencione, en la precaria situación económica de la recurrente para mantener a la niña.

Resolver conforme al interés del menor determina que la Audiencia tenga a su disposición unos datos fiables sobre la niña, sobre el padre y la madre para asumir estos menesteres, y que, a la mayor brevedad posible, se conozcan y se resuelva lo que mejor conviene a la niña con respeto a la posición de cada uno de los progenitores solucionando, en definitiva, un problema ya de por si complejo dada la situación creada en función de lo que resulte más favorable para su desarrollo físico, intelectivo e integración social haciendo posible la relación con ambos progenitores pues solo de afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que son los que deben ser preferentemente tutelados, podría conllevar un cambio de la guarda y custodia, conforme se ha interesado en la demanda».

[28] STS, Sala Primera, sentencia de 20 de octubre de 2014. Número Sentencia: 536/2014 Número Recurso: 2680/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. «Ocurre en este caso que hay un evidente desacuerdo entre los padres respecto a la nueva residencia de su hijo, razón por la que se ha acudido a la autoridad judicial, que lo ha resuelto manteniendo al hijo bajo la custodia de su padre en España; pronunciamiento que no responde al interés del menor afectado por una solución indudablemente conflictiva, pero ajustada a una realidad, cada vez más frecuente, que no es posible obviar, como es el de matrimonios mixtos. Y es que una cosa es que el padre tenga las habilidades necesarias para ostentar la custodia del niño, y que no se aprecie un rechazo hacia alguno de ellos, y otra distinta el contenido y alcance de esas habilidades respecto de un niño, de corta edad, que ha creado unos vínculos afectivos con su madre con la que ha permanecido bajo su cuidado desde su nacimiento hasta la fecha, incluido los dos años de separación de hecho en el que marchó de Tomelloso a Burgos, ciudad en la que fijó su residencia, con contactos mínimos y esporádicos a partir de entonces con su padre. El cambio de residencia afecta a muchas cosas que tienen que ver no solo con el traslado al extranjero, con idioma diferente, como es el caso, sino con los hábitos, escolarización, costumbres, posiblemente de más fácil asimilación cuando se trata de un niño de corta edad, e incluso con los gastos de desplazamiento que conlleva el traslado cuando se produce a un país alejado del entorno del niño por cuanto puede impedir o dificultar los desplazamientos tanto de este como del cónyuge no custodio para cumplimentar los contactos con el niño. Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, y no la condición de nacional, como factor de protección de este interés para impedir el traslado, como argumenta la sentencia, soslayando la valoración relativa a si el menor está mejor con su padre que con su madre, a la que tampoco concede la guarda ante la posible permanencia en España. La seguridad y estabilidad que proporciona el núcleo materno no se garantiza con la permanencia de la madre y el hijo en España. No es posible obligar a la madre a continuar en un país que no es el suyo y en un entorno familiar, que tampoco es el del niño, al haberlo abandonado durante más de dos años, para hacer posible sus expectativas familiares y laborales vinculadas al interés de su hijo, al que va asociado, y es que, el respeto a los derechos del niño no implica necesariamente ir en detrimento de los derechos de los progenitores».

[29] STS, Sala Primera, de 26 de octubre de 2012. Número Sentencia: 642/2012 Número Recurso: 1238/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA.

[30] La jurisprudencia ya se había pronunciado al respecto, por ejemplo, la STS 642/2012 de 26 de octubre (LA LEY 158044/2012). *Vid.* GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., Examen de las reformas sustantivas introducidas en el Código Civil, en materia de familia, por la Ley Orgánica 8/2021 (LA LEY 12702/2021), *Revista Derecho de Familia*, núm. 101, Lefebvre noviembre 2021, quien sostiene que la incorporación de esta facultad a la patria potestad «viene a complementar y matizar la medida cautelar de protección del menor prevista en el artículo 158.3.º.c) del Código Civil que expresamente contempla la posibilidad de que el juez someta a autorización judicial previa cualquier cambio de domicilio del menor para evitar la sustracción de los menores por alguno de los progenitores o por terceras personas», que caerá en desuso «por falta de utilidad práctica».

[31] La LO 8/2021, de 4 de junio, también introduce en el artículo 154 la referencia a «las hijas» adoptando un lenguaje inclusivo.

[32] STS, Sala Primera, sentencia de 31 de diciembre de 1996, núm. 1165/1996 *(RJ* 1996\9223) que se encarga de detallar el contenido y finalidad de este derecho: «La patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva). Más que un poder, actualmente se configura como una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida normalmente por ambos progenitores conjuntamente, y cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos, como resulta del propio artículo 154 del Código Civil. El carácter familiar de la patria potestad, no excluye que el legislador, teniendo en cuenta las razones que justifican una especial protección de los menores, prevenga la intervención judicial en esta institución protectora, así como la del Ministerio Fiscal, y la entidad pública administrativa. Consecuentemente, la patria potestad deberá ejercerse siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, por lo

que es rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo del titular, o cuando en su ejercicio se prescinda de la propia personalidad del menor».

[33] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios al Código Civil*. Ed. Aranzadi, 2009

[34] Esta teoría, que carece de apoyo científico, ha sido rechazada por la legislación española. Aunque se supone que la misma no tiene sesgos de género, los expertos han observado que, en países como España, las mujeres son acusadas regularmente de recurrir a la alienación parental.

[35] Una gran parte de las denuncias por violencia de género se tramitan por medio de Diligencias Urgentes de Juicio Rápido. Se observa que la suspensión de la patria potestad es la excepción, y eso que es una medida con efectos muy relevantes, y necesaria en los casos más graves, pero sigue siendo residual.

[36] STS Sala Primera, 21 de diciembre de 2020. Número Sentencia: 688/2020 Número Recurso: 23/2018. Ponente: José Luis SEOANE SPIEGELBERG. Numroj: STS 4330:2020. Ecli: ES:TS:2020:4330. En su fj3.º aclara que el auto del juzgado de primera instancia de 19 de diciembre de 2016 tiene como base normativa el «artículo 158. 6.º del Código Civil, que permite adoptar medidas de protección de menores, de oficio o a instancia de parte, por lo que no podría ser tildada una resolución de tal clase de incongruente. Se respetó el derecho de defensa y se acordaron las medidas que se estimaron pertinentes con contradicción, siguiendo las peticiones del Ministerio Fiscal. Según el último párrafo del precitado artículo 158, dichas medidas se pueden acordar dentro de un proceso penal, civil, así como en expediente de jurisdicción voluntaria como el seguido, que contempla expresamente tal posibilidad en el artículo 87 a) de su ley reguladora 15/2015, de 2 de julio.

[37] Auto de la AP de Madrid núm. 1366/2012 de 12 de diciembre de 2012 (ECLI:ES: APM:2012:19587A).

[38] El juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

Párrafo 6.º *La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.*

[39] Aunque esta posibilidad se contemplaba de forma vaga e indeterminada porque la ley ya contenía un apartado de cierre genérico en el que se establecía que el juez podía adoptar «las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas». En la práctica se podía solicitar la adopción de esta medida, pero sin una regulación estricta que lo amparase.

[40] SAP de La Coruña, Sección 4.ª, de 2 de diciembre de 2021, número Sentencia: 457/2021 Número Recurso: 778/2021. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID TREMOYA Numroj: SAP C 2796/2021. Ecli: ES:APC:2021:2796.

Lo expuesto dio lugar a que el juzgado de primera instancia número 3 de familia, apreciare una falta de competencia objetiva, declinando su competencia en favor del juzgado de violencia de la mujer número 1 de La Coruña que aceptó su competencia, sucediendo que, al contestar a la demanda, la madre terminó por solicitar la suspensión del régimen de visitas y de las comunicaciones entre el hijo y el padre, así como el ejercicio exclusivo de la patria potestad.

Pero con modificación de los pronunciamientos relativos al ejercicio de la patria potestad y el régimen de visitas que se habían fijado en la sentencia de 21 de enero de 2019 acogió las modificaciones solicitadas por la madre, informadas favorablemente por el ministerio público, de manera que concedió el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre el hijo menor a la madre, suspendiendo el régimen de visitas y comunicaciones del menor respecto del progenitor no custodio, acordando la imposición de costas al padre.

[41] STS, Sala Primera, de 1 de octubre de 2019. Número Sentencia: 514/2019 Número Recurso: 3875/2018. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Numroj: STS 2974:2019. Ecli: ES:TS:2019:2974. Sostiene que la privación de la patria potestad es una institución restrictiva, que no se ha acreditado un incumplimiento voluntario por su parte de sus obligaciones, ni que la privación resulte conveniente al interés de la menor. Conforme a las

pruebas practicadas, es evidente una dejación por parte del demandado de sus obligaciones inherentes a la patria potestad, tanto en la esfera patrimonial, pues no ha cumplido su deber de abono de la pensión de alimentos, como en el ámbito del régimen de visitas —refiere que el mismo demandado lo ha reconocido, aunque lo excusó con argumentos peregrinos— y califica la conducta de reprochable e injustificable, pero considera que conforme a la doctrina jurisprudencial aplicable, no procede un medida tan gravosa y excepcional como la solicitada por la actora, y considera objeto de valoración la voluntad que manifestó en su interrogatorio el padre, de cumplir su obligaciones, trasladándose desde donde vive a dirección y de regularizar su deuda alimenticia.

[42] STS, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019. Número Sentencia: 291/2019 Número Recurso: 3383/2018. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Numroj: STS 1661:2019. Ecli: ES:TS:2019:1661. Privación de la patria potestad por incumplimiento grave y reiterado de la dejación de funciones sin causa justificada. Principio del superior interés del menor . Régimen de visitas.

[43] STS, Sala Primera, de 13 de enero de 2017. Número Sentencia: 14/2017 Número Recurso: 1148/2016. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 13:2017. Ecli: ES:TS:2017:13 Quien ha incurrido en una grave agresión sexual a la hija de su pareja pone en un riesgo y peligro cierto a su propio hijo, con el que convivió escaso tiempo en régimen familiar con Dña. Flora y Eugenia. Se ha acreditado que el Sr. Evaristo no reúne las características propias de un buen padre de familia, por lo que se afectaría gravemente el interés de su propio hijo si se permitiese el ejercicio de la patria potestad por quien es evidente que no está capacitado para el cumplimiento de las obligaciones de cuidado y respeto de un menor (art. 170 CC). Para la privación de la patria potestad no es necesario que la agresión o incumplimiento de deberes tenga como sujeto pasivo directo al hijo, sino como se refiere en las sentencias citadas, también se puede inferir de la agresión a la madre o, como en este caso, a una hermana.

Cabe añadir finalmente, que la sentencia citada por la sala de apelación como fundamento a su decisión de privación temporal de la patria potestad durante el tiempo de cumplimiento de condena (sentencia de 20 de enero de 1993, recurso núm. 2395/1990) no acogió esta solución, sino que mantuvo la privación de la patria potestad acordada en primera y segunda instancia en relación con la demanda de privación de patria potestad promovida por el abuelo materno de los hijos menores frente a su progenitor, en prisión provisional sujeto a causa penal por delito de parricidio en la persona de su esposa.

[44] STS, Sala Primera, de 25 de noviembre de 2016. Número Sentencia: 711/2016 Número Recurso: 2224/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Numroj: STS 5164:2016. Ecli: ES:TS:2016:5164. Privación de patria potestad acordada en sentencia penal, posterior a la sentencia de la Audiencia Provincial. «Ciertamente la gravedad de los hechos denunciados y el reconocimiento parcial de los mismos por el entonces acusado, como alega el Ministerio Fiscal, exigía unas medidas cautelares civiles y/o penales tuteladoras de los intereses de la menor, como de hecho se acordaron, que se podían adoptar conforme a los artículos 94 del Código Civil y 65 de la LO 1/2004 (sentencia núm. 598, de 27 de octubre de 2015). De acuerdo con el artículo 170 del Código Civil procede que esta sala de casación tenga por declarada la privación de patria potestad de D. Gonzalo, en relación con su hija Sagrario, ya pronunciada en sentencia penal antes referida de la AP de La Coruña, declarada firme».

[45] STS, Sala Primera, sentencia de 9 de noviembre de 2015. Número Sentencia: 621/2015 Número Recurso: 1754/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma: impago de pensiones e incumplimiento régimen de visitas. Atribución en exclusiva de la patria potestad.

[46] Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Vigo (Provincia de Pontevedra). Núm. 624/2021 de 15 de noviembre *(JUR* 2021, 347243). La madre pide autorización para vacunar a su hija del COVID-19.

[47] Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Tafalla, de 9 de noviembre *(JUR* 2021, 33790). Se le impone a un padre la obligación de llevar al colegio a sus hijos menores, quien se negaba a causa del COVID-19.

[48] Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Sevilla. Núm. 545/2018 de 27 de julio *(JUR* 2020, 86387) Se autoriza a la madre a la expedición del pasaporte sin recabar el consentimiento del padre.

[49] Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de estos.

[50] El legislador prevé la especialización de la justicia penal, mediante la creación de los Juzgados especializados en Violencia contra la Infancia y la Adolescencia incluso ya existe un proyecto piloto de Juzgado de Violencia Contra la Infancia y Adolescencia de las Palmas de Gran Canaria, liderado por el Juzgado de Instrucción número 3, y que parece estar dando resultados satisfactorios.

La cuestión es que la dotación presupuestaria debe multiplicarse por 52, más en el caso de ciudades grandes como Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla… habría que crear más unidades… Por lo que hablamos de una partida importante.

[51] TARUFFO, M., Racionalidad y crisis de la ley procesal, *Doxa*, núm. 22, 1999, 313-314.

[52] Paloma ARRABAL PLATERO en Diálogos para el futuro judicial XLVIII. La protección judicial de la infancia: examen y perspectiva, *op. cit*.

[53] Introducido por la Ley 8/2021, de 2 de junio.

[54] El artículo 94 del Código Civil, determina que «no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial».

1.2. Derecho de Familia

Hacia la igualdad de trato en el acceso a la pensión de viudedad de las parejas estables: algunas consideraciones sobre el concepto de pareja de hecho y las novedades de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones

Towards equal treatment in access to the widow's pension for stable partners: some considerations on the concept of unmarried partners and the new features of Law 21/2021 of December 28 on guaranteeing the purchasing power of pensions

por

M.ª TERESA DUPLÁ MARÍN
Catedrática de Universidad (ESADE.URL)

RESUMEN: La variedad de modelos familiares es una realidad de nuestra sociedad inclusiva. En este sentido, las parejas estables se han ido consolidando con el paso de los años, pero aún quedan algunas cuestiones abiertas y por resolver. Una de ellas, el acceso a la pensión de viudedad en igualdad de trato y sin diferencias según la comunidad autónoma en la que se resida, diferencia que la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones evidencia por primera vez. Dicho lo cual, objetivo de este trabajo es ahondar en el origen de las causas que propician dicha discriminación, con el fin de presentar una propuesta de *lege ferenda* que posibilite una solución a este problema que sea, además, coherente en el conjunto de todo nuestro ordenamiento jurídico.

ABSTRACT: The variety of family models is a reality of our inclusive society. In this sense, stable couples have been consolidating over the years, but there are still some open questions to be resolved. One of these is equal access to a widow's or widower's pension, without differences depending on the Autonomous Community in which they live, a difference that Law 21/2021, of 28 December, on guaranteeing the purchasing power of pensions, highlights for the first time. That said, the aim of this paper is to delve into the causes of this discrimination, with the aim of presenting a lege ferenda proposal that will enable a solution to this problem that is also coherent throughout our legal system.

PALABRAS CLAVE: Pareja estable. Pareja de hecho. Pensión de viudedad. Principio de igualdad o no discriminación. Modelos familiares.

KEY WORDS: Stable partnership. Unmarried partner. Widow's pension. Principle of equality or non-discrimination. Family models.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL TRABAJO.—II. MODELOS FAMILIARES Y PLURALIDAD LEGISLATIVA: UNA REALIDAD RECOGIDA POR EL DERECHO ROMANO QUE SE REPITE HOY.—III. PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY 21/2021 EN LO QUE RESPECTA AL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN DE VIUDEDAD DE LAS PAREJAS DE HECHO.—IV. LA CONFIGURACIÓN VARIABLE DE LA PAREJA ESTABLE EN EL ÁMBITO JURÍDICO PRIVADO: TRES EJEMPLOS DE DIFERENTES FORMAS DE CONSTITUCIÓN Y RECONOCIMIENTO.—V. A MODO DE CONCLUSIONES: UN NUEVO EJEMPLO DE FALTA DE COORDINACIÓN ENTRE ÁREAS DEL DERECHO Y ALGUNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL TRABAJO

El trabajo que presento parte de la creencia en el principio fundamental de no discriminación por razón del grupo familiar del que se forma parte, principio que parece estar presente en muchas de las leyes de parejas estables. Como telón de fondo, una realidad social absolutamente asentada en nuestro país, cual es, la variedad de modelos familiares polarizados en dos principales: el matrimonio y las parejas estables o de hecho. Puesto que a pesar de que podemos hablar de otros modelos, como la familia recompuesta o reconstituida, la familia monogámica, o las parejas no reguladas o libres, las estadísticas confirman que los modelos mayoritarios son los dos iniciales, el clásico matrimonial y las parejas de hecho[1].

Esta realidad familiar actual tiene que ver con el título general del proyecto de investigación en el que el estudio se inserta, «Nuevos Retos del Derecho de Familia en una sociedad inclusiva y global»[2], y lo que pretendo con él es poner de manifiesto que, queramos o no, a día de hoy en esta área seguimos viviendo muchos cambios y, en algunos casos como el presente, seguimos avanzando por arenas movedizas[3]. Es sabido por todos, y reclamado desde hace tiempo, que en el ámbito estatal urge una reforma, al menos del Código Civil, que incluya las parejas de hecho para darles una cobertura jurídica unitaria y estable, así como el reconocimiento y lugar que se merecen como modelo familiar.

Y realizada la afirmación precedente, la cuestión de fondo que quiero dejar planteada, centrándome ya en la actual regulación de las parejas estables, es la siguiente: hasta qué punto el sistema plurilegislativo de nuestro Derecho, protegido y amparado por la Constitución española[4] (art. 149.1.8), en una sociedad que tiende a la inclusividad y a la globalidad, justifica que a día de hoy sigan existiendo diferencias de trato jurídico importantes, problemas en el seno de las familias con resultados evidentemente diferentes, dependiendo del lugar donde resida la familia. Esto es, y en concreto, dependiendo de la normativa que exista en la comunidad autónoma, no ya solo en una comunidad autónoma con Derecho foral propio, que estaría en este caso al menos amparado constitucionalmente,

sino incluso en el resto de las comunidades autónomas sin competencia delegada en materia de Derecho civil.

Y una muestra de dicha discriminación es la atribución de prestaciones sociales, en concreto, la pensión de viudedad. En este sentido, basta analizar la doctrina constitucional generada en torno a las parejas de hecho y la pensión de viudedad[5], así como una de las últimas sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante TC), sentencia 1/2021, de 25 de enero de 2021, dictada en recurso de amparo núm. 1343-2018[6], que deniega de nuevo la pensión de viudedad a una viuda casada por el rito gitano y no registrada como pareja estable[7], para comprender que el tema tiene unas implicaciones que, como acertadamente apunta RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, van más allá de la discriminación racial[8]. A lo que hay que sumar, el cambio de criterio del Tribunal Supremo (en adelante TS) en la sentencia 480/2021, de 7 de abril, de la Sala de lo Contencioso, en la que admite cualquier medio de prueba para acreditar la existencia de la pareja de hecho, esto es, sin que sea necesaria la inscripción en el Registro *ad hoc*, o la constitución en documento público y, más adelante, la vuelta al criterio inicial con la STS 372/2022, de 24 de marzo, de la misma Sala.

Conscientes de esta realidad, la entrada en vigor, el 1 de enero de 2022, de la *Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones* (en adelante Ley 21/2021), incluye novedades que suponen un avance muy positivo y que aportan una luz de esperanza a la problemática que voy a analizar. Y es que en la misma se manifiesta, por primera vez, la discriminación existente, y se abre un nuevo camino a la reflexión sobre esta cuestión al publicar, en la disposición adicional tercera, y bajo el título de «*Concepto de pareja de hecho a efectos del sistema de Seguridad Social*», lo siguiente: «*En el plazo de un año, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones analizará la configuración de la pareja de hecho desde el punto de vista de la Seguridad Social, a efectos de determinar su alcance en orden a garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional*». Sobran las palabras: se trata de una declaración clara y directa sobre la posible discriminación que subyace en este ámbito y que es del todo necesario abordar y solucionar lo antes posible.

En síntesis, las siguientes páginas no pretenden ser un nuevo estudio sobre la diversidad de la normativa de parejas estables, como tampoco pretenden serlo respecto la prestación de viudedad en sí misma, cuestiones todas ellas analizadas en numerosos trabajos precedentes. El objetivo principal de este trabajo es, al hilo de la necesidad manifestada de reflexión sobre el concepto de pareja de hecho[9], ahondar en el origen de las causas que propician dicha posible discriminación, así como analizar las novedades de la Ley 21/2021 en esta concreta cuestión para, *in fine,* presentar alguna posible propuesta de *lege ferenda* que posibilite una solución a la reconocida falta de igualdad de trato existente en la actualidad en lo que respecta al acceso a la pensión de viudedad, procurando que esta sea inclusiva, y respetuosa con la normativa ya existente, así como con el ámbito de competencia de cada área del ordenamiento jurídico.

II. MODELOS FAMILIARES Y PLURALIDAD LEGISLATIVA: UNA REALIDAD RECOGIDA POR EL DERECHO ROMANO QUE SE REPITE HOY

Centrándome ya en las parejas estables, el punto de partida de cualquier aproximación al tema es por todos conocido, y por ello no me voy a extender mucho,

pero creo que conviene recordarlo: carecemos de una regulación estatal de las parejas de hecho, ni se contempla directamente en la Constitución española (como pasa con el matrimonio), ni se contempla ni regula por el Código Civil, a pesar de que se trata de un modelo familiar totalmente asentado en nuestra sociedad y, no lo olvidemos, una realidad familiar diferente de la matrimonial pero considerada, como apunta la doctrina, por determinados artículos de nuestra Constitución, a saber: el artículo 9.2 libertad e igualdad del individuo; el artículo 10 libre desarrollo de la personalidad; el artículo 14 no discriminación, y sobre todo, el artículo 39.1 realidad familiar protegida al establecer «*que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*», incluida la formada por la pareja de hecho, tal y como ha venido declarando el Tribunal Constitucional[10].

A mayor abundamiento, el reconocido «arraigo social de la realidad familiar de las parejas estables»[11] queda patente en diversa normativa pública y privada que considera habitualmente dicho modelo familiar desde diferentes ámbitos, incluso en la reciente normativa en época de COVID-19, a modo de ejemplo el *RD Ley 3/2021 de 2 de febrero de medidas para la reducción de la brecha de género y otras medidas en ámbitos de la seguridad social y economía* o la *Orden 26/2021 de 15 de enero para la clasificación y provisión de destinos en la Guardia Civil*[12].

Dicho lo cual, procede en este momento echar la vista atrás para recordar que la pluralidad de modelos familiares que configura nuestra sociedad actual no es un fenómeno moderno, ni un nuevo producto de las circunstancias actuales, sino fiel reflejo de lo que ocurría veinte siglos atrás, y que aparece regulado en el Derecho Romano. Y es que la sociedad de aquella época, muy distinta a la actual en muchos aspectos, presenta evidentes similitudes con los modelos y estructuras familiares actuales, como apuntan, entre otros, RESINA SOLA[13] y ÁLVAREZ MALLONA y SCONDA[14], ya que, junto con el matrimonio civil[15], figura originaria que comparte elementos del actual matrimonio y de las parejas estables, coexisten otros modelos como el concubinato, unión estable sin *affectio maritalis* o sin *ius connubii*, y el contubernio, la simple unión de esclavos. Y, es más, la evolución histórica en época romana recuerda, en esencia, lo que estamos viviendo en nuestros días, esto es, una lenta pero progresiva unificación del régimen jurídico del matrimonio y las parejas estables, tal y como ocurrió, no lo olvidemos, en época romano justinianea[16].

Volviendo a la realidad actual, ante la pasividad del legislador estatal, como bien sabemos todos, han sido las comunidades autónomas las que, a veces muy en el límite de las competencias conferidas, han legislado sobre la materia, conscientes de la importancia de la misma y de la necesidad de otorgar seguridad jurídica y protección a dicho modelo familiar. Pero, a mi juicio, y por lo que expondré a continuación, es justamente esta legislación la que, en la práctica, puede conducir y de hecho está conduciendo, a diferencias de trato jurídico de dicha realidad familiar y de los miembros de la misma, según el lugar de nacimiento y/o residencia de la familia.

Así, en estos momentos, la situación normativa, en síntesis, es la siguiente: tenemos 14 leyes autonómicas diferentes, la última de la región de Murcia del año 2018 y 3 Decretos reguladores del funcionamiento de los Registros de parejas estables allí donde todavía no hay ley (La Rioja, Castilla-La Mancha, Castilla y León); si bien todas las comunidades autónomas con competencia delegada en materia de Derecho civil han legislado, 4 de ellas, en concreto Cataluña, Aragón, Galicia y Navarra han incluido a las parejas estables dentro del propio Código Civil o Compilación como un modelo familiar, el resto las mantienen en ley específica aparte.

Como he anticipado, aun siendo conscientes de la existencia de diferencias en el ámbito de la economía, efectos de la ruptura y del fallecimiento, prestaciones sociales y otros[17], voy a centrar mi atención en una de las cuestiones que me parece relevante y que, en mi opinión, es esencial y afecta directamente al tema en estudio, y es el de la forma de constitución y de reconocimiento jurídico de dicho modelo familiar en las distintas comunidades autónomas.

III. PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY 21/2021 EN LO QUE RESPECTA AL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN DE VIUDEDAD DE LAS PAREJAS DE HECHO

El reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas estables a partir de la *Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*[18] es, a día de hoy, una cuestión superada y un derecho que, como tal, no merece discusión[19]. Otra cosa muy distinta son los requisitos que la norma establece para la concesión de dicha prestación social, ya que, a mi juicio, aquí es donde cabe cuestionarse hasta qué punto las cosas se están planteando bien.

Y es que, como recuerda la doctrina[20], la falta de una norma estatal sobre parejas de hecho fue la que, en el momento de la publicación de dicha ley, aconsejó y justificó el establecimiento de un concepto jurídico propio a los efectos del acceso a la pensión.

Pero desde entonces, hasta ahora, es evidente que la regulación de dicho modelo familiar se ha generalizado a la práctica totalidad del territorio nacional. Y la vida vuelve a interconectar, en esta cuestión, distintas áreas del derecho: la civil, la pública (en aquellas comunidades autónomas que no tienen derecho civil propio) y la laboral. Y fruto de dicha necesaria convivencia de distintas normativas, nos encontramos con una realidad y, sobre todo, con unos resultados que, tal y como ha explicitado el legislador en la Ley 21/2021, evidencian un trato desigual, allí donde no debiera haberlo.

Dicho lo cual procede, antes que nada, realizar un breve análisis de las principales novedades introducidas por la Ley 21/2021 y que afectan directamente a los requisitos que la normativa de la Seguridad Social considera deben concurrir, para que pueda concederse la pensión de viudedad, en los supuestos de parejas estables.

Y, para ello, cabe recordar que, como apunta RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA[21], el mismo Tribunal Constitucional y la doctrina han afirmado en muchas ocasiones que dicha prestación, siendo contributiva, tiene una finalidad más compensatoria que sustitutiva de rentas, ya que tiene el objeto de compensar frente a un daño la aminoración de unos ingresos, siendo irrelevante si hay o no estado de necesidad.

Comenzamos con el nuevo redactado del artículo 221[22] del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (a partir de ahora LGSS) que, por su importancia reproduzco íntegramente, y en el que se señala lo siguiente:

«*Pensión de viudedad de parejas de hecho. 1. También tendrán derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, quienes cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 219, se encuentren unidos al causante en el momento de su fallecimiento como pareja de hecho.*

2. A efectos de lo establecido en este artículo, se reconocerá como pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona ni constituida pareja de hecho, y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años, salvo que existan hijos en común, en cuyo caso solo deberán acreditar la constitución de la pareja de hecho de conformidad con lo previsto en el párrafo siguiente.

La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante[23].

3. Cuando la pareja de hecho constituida en los términos del apartado anterior se extinga por voluntad de uno o ambos convivientes, el posterior fallecimiento de uno de ellos solo dará derecho a pensión de viudedad con carácter vitalicio al superviviente cuando, además de concurrir los requisitos exigidos en cada caso en el artículo 219, no haya constituido una nueva pareja de hecho en los términos indicados en el apartado 2 ni contraído matrimonio.

Asimismo, se requerirá que la persona supérstite sea acreedora de una pensión compensatoria y que esta se extinga con motivo de la muerte del causante. La pensión compensatoria deberá estar determinada judicialmente o mediante convenio o pacto regulador entre los miembros de la pareja otorgado en documento público, siempre que para fijar el importe de la pensión se haya tenido en cuenta la concurrencia en el perceptor de las mismas circunstancias relacionadas en el artículo 97 del Código Civil.

En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última.

En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la extinción de la pareja de hecho mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho».

Sin pretender entrar en un análisis a fondo de la reforma, cuestión esta que excede de los objetivos de este trabajo, las principales novedades que me interesa destacar, a los efectos de este estudio, son las siguientes:

1. Se mantienen los mismos requisitos de cotización y de alta requeridos en caso de matrimonio, y se elimina el requisito tan cuestionado del párrafo primero de la necesidad económica, equiparando de este modo, y en este ámbito, la pareja de hecho al matrimonio, a los efectos de los requerimientos para poder optar a esta prestación[24].

2. En cuanto a los requisitos de reconocimiento de la pareja de hecho, se incluye la existencia de otra pareja de hecho como impedimento (no solo el vínculo matrimonial).

Además, se introduce la tenencia de hijos en común como hecho suficiente que viene a sustituir la prueba de la convivencia estable, notoria, ininterrumpida e inmediata de duración no inferior a cinco años, que se requiere en caso contrario, manteniendo los mismos requisitos previos en lo que se refiere a la acreditación de la existencia de la pareja de hecho. En concreto, respecto de esto último, la necesaria certificación de la inscripción en el registro *ad hoc* o en el ayuntamiento, que puede ser sustituida por la escritura pública de constitución de la pareja de hecho, con una antelación mínima de dos años respecto de la fecha de fallecimiento del causante.

3. Se introduce el requisito de la necesaria pensión compensatoria en el caso de extinción previa al fallecimiento de la pareja de hecho, así como el no haber contraído nuevo matrimonio o pareja estable, salvo en los supuestos de violencia de género que pueda acreditarse, para poder acceder a la pensión de viudedad, lo que de nuevo equipara el supuesto de la pareja estable al del matrimonio[25].

En síntesis, de lo hasta aquí señalado puede concluirse una clara tendencia del legislador en la Ley 21/2021 hacia la eliminación de ciertos requisitos que se habían establecido solo respecto de las parejas de hecho y, en este sentido, una tendencia hacia la equiparación, en esta materia, del matrimonio y la pareja estable[26]. Y en cuanto a los requisitos de reconocimiento, cabe apuntar que los nuevos son una mera repetición de algunos de los requisitos o impedimentos que ya existen respecto de las normativas actuales sobre pareja estable en el ámbito jurídico privado y público.

Continuamos con el artículo 222 de la LGSS que, regulando la prestación temporal de viudedad incluye como novedad, y junto con el matrimonio, el acceso de la pareja estable a dicha prestación cuando, concurriendo los requisitos del artículo 219, no pueda acreditarse que su inscripción o constitución por documento público se ha producido con una antelación de dos años respecto de la fecha de fallecimiento[27]. Esto es, de nuevo supone una confirmación de la tendencia hacia la igualdad en el acceso a la pensión de viudedad de ambos modelos familiares.

Para finalizar este apartado, especial mención requiere la disposición adicional tercera de la Ley 21/2021 que, bajo el título «*Concepto de pareja de hecho a efectos del sistema de Seguridad Social*», como he indicado en la introducción del trabajo, emplaza al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones a analizar la configuración de la pareja de hecho desde el punto de vista de la Seguridad Social, a los efectos de determinar su alcance en orden a garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional.

Dicho lo cual, en mi opinión, un correcto análisis de la configuración de la pareja de hecho, se haga desde la perspectiva que se haga, debe partir siempre y, en consecuencia, no debe obviar, la configuración que la misma, como figura indubitable del Derecho de Familia, reciba en esa área del Derecho. De todo ello me ocupo en el siguiente apartado.

IV. LA CONFIGURACIÓN VARIABLE DE LA PAREJA ESTABLE EN EL ÁMBITO JURÍDICO PRIVADO: TRES EJEMPLOS DE DIFERENTES FORMAS DE CONSTITUCIÓN Y RECONOCIMIENTO

Pasado casi un cuarto de siglo desde la publicación de la primera regulación de las llamadas uniones estables[28], a día de hoy, las distintas modalidades de

constitución y reconocimiento de la pareja estable van desde la simple convivencia probada durante un tiempo, hasta la tenencia de un hijo en común, pasando por la necesaria inscripción en el registro creado *ad hoc*, o la constitución en documento público. Esto es, existe una diversidad de formas de constitución y reconocimiento de las parejas estables en nuestro país, dependiendo del lugar donde se resida, hecho este que no es posible que se produzca cuando hablamos del matrimonio, por ser esta una de las competencias atribuidas de forma exclusiva al Estado según lo dispuesto en el artículo 149.8 CE.

Y es esta, en mi opinión, la raíz del problema que estamos analizando. Esto es, mi hipótesis de partida es que, siendo la diversidad de formas de constitución y reconocimiento de las parejas estables la causa originaria de la diversidad de trato actual, la misma no debe justificar un trato desigual en lo que respecta al acceso y la atribución de la prestación de viudedad a las parejas estables.

Dicho esto, y con la finalidad de evitar repeticiones innecesarias, voy a tomar como ejemplo tres modelos diferentes: el de Cataluña, el de Navarra y el de Aragón. Se trata, además, de tres comunidades autónomas con competencia en materia de Derecho civil, seleccionadas no solo por sus diferencias normativas, sino para que sirvan de ejemplo de la profundidad y calado del problema.

1. Cataluña: sistema dual (de facto y/o formal) a elección de las partes e inscripción voluntaria

Se trata de la comunidad autónoma pionera en la regulación de este modelo familiar y opta, desde el inicio, por un sistema dual a elección de las partes:

a) constitución de facto: por hechos que el ordenamiento jurídico considera suficientes para el reconocimiento de la pareja estable, en concreto, la convivencia ininterrumpida de dos años o la tenencia de hijos en común, en este último caso, con independencia del tiempo de convivencia, o

b) constitución formal: la formalización de la pareja estable en escritura pública[29].

Desde el momento en que la formalización en escritura pública es voluntaria, así como la inscripción en el registro creado al efecto[30], cabe afirmar que en el sistema de constitución catalán no hay forma *ad solemnitatem*, ni la inscripción es constitutiva por sí misma[31]. Esto es, puede darse el caso de una pareja estable que conviva desde hace un año y tenga un hijo en común, a la que ya se le podría aplicar la normativa del Código Civil catalán, y que decida al cabo de 10 años de convivencia otorgar escritura pública que, en cualquier caso, no supondría el reconocimiento de la pareja estable desde esa fecha.

Dicho esto y, a modo de ejemplo, a través de la *Ley 5/2020, de 29 de abril, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público y de creación del impuesto sobre las instalaciones que inciden en el medio ambiente*, se modifica el artículo 14 de la *Ley 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico*[32], que queda redactado del siguiente modo: «*Unidad familiar y unidad de convivencia.1. A efectos de lo establecido en la presente ley, son unidades familiares y unidades de convivencia: a) Las relaciones familiares derivadas del matrimonio y sus descendientes. b) Las relaciones familiares derivadas de la convivencia estable en pareja, en los términos establecidos en el artículo 234-1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo*

a la persona y la familia. c) Las familias reconstituidas. d) Las familias con niños en acogimiento o adopción».

Esto es, y en lo que refiere al tema que nos ocupa, se trata de un claro ejemplo de remisión directa a la forma de constitución civil de la pareja estable de dicha comunidad autónoma, a los efectos de considerar como tal dicha unidad familiar y, consecuentemente, acceder a determinadas prestaciones sociales.

2. Navarra: sistema obligatorio doble, de constitución en documento público y registro

La regulación de las parejas estables en la comunidad autónoma navarra ha sido algo convulsa y ciertamente curiosa. Tras la publicación de la regulación catalana, y sin duda teniendo muy presente el modelo de constitución de la misma, se publica la *Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de igualdad jurídica de parejas estables de Navarra,* cuyo artículo 2 establecía lo siguiente: «*Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja 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 hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público. En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad, se tendrá en cuenta en el cómputo del periodo indicado de un año*»[33].

Las similitudes de los dos modelos, el catalán y el navarro, eran evidentes, dicho lo cual, una parte importante del contenido de la Ley foral 6/2000 fue declarada inconstitucional por STC 93/2013 de 23 de abril[34]. En concreto, y en lo que aquí nos interesa, curiosamente la forma de constitución por convivencia (en este caso ininterrumpida de un año) y por tenencia de hijos de la pareja estable, al entender que dichas formas de constitución no eran voluntarias, sino imperativos de la norma. Esto es, que en el momento en que dichas circunstancias se dieran, automáticamente dicho modelo familiar pasaría a ser pareja estable regulada por ley, lo cual entendió el Tribunal Constitucional que era contrario al artículo 10.1 CE[35].

El argumento esgrimido por el Tribunal Constitucional realmente pone en evidencia la debilidad misma del modelo «de facto» puesto que, ante una ruptura o fallecimiento, solo con probar dichas circunstancias cabría reclamar determinados derechos familiares o sucesorios reconocidos por la norma, aun cuando no hubiese sido voluntad de las partes constituir una pareja estable. Por lo mismo, dificulta en algunos casos la posibilidad de convivencia sin necesidad de ser pareja estable, esto es, la voluntad de determinadas personas de simplemente convivir.

La similitud con la normativa catalana, en cuanto a formas de constitución declaradas inconstitucionales es evidente, y ha llevado a parte de la doctrina a interpretar cierta posible inconstitucionalidad tácita de las formas de constitución catalanas. Pero el tema, hasta el día de hoy, no ha avanzado más y la normativa catalana sigue totalmente vigente.

Esta situación obligó a la comunidad autónoma de Navarra a confeccionar una nueva regulación, en la actualidad, recogida en el artículo 106 de la *Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo* que, respecto de la constitución de la pareja estable, establece lo siguiente: «*Constitución. Dos personas mayores de edad*

o menores emancipadas, en comunidad de vida afectiva análoga a la conyugal, si quieren constituirse en pareja estable con los efectos previstos en esta Compilación podrán hacerlo manifestando su voluntad en documento público. Registro. La pareja estable deberá inscribirse en un Registro único de parejas estables de la Comunidad Foral de Navarra a los efectos de prueba y publicidad previstos en la norma que lo regule, así como a los efectos que establezcan otras disposiciones legales».

En conclusión, y con la finalidad de salvar las dificultades previas, el legislador navarro optó por un sistema de constitución y reconocimiento con doble declaración por parte de los miembros de la pareja estable, con el fin de obviar la posible imperatividad de la norma y formalizar, de este modo, un sistema totalmente voluntario: por un lado, la constitución en documento público y, por otro, el registro obligatorio. Se trata de un sistema reforzado que, como veremos más adelante, si bien puede resultar beneficioso en lo que respecta a la obtención de la pensión de viudedad, sin duda alguna es consecuencia de la inconstitucionalidad declarada, está muy lejos del modelo de constitución inicialmente regulado y evidencia, en cualquier caso, la falta de coherencia de todo el sistema en su conjunto.

3. Aragón: sistema mixto voluntario de reconocimiento civil y administrativo

La comunidad autónoma de Aragón también fue una de las primeras en regular las parejas estables a través de la *Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas*, introduciendo una forma de constitución que, si bien se asemeja a la catalana, no es exactamente igual, y que se mantiene hasta la actualidad en el artículo 305 del *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» (en adelante CDFA), el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas*: Existencia de pareja estable no casada. «*Se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un periodo ininterrumpido de dos años, como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública*»[36].

A lo que hay que añadir lo dispuesto en el artículo 304 respecto del registro administrativo, que sigue siendo la misma redacción que la originaria del artículo 2 de la Ley 6/1999: «*Toda pareja estable no casada deberá ser inscrita en un Registro de la Diputación General de Aragón para que le sean aplicables las medidas administrativas que le correspondan, así como anotada o mencionada en el Registro Civil competente si la legislación estatal lo previera*».

Podrá acreditarse la existencia de pareja estable no casada y el transcurso de los dos años de referencia, si no existiera escritura pública, mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, especialmente, a través de acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia».

En definitiva, el artículo 304 CDFA debe interpretarse conjuntamente con el artículo 305 para diferenciar dos fases en el proceso de formalización de una pareja estable no casada: una primera, que implica el reconocimiento de efectos civiles y precisa de escritura pública de constitución o de convivencia efectiva de al menos dos años; y una segunda, que supone otorgarle efectos de Derecho público, y requiere la inscripción en el registro administrativo, siendo este último necesario para el reconocimiento de efectos de carácter administrativo a la pareja como, por ejemplo, los existentes en materia de vivienda, sanidad, asistencia social etc…

Dicho lo cual, apunto lo que para mí es esencial a los efectos de lo que estamos analizando: pueden existir parejas constituidas con reconocimiento de

efectos civiles no registradas administrativamente, pero no puede haber parejas registradas que no estén constituidas conforme a la ley civil. Y ello porque, conforme a lo previsto en el artículo 3 del *Decreto 203/1999, de 2 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro Administrativo de parejas estables no casadas,* para la inscripción registral hay que aportar la escritura pública de constitución, o acreditar la convivencia efectiva durante al menos dos años, es decir, es necesario que se haya constituido la pareja conforme a lo dispuesto en la norma civil. El hecho de que esto sea así puede impedir el reconocimiento —civil y administrativo— como parejas estables no casadas a las integradas por personas que no sean las dos de vecindad civil aragonesa, y ello porque, aunque el mismo artículo 3 del mencionado Decreto exige que se acredite la vecindad administrativa —es decir, empadronamiento en un municipio aragonés— y no la vecindad civil, requiere también la cumplimentación de los presupuestos de conformación de la pareja del artículo 303 CDFA, los cuales solo son aplicables a quienes son de vecindad civil aragonesa. Esta forma de articular el procedimiento de formalización de las parejas estables no casadas también puede plantear algún problema cuando siendo los dos de vecindad civil aragonesa al formalizar la situación de pareja estable no casada, uno o los dos pierden dicha vecindad.

En síntesis, de los tres modelos analizados podemos concluir: por un lado, la variedad de matices en los sistemas de constitución y reconocimiento de parejas estables, según la comunidad autónoma de que se trate, siendo, en cualquier caso, necesario el cumplimiento de los requisitos de la norma civil para poder realizar la inscripción de la pareja en el registro correspondiente; y, por otro, la aparente obligatoriedad o voluntariedad derivada de la redacción de la norma, en lo relativo a la inscripción en el registro administrativo de parejas estables y, en definitiva, también en esta cuestión, la falta de uniformidad.

Y todo lo analizado en los apartados precedentes me lleva a dejar planteadas algunas cuestiones de fondo para el futuro: en las comunidades autónomas en las que rige el Derecho civil estatal ¿es jurídicamente adecuado que exista una diversidad de criterios, según el territorio donde se resida, respecto de la constitución y reconocimiento de las parejas estables, o el mismo es contrario al principio de no discriminación del artículo 14 de la Constitución española y al mandato constitucional de protección de la familia? Y profundizando un poco más, si estamos hablando de forma ¿no debiera quizás este tema quedar excluido, por la trascendencia y efectos, igual que ocurre con las formas de matrimonio, de la legislación autonómica o foral? Y para finalizar, conectando con el tema que aquí nos ocupa ¿está realmente justificada la diversidad de requisitos de constitución en el ámbito civil, público y laboral?

V. A MODO DE CONCLUSIONES: UN NUEVO EJEMPLO DE FALTA DE COORDINACIÓN ENTRE ÁREAS DEL DERECHO Y ALGUNA PROPUESTA DEL *LEGE FERENDA*

El objetivo último de este trabajo era analizar la afectación, en forma de discriminación reconocida por el propio legislador, de esta pluralidad de sistemas de constitución de las parejas estables, en lo que respecta al reconocimiento a estas de prestaciones sociales, en concreto, de la pensión de viudedad.

La hipótesis de la que partía era la diversidad de formas de constitución y reconocimiento de las parejas estables como la causa originaria de la diferencia de

trato actual. Y la conclusión a la que quiero llegar en este apartado es que dicha diversidad no puede ni debe considerarse la causa última de la existencia de un trato desigual en lo que respecta a la atribución de la prestación de viudedad a las parejas estables.

Todo ello nos obliga a una reflexión para hallar las vías que generen, partiendo de dicha diversidad normativa, una igualdad en el acceso de la pensión de viudedad a las parejas estables, similar a la que existe respecto del matrimonio, y en pro de la protección misma de la familia.

Dicho lo cual, cualquier reflexión final obliga a contextualizar y ordenar los elementos que concurren, en este caso concreto:

1. que la pareja estable es un modelo de familia y que, por tanto, se trata de una institución que debe regularse, *ab initio* y prioritariamente, en el ámbito del Derecho civil;
2. que, en consecuencia, está justificado que las comunidades autónomas con competencias delegadas en materia civil legislen en esta materia de forma diversa e independiente, como así lo han hecho;
3. que la falta de reconocimiento por el Derecho civil estatal ha llevado a la promulgación de normativa, generalmente en el ámbito del Derecho público, de reconocimiento de dicho modelo familiar y,
4. que la normativa de la Seguridad Social es competencia estatal y, por tanto, el acceso a las prestaciones sociales debe respetar el principio de igualdad, sea cual fuere el territorio en el que resida la pareja estable.

Establecido lo anterior, y de todo lo analizado en los apartados precedentes, resulta evidente que es competencia del Derecho civil concretar los requisitos que deben concurrir para que podamos hablar de pareja estable o de hecho. Y, en consecuencia, la solución al problema planteado no debe pasar, a mi juicio, porque la normativa de la Seguridad Social proponga en estos momentos un nuevo concepto de pareja estable, como así lo ha manifestado la Ley 21/2021. Y esto, por un lado, porque como se ha visto ya existe concepto, aunque sea diferente en cada comunidad autónoma; y, por otro, porque esta cuestión, siendo materia del Derecho civil, entiendo que no le compete.

Por todo ello, la solución debe pasar por, respetando la forma de constitución ya existente en cada comunidad autónoma, como en su día propuso el propio Tribunal Supremo al plantear la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 174.3.5 de la LGSS[37], buscar una solución adecuada que asegure la igualdad de trato en el acceso a esta prestación social. Y todo ello siguiendo la doctrina judicial sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación que, como acertadamente recuerda CERVILLA GARZÓN «*solo se conculcará cuando se produzca una diferencia entre situaciones que se puedan considerar iguales, siempre que no exista una justificación objetiva y razonable. Para que la diferencia de trato sea lícita, desde la perspectiva constitucional, es imprescindible que las consecuencias jurídicas derivadas de la distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, es decir, el juicio de proporcionalidad se realiza entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida*»[38].

En este sentido, y respecto de la actual normativa analizada en los precedentes apartados, cabe señalar algunas cuestiones relevantes.

Comienzo con la normativa de la Seguridad Social, en concreto lo dispuesto en el artículo 221.2 de la LGSS. Procede diferenciar en la misma, como así se recoge en la reciente STC de febrero de 2021[39], entre:

1. Los requisitos de reconocimiento o constitución de la pareja de hecho:

— pareja con análoga relación de afectividad a la conyugal;
— que no exista impedimento para matrimonio;
— que no exista vínculo matrimonial con otra persona ni constituida pareja de hecho;
— convivencia previa ininterrumpida de 5 años;
— si hay hijos en común, solo deberán acreditar la constitución de la pareja de hecho de conformidad con lo previsto en el apartado 2 siguiente.

2. Los requisitos de acceso a la prestación (similares a los de otras prestaciones):

— alta y cotización previa como en el matrimonio;
— acreditación de la convivencia previa mínima de 5 años mediante certificado de empadronamiento o, en su caso, tenencia de hijos en común;
— inscripción o formalización en documento público 2 años antes del fallecimiento.

De todo lo expuesto podemos deducir que la legislación de la Seguridad Social realmente lo que hace es establecer unos nuevos criterios de constitución y reconocimiento de la pareja estable a los efectos de la concesión de la prestación de viudedad que, en algunos supuestos, difieren de los establecidos en el ámbito civil (o en el público, en su caso) en las diferentes comunidades autónomas, como hemos visto en los casos analizados previamente.

Así, por ejemplo, el caso del Derecho civil catalán que considera que existe la pareja estable por mera convivencia de más de dos años, o por tener hijos en común, por constitución en escritura pública, o por inscripción, no siendo esta última, recordemos, necesaria a los efectos de considerar constituida la pareja estable, ni para el acceso a determinadas prestaciones sociales.

Dicho esto, la realidad, que muchas veces supera la ficción, nos puede llevar a supuestos como los siguientes:

1. Pareja estable en Cataluña, con convivencia de 15 años, 5 hijos en común, que opta por no inscribirse en el registro de parejas estables porque el libro segundo del Código Civil catalán, que recordemos regula la materia de las parejas estables como un modelo familiar[40], considera que la tenencia de hijos en común ya es requisito de constitución y reconocimiento de dicha pareja estable. Dicho lo cual, en caso de fallecimiento de uno de ellos se generan derechos sucesorios similares a los del cónyuge, que pueden reclamarse[41]. A *sensu contrario,* si solicitase en su caso la pensión de viudedad, la misma se le denegaría por no constar inscrita dicha pareja, a pesar de ser considerada como tal a los efectos civiles, y aunque concurriese un estado de necesidad[42]. Aquí, además, podríamos encontrarnos con el problema de que, inscrita como pareja estable, tampoco pudiese reclamar dicha prestación en caso de que existiese un vinculo matrimonial con otra persona, siendo que la normativa catalana parece que, a *sensu contrario,* lo permite[43]. Imaginemos el caso anterior en el que la convivencia se haya iniciado por persona casada (con vinculo matrimonial, esto es no divorciada ni separada), separada de hecho [a *sensu contrario* de lo dispuesto en el apartado c), de lo dispuesto en la normativa de la Seguridad Social], cumpliendo todos los requisitos señalados, cabría denegar la prestación de viudedad por no cumplir el requisito

de «*no tengan vínculo matrimonial con otra persona*», puesto que en este caso, sí que tendrían dicho vínculo a pesar de poder acceder a todos los derechos civiles reconocidos como pareja estable. Y lo mismo respecto del impedimento por parentesco. Estas posibles situaciones reales son las que, produciendo la denegación de la pensión de viudedad, lesionan el derecho constitucional a la igualdad de trato puesto que, en estos casos, en línea con la argumentación vertida en su día por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[44], existiendo buena fe, también se ha generado una apariencia de pareja de hecho que además está reconocida por el Derecho civil, y de la que surgen derechos y el acceso a otras prestaciones sociales[45].

2. Pareja en otra comunidad autónoma que tenga la inscripción obligatoria, por ejemplo, el caso de Navarra: en este caso, siendo una realidad familiar igual a la anterior, sí que podría acceder a la prestación de viudedad, ya que cumpliría todos los requisitos prescritos por la normativa de la Seguridad Social.

3. O, por último, pareja estable en una comunidad autónoma que tenga un sistema de inscripción mixto (con efectos civiles y/o administrativos), como el caso analizado de Aragón. Aquí, a diferencia de lo que ocurre en Cataluña, la propia norma civil advierte de las consecuencias de no tener hecha la inscripción en el registro administrativo, por lo que la norma, en este sentido, resulta ventajosa.

Es evidente que, a los efectos de lo que aquí estamos analizando, incluso teniendo competencia en la materia para legislar, sin duda alguna resulta más ventajosa para las parejas estables la normativa de las comunidades autónomas que consideran obligatoria la inscripción en el registro o la formalización en escritura pública, frente a las que no lo consideran, como la catalana. En definitiva, resulta que la pareja estable queda, aun siendo reconocida como tal por el Derecho, desprotegida respecto de los requerimientos de la normativa de la Seguridad Social.

Lo cual nos lleva de nuevo a la cuestión planteada al inicio del trabajo. Siendo realidades/unidades familiares similares ¿está justificado que existan diferentes modalidades de constitución según la comunidad autónoma en la que se resida? A nuestro juicio, y por todo lo indicado, en el caso de las comunidades autónomas con competencia delegada en materia de Derecho civil, sí. Siendo esto así ¿está justificado que la normativa de la Seguridad Social establezca nuevos requisitos para el reconocimiento de la existencia de dichas parejas estables, en definitiva, para su reconocimiento como tales? En mi opinión, y partiendo del principio elemental de que sí es competencia del Estado la determinación de los sujetos beneficiarios de la pensión de viudedad, y que esto debe hacerse de manera igual respecto de todos los sujetos, es evidente que la respuesta en este momento es no. Y, finalmente, siendo esto así ¿está justificado el diferente trato de los mismos modelos familiares, las parejas de hecho, a los efectos de acceso a la prestación por viudedad? A mi juicio, y parece ser que también el del legislador, parece que no. Esto es, la actual normativa mantiene un factor de diversidad que determina una desigualdad de trato que no tiene justificación objetiva ni razonable, y que produce diferente resultado según la comunidad autónoma de que se trate[46].

Y esto me lleva a identificar la esencia del problema: la falta de igualdad de trato o discriminación, si bien tiene su origen en la diferente normativa de constitución o reconocimiento de las parejas estables, no puede predicarse sino respecto de los requisitos de acceso establecidos en la actualidad por la LGSS. Esto es, la discriminación se produce por la falta de reconocimiento de una normativa variable reguladora de parejas estables existente y que debiera tenerse en cuenta para corregir, en el acceso a la prestación, esa desigualdad. A lo que hay que añadir que la creación de otra norma propia de la LGSS, como ya había advertido la doctrina[47], además de chocar, en algunos supuestos, con lo dispues-

to por la normativa civil, genera en mi opinión una invasión de competencias legislativas que no le corresponden[48].

Y aquí comparto la opinión del legislador, esto es, no está justificado dicho trato diferente y, por todo ello planteo una posible propuesta de *lege ferenda* al hilo de la vuelta a la necesidad de concepto de pareja estable que se recoge en la Ley 21/2021, como reflexión final y, sobre todo, como ejercicio de economía legislativa y de coordinación normativa. Dicha propuesta recoge como telón de fondo uno de los motivos del voto particular de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de marzo de 2014 de los magistrados ROCA y XIOL[49], consiste en una simple remisión de la LGSS a los requisitos de constitución y reconocimiento de las parejas estables existentes en las diferentes normas de las comunidades autónomas[50], a los efectos de considerar que una pareja que convive es pareja de hecho y puede, en su caso, acceder a la pensión de viudedad. Lo cual evitaría, *in fine,* situaciones de desprotección como la que hemos expuesto anteriormente.

Además, en esta normativa cabría incluir los concretos requisitos de acceso a la prestación que ya existen en la actualidad, similares a los de otras prestaciones, como el alta y cotización previa y la acreditación de un tiempo de convivencia mínimo, en su caso y si así se estima, el actual de 5 años (como garantía añadida de la convivencia *more uxorio*), que puede ser sustituido por la tenencia de hijos en común. No obstante esto, en esta propuesta quedaría eliminado el requisito de la inscripción o escritura pública puesto que, como hemos visto, este choca en algunos casos con la normativa ya existente de constitución y reconocimiento de las parejas estables en el ámbito civil y, en ese sentido no está justificado y podría dar lugar a confusión y generar las situaciones de discriminación que hemos analizado.

Otro tema distinto será encontrar los mecanismos que permitan la coordinación interna del sistema de prestaciones de la Seguridad Social, evitando situaciones de doble devengo de la pensión de viudedad[51], pero, en mi opinión, eso ya queda fuera de la cuestión que estoy aquí planteando y, en cualquier caso, no debe servir de argumento para justificar las situaciones de discriminación que hemos visto que pueden darse en la actualidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CUESTA, H., Uniones de hecho y su incidencia en la Seguridad Social, *Actualidad Laboral*, núm. 19, noviembre de 2009.

ÁLVAREZ MALLONA M.B. y SCONDA M.V., El matrimonio romano: definición de elementos y requisitos y su recepción en el Código Civil Vélez Sarfield y en la Ley 2393 de Matrimonio Civil. El matrimonio igualitario. Conflictos actuales, *Fundamentos Romanísticos del Derecho contemporánero,* III. Derecho de Familia (vol. II), Duplá Marín M.T (coord.), ed. BOE, 2021.

CASAS BAAMONDE M.E., La pensión de viudedad en las parejas de hecho y su legítima vinculación asistencial a situaciones de necesidad económica. ATC núm. 8/2019, de 12 de febrero, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 1/2019.

CERVILLA GARZÓN, M.J., Poligamia, matrimonio por el rito gitano y derecho a la pensión de viudedad: la reciente postura del Tribunal Constitucional frente al criterio del Tribunal Supremo y su contradictorio impacto en la aplicación del derecho a la no discriminación, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 3, enero-junio, 2021.

FUGARDO ESTIVILL, J.M.ª, Existir, ser y estar de las uniones estables de pareja, *La Notaría*, 2/2014.

MEDINA SÁNCHEZ R., Evolución del concepto de familia. Nuevas formas de familia. Matrimonio y uniones de hecho, *Tratado sobre la igualdad jurídica y social de la mujer en el s. XXI*, Fernández González M.ªB. (coord.), ed. Dykinson, Madrid, 2019.

MORINEAU M., El concubinato en Roma y en México, *Fundamentos Romanísticos del Derecho contemporáneo,* III. Derecho de Familia (vol. II), Duplá Marín M.T (coord.), ed. BOE, 2021.

NAVARCLES VALLES, J., Las parejas estables tras la inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio: el retorno a la unión de hecho, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 750, 2015.

PANERO, R., *Derecho Romano*, ed. Tirant lo Blanch, 5.ª ed., Valencia, 2015.

RESINA SOLA, P., ¿Familia o familias? Una reflexión metodológica, *Fundamentos Romanísticos del Derecho contemporáneo*, III. Derecho de Familia (vol. I), Duplá Marín M.T (coord.), ed. BOE, 2021.

ROBLES VELASCO, L.M., Matrimonio, uniones de hecho, concubinato y contubernium de Roma a la actualidad, *Fundamentos Romanísticos del Derecho contemporáneo,* III. Derecho de Familia (vol. II), Duplá Marín M.T (coord.), ed. BOE, 2021.

RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J.J., Unión por el rito gitano y pensión de viudedad. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2021, de 25 de enero, *Revista de Derecho Social*, 93, enero de 2021.

SAMPEDRO CORRAL, M., Modificaciones introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en la prestación de muerte y supervivencia, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008.

SEMPERE NAVARRO, A.V., Pensión de viudedad en parejas informales: un debate reabierto, *Revista de Derecho Laboral* V.Lex, julio de 2021.

UREÑA MARTÍNEZ M., Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del Tribunal Constitucional, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015.

NOTAS

[1] En este sentido, la Encuesta Continua de Hogares (ECH) del INE, en cuanto al número total de parejas según tipo de unión es bastante similar en los últimos 8 años, con un número total de parejas en el 2020 (último año encuestado) de 11307, frente a los 11456 del año 2013, de los cuales, la pareja casada supera en mucho a la pareja de hecho. En concreto en el año 2020 los datos son 9480 pareja casada, frente a 1826 pareja no casada (9889 pareja casada y 1567 no casada en el año 2013).

Son datos significativos de los que podemos, a priori, extraer algunas conclusiones. Así, por un lado, la clara tendencia social a la elección del matrimonio, si bien, por otro, y respecto del tema que vamos a abordar en estas páginas, los datos también evidencian el posible impacto de las formas de reconocimiento de las parejas estables por la simple convivencia, esto es sin necesidad de inscripción, que están presentes en varias de las normativas actuales. *Vid.* al respecto https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/l0/&file=01018.px (última visita 19 de mayo de 2022).

[2] Proyecto de investigación interdisciplinar e interuniversitario financiado en la convocatoria del programa de Ayudas a Proyectos de Investigación Aristos Campus Mundus 2020 (referencia del proyecto ACM2020_15).

[3] Como acertadamente apunta CASAS BAAMONDE M.E., La pensión de viudedad en las parejas de hecho y su legítima vinculación asistencial a situaciones de necesidad económica.

ATC núm. 8/2019, de 12 de febrero, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 1/2019, 9, «*Tras cuarenta años de vigencia de la Constitución la acción del legislador democrático sigue siendo insuficiente para hacer real y efectiva la libertad de elección de las personas sobre las formas de organización de su convivencia personal y familiar. Tan decisivas opciones de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida son manifestación de la dignidad personal y del libre desarrollo de la personalidad, principios que son fundamento del ordenamiento jurídico constitucional*».

[4] En adelante CE.

[5] *Vid.* por todos, interesantes trabajos de UREÑA MARTÍNEZ M., Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del Tribunal Constitucional, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015, 347-388; y CASAS BAAMONDE M.E., La pensión de viudedad en las parejas de hecho y su legítima vinculación asistencial a situaciones de necesidad económica*, cit.*, 7.

[6] https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-2820; *Vid.* al respecto https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2021_009/2018-1343STC.pdf

[7] Aclaro, respecto de la misma que, si bien comparto el fallo de dicha resolución en lo que respecta al supuesto planteado, y en el que no voy a entrar porque excede de los objetivos de este trabajo, el mismo supone, en mi opinión, y como veremos más adelante, un claro ejemplo de la problemática de fondo existente y que voy a exponer a continuación.

[8] RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J.J., Unión por el rito gitano y pensión de viudedad. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2021, de 25 de enero, *Revista de Derecho Social*, 93, enero de 2021, 133.

[9] Sobre el que se ha reflexionado ya en trabajos precedentes. *Vid.* por todos, MELLA MÉNDEZ, L., El concepto de «pareja de hecho» a efectos de la pensión de viudedad*, Aranzadi Social*, núm. 9, enero de 2012.

[10] *Vid.* por todos, MEDINA SÁNCHEZ R., Evolución del concepto de familia. Nuevas formas de familia. Matrimonio y uniones de hecho, en *Tratado sobre la igualdad jurídica y social de la mujer en el s. XXI*, Fernández González M.ªB. (coord.), ed. Dykinson, Madrid, 2019, 69-89.

[11] *Vid.* por todos, FUGARDO ESTIVILL, J.M.ª, Existir, ser y estar de las uniones estables de pareja, *La Notaría*, 2/2014, 32-41.

[12] Así como, con anterioridad, la normativa sobre bases y procedimientos para la concesión de ayudas sociales en las diferentes comunidades autónomas; o la LAU de 1994 que les reconoce el derecho a la subrogación en el contrato de arrendamiento en caso de fallecimiento del titular del contrato.

[13] RESINA SOLA, P., ¿Familia o familias? Una reflexión metodológica, en *Fundamentos Romanísticos del Derecho contemporáneo, III. Derecho de Familia (vol. I)*, Duplá Marín M.T (coord.), ed. BOE, 2021, 127-139.

[14] ÁLVAREZ MALLONA M.B. y SCONDA M.V., El matrimonio romano: definición de elementos y requisitos y su recepción en el Código Civil Vélez Sarfield y en la Ley 2393 de Matrimonio Civil. El matrimonio igualitario. Conflictos actuales, en *Fundamentos Romanísticos…, cit.*, (vol. II), 617-642. *Vid.* respecto de las similitudes del concubinato, MORINEAU, M., El concubinato en Roma y en México, en *Fundamentos Romanísticos…, cit.*, (vol. II), 797-806; ROBLES VELASCO, L.M., Matrimonio, uniones de hecho, concubinato y contubernium de Roma a la actualidad*,* en *Fundamentos Romanísticos…, cit.*, (vol. II), 833-858.

[15] Del cual las fuentes jurídicas romanas nos dan varias definiciones, una de ellas la atribuida a Modestino en D. 23,2,1 (*1 Reg.*): «*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris comunicatio*».

[16] *Vid.* al respecto PANERO, R., *Derecho Romano*, ed. Tirant lo Blanch, 5.ª ed., Valencia, 2015, 271-285.

[17] *Vid.* interesante estudio de FUGARDO ESTIVILL, J.M.ª, Existir, ser y estar de las uniones estables de pareja, *La Notaría*, 2/2014, 32-58.

[18] BOE núm. 291, de 5 de diciembre de 2007. *Vid.* sobre dicha reforma, ÁLVAREZ CUESTA, H., Uniones de hecho y su incidencia en la Seguridad Social, *Actualidad Laboral*, núm. 19, noviembre de 2009.

[19] Después de unos años de constantes reclamaciones judiciales, la *Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social* introduce una serie de modificaciones en el texto refundido de *la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio*, entre las cuales destaca el artículo 174.3 que reconoce el derecho a la pensión de viudedad de las parejas de hecho siempre que se acrediten los siguientes requisitos:

1. Ingresos mínimos necesarios para poder solicitar la pensión: 1.1) acreditar que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo periodo. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad; 1.2) también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el periodo de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

2. Requisitos añadidos para la acreditación de la pareja de hecho: 2.1) convivencia previa de cinco años acreditada con certificado de empadronamiento: «*A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años*»; 2.2) acreditación de la existencia por inscripción en registro o documento público fechados como mínimo dos años antes del fallecimiento: «*La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante*».

[20] *Vid.* por todos RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J.J., Unión por el rito gitano y pensión de viudedad…, *cit.*, 136.

[21] Unión por el rito gitano y pensión de viudedad…, *cit.*, 134-135.

[22] En el mismo sentido el artículo 38.4 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

[23] *Vid.* sucinto análisis de SEMPERE NAVARRO, A.V., Pensión de viudedad en parejas informales: un debate reabierto, *Revista de Derecho Laboral* V.Lex, julio de 2021, 12-14.

[24] Tal y como se dispone en el artículo 219 de la propia LGSS. *Vid.* al respecto, CASAS BAAMONDE, M.E., La pensión de viudedad…*cit.*, 1-10. En este trabajo se analiza la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona por la que entiende que el requisito de dependencia económica en el caso de las parejas estables atenta contra el principio de igualdad en relación a las parejas casadas, ya que cabe recordar que el fundamento de la pensión de viudedad no es «*asegurar una renta mínima en caso de necesidad sino remediar el daño causado por la disminución de ingresos en la familia a causa de la muerte del cónyuge*».

[25] Artículo 220 LGSS.

[26] Tendencia que se evidencia y que, a día de hoy, no es contraria a la doctrina constitucional que afirma la libertad del legislador a la hora de establecer las diferencias de trato entre el matrimonio y las parejas estables. Como recuerda CASAS BAAMONDE, M.E, La pensión de viudedad… *cit.*, 6, en la cuestión de inconstitucionalidad ya se había indicado que, una vez se reconoce el derecho de las parejas estables a la pensión de viudedad, no hay razón que justifique la diferencia de trato con el matrimonio.

[27] En el caso del matrimonio se mantiene dicha prestación temporal cuando no se pueda acreditar que el matrimonio ha tenido una duración de un año, o por inexistencia de hijos.

[28] *Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja*.

[29] Artículo 234-1 libro 2.º Código Civil catalán. Pareja estable:

«Dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable en cualquiera de los siguientes casos:

—Si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos.

—Si durante la convivencia, tienen un hijo común.

—Si formalizan la relación en escritura pública».

[30] Pues cabe recordar, en cuanto a la inscripción en el Registro civil, que el artículo 4 de la *Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil* no menciona entre los hechos y actos inscribibles la constitución de una pareja estable no casada. De modo que, por el momento, la constitución de pareja estable no casada, no accede al Registro civil.

[31] Si bien es necesario poder cumplir con alguno de los requisitos antes indicados para solicitar la inscripción. *ORDRE JUS/44/2017, de 28 de març, per la qual s'aprova el Reglament del Registre de parelles estables de Catalunya. DOGC. Article 3 «Objecte d'inscripció S'inscriuen en el Registre de parelles estables de Catalunya les parelles estables constituïdes d'acord amb els articles 234-1 i 234-2 del Codi civil de Catalunya, així com l'extinció d'aquestes parelles d'acord amb l'article 234-4 del Codi civil de Article 4 Inscripcions en el Registre de parelles estables 4.1 La inscripció de la parella estable en el Registre és voluntària, no té caràcter constitutiu i requereix el consentiment dels dos convivents en parella estable. 4.2 La inscripció de l'extinció de la parella estable es pot practicar a sol·licitud d'un sol convivent en parella estable».*

Se trata, por tanto, de un Registro de carácter administrativo, que depende del Departament de Justicia y que fue creado en el año 2017 principalmente con la finalidad de posibilitar el acceso a la pensión de viudedad tras su reconocimiento a las parejas estables por el RD 8/2015, de 30 de octubre, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, teniendo en cuenta las especiales condiciones allí establecidas para su concesión.

[32] En este sentido, cabe recordar que son beneficiarias de las prestaciones sociales de carácter económico las personas residentes legalmente en Cataluña que se hallan en situación de necesidad, a las que se otorga la prestación con el fin de paliar esta situación.

[33] Disposición adicional.

El Gobierno de Navarra y los Ayuntamientos podrán crear Registros de Parejas Estables para facilitar a través de su inscripción voluntaria la prueba de su constitución.

Si la legislación del Estado previera la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas por la presente Ley Foral, los efectos que esta les otorgara han de entenderse referidos a las parejas que se inscriban en el mismo.

[34] Que resolvía el recurso de inconstitucionalidad núm. 5297-2000 planteado por un grupo numeroso de diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados. *Vid.* por todos, NAVARCLES VALLES, J., Las parejas estables tras la inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio: el retorno a la unión de hecho, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 750, 2015, 1859-1914.

[35] Dice textualmente dicha sentencia: «*Debemos analizar, por tanto, si las reglas contenidas en el articulado de la Ley Foral determinan que el régimen que en la misma se establece resulta imperativo para las parejas estables o, por el contrario, es de carácter meramente dispositivo, esto es, abierto a su asunción voluntaria por ambos integrantes de aquellas. Para efectuar tal análisis hemos de acudir a las normas que establecen el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, contenidas esencialmente en su artículo 2 donde, tras recoger una definición de pareja estable «a efectos de la aplicación de esta Ley Foral» (apartado 1), se ofrece en el párrafo primero del apartado 2 una especificación de dicha definición, señalando en qué supuestos asigna el legislador navarro a una pareja la condición de estable ipso iure. Los dos primeros supuestos —un año de convivencia o hijos en común— conducen a la atribución ex lege de la condición de pareja estable por la mera concurrencia de alguna de tales circunstancias, dando lugar a una calificación jurídica de determinadas situaciones de hecho, a la que se asociará la aplicación del contenido de derechos y obligaciones incluido en la regulación legal, prescindiendo de la voluntad conjunta de los integrantes de la unión de hecho de someterse a las previsiones de la Ley Foral. Lo cual es claro que no resulta respetuoso del derecho fundamental consagrado en el artículo 10.1 CE. Únicamente resultaría acorde con tal derecho y respetuoso de la libre voluntad de los integrantes de la pareja, una regulación de carácter dispositivo, como es la que se acoge en el tercero de los supuestos enunciados en párrafo primero del artículo 2.2 de*

la Ley Foral, referido a las parejas que hayan expresado en documento público su voluntad de constituirse como pareja estable; supuesto que los propios recurrentes entienden que respeta la libre voluntad de los sujetos.

…Y, en este sentido, como venimos señalando, el contenido del conjunto de la regulación de la Ley Foral presenta un marcado carácter imperativo, que se manifiesta ya en los dos primeros supuestos del artículo 2.2 a los que acabamos de referirnos. Asimismo, el enunciado del apartado 3 del mismo artículo 2 (que ya hemos declarado inconstitucional por motivos competenciales), evidencia el modelo preceptivo de la Ley al contemplar su aplicación con independencia de si sus integrantes han manifestado o no de consuno su sometimiento a dicha regulación».

[36] Concordancias: artículo 5 Ley comunidad autónoma Andalucía 5/2002, artículo 6 Ley comunidad autónoma Canaria 5/2003, artículo 5 Ley comunidad autónoma Extremadura 5/2003, artículo 3 Ley comunidad autónoma País Vasco 2/2003.

[37] Caber recordar, en este sentido que ya antes la doctrina, y más adelante el propio Tribunal Supremo planteó dos posibles soluciones, una de ellas, que la remisión que entonces se hacía a las comunidades autónomas con Derecho civil propio se entendiera extensible a todas las comunidades autónomas que hubiesen legislado en materia de parejas estables o legislasen en un futuro. *Vid.* al respecto, SAMPEDRO CORRAL, M., Modificaciones introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en la prestación de muerte y supervivencia, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008.

[38] CERVILLA GARZÓN, M.J., Poligamia, matrimonio por el rito gitano y derecho a la pensión de viudedad: la reciente postura del Tribunal Constitucional frente al criterio del Tribunal Supremo y su contradictorio impacto en la aplicación del derecho a la no discriminación, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 3, enero-junio, 2021, 310-311.

[39] «*…Entiende el juzgador que, si bien la aspiración de esa norma es la de adaptar la legislación sobre seguridad social a las nuevas realidades familiares, ello no significa que se extienda la pensión de viudedad de forma incondicionada, ni que establezca un régimen de reconocimiento análogo al correspondiente a los supuestos de matrimonio. Antes bien, del texto legal se infiere sin dificultad que el legislador distingue claramente dos situaciones. A saber: de un lado, las uniones de hecho objeto de protección y, de otro, las características de la convivencia requerida para lucrarla. Dos requisitos que tienen carácter dispar, cumplen funciones diversas y operan en distintos planos jurídicos (ámbito subjetivo de la protección, por un lado, y requisitos de acceso a la prestación, por otro), de suerte que cabe distinguir entre la prueba de la convivencia —que ha de ser estable, ininterrumpida y con duración no inferior a cinco años— y la prueba de la existencia de una unión que pueda considerarse pareja de hecho a los exclusivos efectos del reconocimiento de la pensión, sin que en esto último baste acreditar aquella convivencia, porque se exige también que la pareja haya accedido a los registros públicos indicados en la norma o se haya constituido mediante documento público, lo que en esta ocasión, termina la sentencia, no se cumple. Por todo ello, se desestima la demanda*».

[40] En concreto en los artículos 234-1 a 14.

[41] Incluso, como hemos visto, otras prestaciones sociales.

[42] Esta posible problemática y discriminación real, fruto en mi opinión de la invasión de competencias, es la que me separa de la opinión manifestada en su día en STC45/2014 de 7 de abril: «*no es que a unas parejas de hecho se le reconozca el derecho a la prestación y a otras no, sino que unas no tienen la consideración de pareja de hecho y otras sí*».

[43] *Artículo 234-2. Requisitos personales.*

«*No pueden constituir una pareja estable las siguientes personas:*

a) Los menores de edad no emancipados.

b) Las personas relacionadas por parentesco en línea recta, o en línea colateral dentro del segundo grado.

c) Las personas casadas y no separadas de hecho.

d) Las personas que convivan en pareja con una tercera persona».

[44] En la famosa sentencia sobre el asunto Muñoz Díaz (STEDH de 8 de diciembre de 2009) en la que, recordemos, la buena fe y convicción de que existía matrimonio por las

partes, junto con el reconocimiento externo en documentos oficiales, fueron los elementos clave de la decisión y cambio jurisprudencial.

[45] Y este, como recuerda RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, en Unión por el rito gitano y pensión de viudedad…, *cit.,* 138 núm. 18,19 y 20, ha sido el argumento que ha justificado la concesión o no de la pensión de viudedad en los últimos años por nuestro Tribunal Supremo.

[46] En línea con el argumento esgrimido en su día por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 40/2014, de 11 de marzo, sobre la cuestión de inconstitucionalidad núm. 932-2012, en la que ya se modifica dicha norma con la finalidad de conseguir la ansiada igualdad de trato.

[47] *Vid.* por todos, FUGARDO ESTIVILL, J.M.ª, Existir, estar y ser de las uniones estables de pareja, *cit.,* 55.

[48] Puesto que no podemos obviar la existencia de regulación civil (y de Derecho público) de las parejas estables en nuestro país que ya establece cuando debe entenderse que hay pareja estable. Ya que, tal y como advierte el propio TC, en doctrina recogida en la STS 372/2022, de 24 de marzo, el derecho a la pensión exige la concurrencia de una serie de requisitos, entre ellos «*algunos de carácter formal, ad solemnitatem, consistente en la verificación de que la pareja de hecho se ha constituido como tal en Derecho*».

[49] Quienes en su día ya manifestaron su desacuerdo con la sentencia mencionada, en el sentido de que la configuración de nuestro ordenamiento jurídico español como un sistema plural no ha sido considerada inconstitucional ni contraria al principio de igualdad por el Tribunal Constitucional. En la misma línea y defendiendo la constitucionalidad del precepto se habían manifestado previamente el Abogado del Estado, el Fiscal General del Estado y la letrada de la Administración de la Seguridad Social.

[50] Ya civiles, ya de Derecho público, a la espera de una futura modificación de nuestro Código Civil estatal con el fin de incluir dentro de los modelos familiares a las parejas estables. Esto es, y para evitar esa diferencia de trato, una remisión similar a la que se introdujo inicialmente en la Ley 40/2007 (y que más adelante se declaró nula por considerarse inconstitucional por STC 40/2014, de 11 de marzo) pero más amplia, incluyendo, aunque sea provisionalmente, la normativa de las comunidades autónomas sin Derecho civil propio.

[51] Y que, por lo dispuesto en la STS 372/2022, de 24 de marzo, parece que preocupan tanto a la fiscalía como a la abogacía del Estado.

1.3. Derechos Reales

Vivienda, nuevas formas de tenencia y Registro de la Propiedad

Housing, new forms of tenure and property land register

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora titular (acreditada) de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: El problema del acceso a la vivienda, desde luego, es uno de los más preocupantes en los últimos años en España. El encarecimiento de los inmuebles, la limitación de oferta tras el parón debido a la COVID-19, la inminente subida de los tipos de interés hipotecarios, la escasez de oferta de viviendas sociales, así como de viviendas en alquiler, y la problemática que ello conlleva, hace que sea necesario —al menos— pensar o buscar nuevas fórmulas para dar solución al acceso a la vivienda. En este trabajo analizamos algunas de las nuevas propuestas de tenencias intermedias que se están planteando en otros ordenamientos extranjeros, así como ya se han recogido en Cataluña, para tratar de analizar las peculiaridades de su inscripción en el Registro, ventajas y desventajas, para concluir analizando la posibilidad de adaptación e incorporación en el derecho común español.

ABSTRACT: The problem of access to housing, of course, is one of the most worrying in recent years in Spain. The increase in real estate prices, the limitation of supply after the break due to COVID 19, the imminent rise in mortgage interest rates, the lack of supply of social housing, as well as housing for rent, and the problems that this entails, makes it necessary —at least— to think or look for new formulas to solve access to housing. In this paper we analyze some of the new proposals for intermediate tenures that are being proposed in other foreign legal systems, as well as those that have already been collected in Catalonia, to try to analyze their registration, the advantages, disadvantages, and the possibility of adaptation and incorporation into Spanish common law.

PALABRAS CLAVE: Tenencias intermedias. Propiedad temporal. Propiedad compartida. Vivienda. Registro de la Propiedad.

KEY WORDS: Intermediate tenures. Temporary property. Shared property. Housing. Property land register.

SUMARIO: I. EL DOMINIO Y SU DIVISIÓN: 1. Caracteres del dominio. 2. Propiedad dividida y acceso a la vivienda.—II. TENENCIAS INTERMEDIAS: 1. Propiedad temporal. 2. Propiedad compartida.—III. PROPIEDADES DIVIDIDAS Y REGISTRO: 1. Registro y propiedad temporal. 2. Registro y propiedad compartida.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL DOMINIO Y SU DIVISIÓN

El artículo 348.1.º del Código Civil define la propiedad como «*el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*».

Se trata del concepto liberal de propiedad que recogió el Código Civil español inspirado en las ideas revolucionarias y liberales de Francia.

De este concepto de propiedad podemos hacer dos críticas: 1) la definición de la propiedad en el mencionado precepto se reduce a la idea errónea del dominio como suma de facultades diferentes, y 2) parece establecer el carácter antisocial de poder absoluto sobre la cosa.

En cuanto a la primera crítica, no se puede definir al dominio como una suma de facultades diferentes, que se enumeran: derecho de gozar, derecho de enajenar, derecho a percibir sus rentas o frutos, derecho a reclamar la cosa, etc. Y no se puede porque sería imposible enumerar todas las facultades para hacernos una verdadera idea de lo que es, y en segundo lugar porque varias de las facultades que se enumeran no son propias y exclusivas del dominio, pues caracterizan otros derechos reales; por ejemplo, el goce es típico también del usufructo o del arrendamiento.

Además, existen diferentes tipos de propiedad muy diferentes, lo que hace muy difícil englobarlos a todos en una definición o concepto.

Por eso, es mejor ver cuáles son las características especiales que identifican al dominio como tal, sus caracteres propios, para poder reconocerlo en sus distintas formas, dividido, pero existente. Hay que dar un paso más en la consideración y comprensión de lo que es el dominio a través de sus caracteres para entender la naturaleza de las tenencias intermedias que vamos a examinar.

1. Caracteres del dominio

a) Generalidad: La propiedad comprende todas las facultades, aplicaciones y posibilidades de la cosa no prohibidas por la ley, las actuales y las que puedan surgir en el futuro, sin necesidad de definirlas o caracterizarlas. No es una enumeración completa de todas, porque varían según la época y objeto. Y precisamente esto diferencia la propiedad de otros derechos reales, en los que sí se pueden enumerar sus facultades.

Como consecuencia de su carácter general, el dominio se presume libre de cargas y gravámenes y, por tanto, hay que probar siempre la existencia de un derecho real, que pueda gravarlo o limitarlo.

Es el derecho real por excelencia, el paradigma del derecho sobre las cosas.

b) Abstracción: El derecho del dueño es concebible con independencia de las facultades singulares, que pueden faltar; mientras que los derechos reales

limitados son precisamente la puesta en valor de una facultad aislada, y no se conciben sin ellas.

La abstracción significa, entonces, que se trata de un derecho separable de sus facultades y con existencia independiente y diferente de ellas. Pero no es una entelequia, sino que el dominio necesita siempre un mínimo de contenido sustancial; por ejemplo, no se puede enajenar la facultad de goce a perpetuidad, y solo es posible detraer una facultad del dominio a favor de otro cuando se permita por el ordenamiento.

A pesar de esa abstracción, siempre queda un reducto con existencia propia, en el que se reconoce el dominio.

c) Elasticidad: El dominio es elástico porque potencialmente abarca y reclama todas las posibles influencias sobre la cosa, reabsorbiéndolas en tanto no las tenga jurídicamente otro titular.

Por tanto, cualquier facultad que quede *nullius* o cuyo derecho real se extinga, se reincorpora forzosamente a la propiedad por su *vis atractiva*.

Se distingue la generalidad de la elasticidad, ya que, que el señorío del dueño sea general significa que abarca todas las facultades sobre la cosa, mientras que sea elástico significa que es la llamada permanente a dichas facultades, que nunca quedan solas.

Además de sus caracteres, el domino tiene dos atributos propios: la exclusividad, común a todos los derechos reales, que consiste en la posibilidad de eliminar a cualquiera de la misma relación con la cosa; es decir, que no puede haber dos propietarios a la vez sobre la misma cosa en su totalidad; y la perpetuidad, ya que el dominio no depende de la vida del titular o de otras personas; está llamado a durar sin límite de tiempo entre los sucesivos titulares mientras siga existiendo la cosa, aunque a veces pueda limitarse en el tiempo.

Los caracteres y atributos esenciales del dominio nos sirven para identificarlo respecto a otros derechos de uso, tenencia o reales, pues será dominio el que reúna estos tres caracteres y sus dos atributos, y si no los tiene, será otro derecho real distinto. Pero, nos planteamos si, a pesar de esas facultades que implica y ese carácter exclusivo, general y perpetuo, pueden darse supuestos de propiedades divididas, o a *priori*, «incompletas», donde no se aprecie a simple vista la generalidad de las facultades o su exclusividad o perpetuidad. Son los supuestos de propiedad dividida. ¿Es posible una propiedad compartida —a pesar de la exclusividad—, temporal —a pesar de la perpetuidad—, dividida en facultades —a pesar de la generalidad, y que siga siéndolo?

Creemos que sí, y en nuestro ordenamiento común, y desde luego en los forales, encabezando el listado el derecho catalán, es una realidad frecuente la posibilidad de este fraccionamiento dominical.

2. Propiedad dividida y acceso a la vivienda

A pesar de la exclusividad propia del dominio, existen propiedades divididas, este es el caso de las prerrogativas del dominio que se conceden a varios titulares, cada uno con un derecho independiente y diferente de los demás, pero, sin embargo, siguen siendo dominio. Entre los supuestos de propiedad dividida mas frecuentes nos encontramos con los siguientes:

a) División por facultades jurídicas

Se distribuyen las facultades del dominio entre dos personas, pero conservando cada uno la *vis atractiva* sobre las vacantes, es decir, la virtud de atraer y absorber aquellas facultades que quedan sin sujeto.

Es el caso de la división entre el dominio útil y el directo de la enfiteusis, en el que cada propietario tiene unas facultades concretas sobre la cosa, pero otras las reparten y se necesita contar con ambos, por ejemplo, para destruir la casa, tiene elasticidad, abre folio registral, etc.

b) División por disfrutes materiales

Un ejemplo de esta modalidad es el condominio entre el titular del vuelo de una finca (arbolado) y el del suelo (pastos y siembra), y como una suerte de copropiedad.

c) División por tiempo de utilización

Es el ejemplo del derecho de aprovechamiento por turno. Esta «propiedad» pretende poner el uso, en concepto de dueño, de un apartamento o vivienda de temporada, al alcance de quien no puede o quiere pagar el entero precio del objeto, pero tampoco estar pendiente de su arriendo cada año.

Lo que se hace es dividir la utilización de la cosa en periodos de tiempo anuales, que se venden en propiedad perpetua a diversos adquirentes de un mismo chalet o piso, cada uno para habitar el inmueble o disponer de él durante una época determinada cada año.

Como luego veremos, otro ejemplo de la división por tiempo es la propiedad temporal, en la que titularidad dominical se establece por un periodo limitado de tiempo, transcurrido el cual, cambia la titularidad.

Es decir, surgen distintas modalidades de dominio o propiedad que, aparentemente, no son exclusivas, ni generales, ni perpetuas, pues se reparten, se dividen, bien las facultades en qué consiste, o bien el tiempo de utilización de las mismas, dando lugar a fenómenos un poco diferentes, que se están calificando, adquiriendo terminología anglosajona —por su similitud con aquellas—, como tenencias intermedias: propiedad compartida, o propiedad temporal, o propiedad superficiaria, o propiedad enfitéutica. Son distintas al concepto tradicional de propiedad, pero siguen siéndolo. Seguimos reconociendo ese núcleo irreductible dominical propio.

Tal y como afirma el Tribunal Constitucional, en sentencia 37/1987 de 26 de marzo, hay que abogar por un cambio en la concepción tradicional y liberal clásica del dominio, aceptando su función social, y la plasticidad del mismo, lo que supone una ampliación o moderación de sus facultades y atributos. De este modo, afirma que: «La propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil, que los recurrentes citan en apoyo de su alegato de inconstitucionalidad. Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho

de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae». De igual modo, las SSTC120/1990 de 27 de junio, 215/1994 de 14 de julio y 50/1995, de 23 de diciembre, abandonan la postura clásica de la concepción del dominio como derecho absoluto en aras de su relatividad y flexibilidad.

La perpetuidad del dominio, siendo un atributo tradicionalmente asimilado a la propiedad[1], no es —en consecuencia con la sentencia citada— un dogma irrefutable, en el sentido de que, tras la incorporación de la función social de la propiedad a su contenido[2], y la necesaria adaptación a nuevas necesidades sociales, nada impide que la propiedad tenga una duración limitada, eso sí, suficiente para obtener la rentabilidad y utilidades propias de la misma, determinadas por el legislador en función de la necesidad que debe cubrir; vgr. facilitar el acceso a la vivienda[3].

Estos nuevos tipos o modalidades de propiedad (tenencias intermedias) siguen siéndolo; no pueden calificarse como derechos reales en cosa ajena, sino que para el legislador, su finalidad y su propósito es ser verdaderos derechos dominicales, si bien limitados en el tiempo o en sus facultades.

Tal parece desprenderse claramente, de la propia exposición de motivos de la Ley 19/2015, de 29 de julio, de la propiedad temporal y de la propiedad compartida, catalana, y la regulación que de estas figuras —propiedad temporal y compartida— hace en sede de derecho de propiedad, pues esta ley «pretende establecer dos nuevos modelos de acceso al dominio, ya sea de un bien mueble, ya sea de un bien inmueble. Por consiguiente, tanto la propiedad temporal como aquella otra denominada compartida, se alejan del concepto de derecho real en cosa ajena»[4].

Son, precisamente, estos supuestos diferentes, los que denominamos tenencias intermedias, en los que nos vamos a centrar ahora, pues, flexibilizando el concepto de propiedad tradicional, pueden facilitar el acceso a la vivienda cuando recaen sobre inmuebles, lo que les hace atractivos para impulsar la necesidad de fórmulas alternativas a ello.

En efecto, y como explica MOLL DE ALBA[5], «la propiedad temporal y la propiedad compartida son una solución para muchas familias que no desean alquilar, que aspiran a ser propietarios, pero que, por sus circunstancias, no pueden obtener la financiación necesaria al existir un riesgo de sobreendeudamiento. En definitiva, la propiedad temporal y la propiedad compartida tratan de combinar asequibilidad, flexibilidad y accesibilidad en el acceso a la vivienda unificando las ventajas de la propiedad (estabilidad) con las del alquiler (asequibilidad y flexibilidad)».

II. TENENCIAS INTERMEDIAS

El acceso a la vivienda es cada día más complicado, pues la adquisición de la propiedad plena es muy cara, conlleva una financiación hipotecaria que supone un esfuerzo económico exagerado para las familias provocando un sobreendeudamiento que impide a muchas familias plantearse la adquisición en propiedad; igualmente, tampoco es alternativa el alquiler debido a los altos precios, la breve

temporalidad de estos y la poca oferta de pisos en el mercado. Todo ello hace necesario buscar alternativas que satisfagan la necesidad de vivienda, y tratar de cumplir el mandato constitucional (art. 47).

De este modo, las denominadas tenencias intermedias pueden ser una solución. Entendemos por tenencias intermedias todo ese conjunto de formas de uso y tenencia de un inmueble que permitan acceder al mismo, diferentes de la propiedad y el alquiler. NASARRE Y SIMÓN[6], que han sido los artífices de esta alternativa, las definen como una tercera vía que supere la dicotomía entre el alquiler y la propiedad, que consiga a través de la iniciativa pública y/o privada, que los propietarios abran sus inmuebles vacíos al mercado, y que liberan de la provisionalidad del alquiler y la onerosidad de la propiedad.

Distinguen estos autores entre las tenencias intermedias tradicionales, que ya se contemplan en nuestro Derecho civil, como el alquiler con opción a compra, el usufructo, la superficie, y las nuevas tenencias intermedias, más próximas al derecho anglosajón, como son la propiedad temporal y la propiedad compartida.

Las primeras de ellas, realmente, no ha conseguido solucionar el problema de acceso a la vivienda y por eso abogan por estas nuevas tenencias intermedias, como solución *a priori* más favorable.

Las tenencias intermedias más actuales tienen su base en la división del dominio que ya hemos expuesto, y deben situarse en cuanto a su naturaleza jurídica como tal; se trata de supuestos de dominio dividido, sea por tiempo, o sea compartido por cuotas, pero, en definitiva, propiedad, lo que hace que sean más atractivas para su titular, que ve como tiene una titularidad dominical sobre ese inmueble, lo que le otorga mayor estabilidad y seguridad que es lo que, en definitiva, se busca a la hora de acceder a una vivienda. Por otra parte, y como ya hemos adelantado, al tratarse de dominio dividido, el acceso al mismo es más barato, no debe realizarse tanto esfuerzo para acceder a él, pero, a la vez, admite fórmulas de financiación y garantías propias del dominio, lo que supone ventajas económicas para los titulares.

Las tenencias intermedias «modernas» se introducen en la ya citada Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y compartida al libro quinto del Código Civil de Cataluña (a partir de ahora LPTPC). En el preámbulo de esta ley se establece su finalidad, diciendo que «La introducción de estas modalidades de dominio obedece, principalmente, al propósito de aportar soluciones al problema del acceso a la propiedad de la vivienda, flexibilizando las vías de adquisición, ofreciendo fórmulas que permitan abaratar o minorar los costes económicos y respetando la naturaleza jurídica del derecho de propiedad, de conformidad con la tradición jurídica propia».

De igual forma, se establece claramente que su naturaleza jurídica es la del derecho de propiedad, siendo la propiedad temporal «una modalidad de propiedad a plazo» y la compartida «implica una concurrencia de titularidades»; ambas, por tanto, con plena eficacia real, y con inspiración o semejanza en otras instituciones catalanas que desarrollan como son la donación con cláusula de reversión, la sustitución fideicomisaria, o algunos censos o supuestos de propiedad dividida[7].

El legislador común no las ha introducido ni regulado. El Gobierno las trató en los primeros borradores de la Ley de vivienda, pero el actual Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025, no las contempla, por lo que habrá que seguir analizando la bondad de su regulación estatal.

Asimismo, hay que señalar que estas tenencias intermedias son semejantes o tienen su inspiración en el *Leasehold* anglosajón, que supone un tipo de propiedad

especial en el sistema inglés, donde la Corona sigue siendo propietaria de gran parte del suelo, pero se otorga al *leaseholder* el uso y otras facultades sobre la construcción en dicho suelo durante un periodo de tiempo amplio (que puede llegar incluso hasta 999 años), que les permite ejercer las facultades dominicales con plenitud durante el plazo establecido, revirtiendo después a la Corona o al *freeholder* el inmueble; y el *freehold,* que es una propiedad indefinida en el tiempo, donde se es propietario tanto del suelo como de la construcción, a diferencia de la anterior, en la que suelo (*land)* y construcción (*property*) están separados a favor de diferentes titulares. También se encuentra la figura del *shared ownership*, en la que se compra una porción o cuota de propiedad durante un tiempo (99 años), y las porciones se pueden ir ampliando, siendo el propietario original una entidad pública[8].

Examinamos, a continuación, de forma breve en qué consisten estas tenencias intermedias novedosas:

1. Propiedad temporal

El artículo 547-1 del Código Civil catalán, introducido por la LPTPC define la propiedad temporal como el derecho de propiedad que confiere a su titular el dominio de un bien durante un plazo cierto y determinado, vencido el cual el dominio hace tránsito al titular sucesivo.

Es decir, el propietario temporal adquiere un derecho de propiedad, en exclusividad y con todas sus facultades, pero limitado en el tiempo, al fin del cual, debe pasar a otro propietario, que se denomina titular sucesivo[9]. Es un derecho de propiedad a plazo o a término. Si bien, tiene rasgos importantes del dominio dividido, tal y como ha puesto de relieve, por ejemplo, el Tribunal Constitucional en STC 95/2017, de 6 de julio, que resolvió sobre la constitucionalidad de la LPTPC. El Tribunal afirmaba sobre la propiedad temporal que «De esta descripción normativa se desprende que la propiedad temporal conlleva una cierta división del dominio sobre una cosa, pues al mismo tiempo es verdadero propietario el que tiene atribuidas las facultades dominicales en el momento presente y por un cierto periodo de tiempo como el que mantiene sobre la cosa el derecho a recuperar su propiedad al final de ese plazo, derecho que tiene un contenido jurídico y económico actual, del que puede disponerse *inter vivos* y *mortis causa*, aparte del que le corresponde al terminar dicho plazo, consistente en adquirir un derecho de propiedad plena sobre el bien de que se trate».

El hecho de que la propiedad esté temporalmente limitada abarata su acceso pero, a la vez, es tiempo suficiente para rentabilizar la inversión y dar estabilidad a la vivienda; sin embargo, no limita sus facultades, de forma que puede usarse, disfrutarse, gravarse, hipotecarse, enajenarse, arrendarse y obtener de la misma todas las utilidades que ofrezca durante el plazo establecido.

La ley le atribuye una duración entre 10 y 99 años, y puede constituirse a titulo gratuito, oneroso, *inter vivos o mortis causa*.

Al termino de los años establecidos —libremente por las partes— el titular temporal transmite la propiedad al titular sucesivo.

Este tipo de propiedad temporal puede solucionar situaciones de vivienda estable a largo plazo, pero que no necesiten de la perpetuidad —y el precio que eso supone—, compaginándolo con la necesidad de ingreso económico para los propietarios originales que tienen dicha casa vacía[10]. Es interesante, también, plantearse si puede ser un sustituto eficaz a los arrendamientos de vivienda de

larga duración, con mayor oponibilidad y estabilidad. Probablemente, bien planteado y trasladado al derecho común, esta figura puede impulsar que determinadas viviendas vacías salgan al mercado pues amortigua las dificultades de falta de pago a largo plazo (se puede hipotecar y recibir dinero de golpe), atenúa los desperfectos en la vivienda que debe asumir el propietario temporal ya que, como es suya, cuidará con mayor diligencia, así como se liberará de la incertidumbre provocada por las cambiantes regulaciones de los alquileres y las inmisiones en los derechos del propietario que sufren en los últimos años.

Es una figura interesante, que puede solucionar muchos de los problemas del arrendamiento tradicional.

2. Propiedad compartida

La propiedad compartida, por el contrario, en vez de ser una propiedad limitada en el tiempo, con propietarios sucesivos, es un supuesto de cotitularidad como califica la propia LPTPC. El artículo 556-1 CCCataluña lo define, afirmando que «La propiedad compartida confiere a uno de los dos titulares, llamado propietario material, una cuota del dominio, la posesión, el uso y el disfrute exclusivo del bien y el derecho a adquirir, de modo gradual, la cuota restante del otro titular, llamado propietario formal».

También hay dos titulares, pero no sucesivos en el tiempo, sino concurrentes, similar a una copropiedad, pero sin que exista la posibilidad de división, remitiéndose en su regulación a las normas relativas a ellas. Se trata de una nueva comunidad de bienes, y así debemos entenderla[11].

Normalmente, una entidad pública o privada es el propietario original que vende cuotas de su propiedad al propietario material, conservando él la propiedad formal. Se puede constituir tanto *inter vivos* como *mortis causa* y a título oneroso o gratuito.

De este modo, es el propietario formal, por ejemplo, el promotor, constructor del inmueble, vende a los particulares una cuota sobre el mismo (por ejemplo, un 30%), y el resto de la vivienda puede darse en alquiler, por ejemplo, para que tenga el uso completo de la misma, y satisfaga su necesidad de vivienda. A esto se añade que, progresivamente, el propietario material puede ir adquiriendo más cuotas sobre el inmueble de forma gradual hasta llegar al 100% si así lo consideran, reduciendo en cada ampliación, la renta por el resto.

El propietario material debe pagar el importe de la cuota —si procede— y cuidar del inmueble, así como pagar la contraprestación dineraria correspondiente al ejercicio de las facultades dominicales, es decir, la renta.

Su cuota puede enajenarse, gravarse y por tanto hipotecarse para su adquisición, con la ventaja de que la cantidad para financiarla será mucho menor que si del 100% de la propiedad se tratase. Sobre el resto de la vivienda tendrá el uso y disfrute, pero nada más. El propietario formal también tendrá una cuota de propiedad, pero no la posesión, ni el uso ni disfrute del inmueble.

Una de las ventajas que esta figura supone para el propietario material es que puede ir adquiriendo más cuota y re-hipotecándola, conforme ya haya pagado la anterior, poco a poco, con una planificación financiera más acorde a los ingresos y gastos reales. De igual forma, puede que en este supuesto de adquisición gradual de cuota fuera interesante plantearse la utilización de la hipoteca recargable que dotaría de la prioridad registral al acreedor hipotecario en las sucesivas adquisiciones de cuotas.

La duración no puede superar los 90 años, y si no se pacta otra cosa, tendrá una duración de 30.

Esta figura tiene como ventaja que el propietario material es verdadero propietario frente a aquellas otras figuras que facilitan la vivienda en que se limita a tener solo el uso, o el disfrute. Ello hace, como en la propiedad temporal, que el titular se involucre más en el cuidado del inmueble y en el pago de la cuota progresiva, pues tiene como objetivo adquirir la propiedad plena de algo que es suyo, con una mejor planificación financiera.

Asimismo, como otras ventajas de la propiedad compartida, pueden señalarse que es posible firmar una hipoteca por mucho menos del valor total del inmueble, por ejemplo, por el 25% del valor del inmueble, pero para ello, todos los propietarios tienen que aceptar la constitución del crédito. Aunque solo responderán con su participación en la vivienda si el banco quiere ejecutar la hipoteca por los impagos de la deuda.

De igual forma, puede ser una opción para evitar los desahucios, como alternativa a la dación en pago en una ejecución hipotecaria, permitiendo a las familias que sigan viviendo allí, y la entidad financiera o prestamista adquiera una participación en la propiedad, convirtiéndose en copropietarios.

III. PROPIEDADES DIVIDIDAS Y REGISTRO

Estas tenencias intermedias o propiedades divididas, verdaderos derechos de propiedad, requerirán —al igual que aquel— de su inscripción en el Registro para su plena oponibilidad *erga omnes* y, por lo tanto, para el mantenimiento de su adquisición, así como para poder financiarlas a través de un préstamo garantizado con hipoteca.

Debemos analizar si pueden inscribirse, cómo, y qué requisitos y dificultades existen para ello.

Partimos de la premisa de que solo si se inscriben en el Registro de la Propiedad pueden ser alternativas válidas a la propiedad plena y mejores que el arrendamiento.

Se ha discutido por la doctrina si su inscripción es meramente declarativa o, por el contrario, debería ser constitutiva como ocurre con el derecho de superficie urbanística. La mayoría de la doctrina, y nos incluimos en ella, se inclina por una inscripción de carácter declarativo, pues es la regla general en nuestro ordenamiento, y el legislador no ha dicho nada en contrario, debiendo haber expresado claramente tal tipo de inscripción constitutiva si así lo hubiese querido, y como ha hecho en otras ocasiones[12].

Luego, estos derechos de propiedad temporal y compartida nacen fuera del registro, a través de los respectivos actos de constitución *inter vivos y mortis causa*, y sometidos a las reglas generales de constitución y adquisición del dominio, en general, al sistema de título y modo, a través de una *traditio* real, simbólica, o normalmente instrumental, para poder inscribir luego en el Registro de la Propiedad.

1. Registro y propiedad temporal

El artículo 547-8[13] del Código Civil catalán recoge de forma expresa la inscripción de este derecho en «el registro correspondiente de conformidad con lo establecido por la ley». Entendemos que ese registro es el Registro de la Propiedad

cuando el derecho recaiga sobre un bien inmueble y que, como se le otorgan los efectos correspondientes, dicha inscripción tiene naturaleza declarativa y efectos de oponibilidad y fe pública registral.

A continuación, añade que en la inscripción deberá hacerse constar la duración del derecho y el régimen voluntario que se haya pactado, si procede[14].

Luego añade, como consecuencia esencial del principio de especialidad, la necesidad de hacer constar la duración del derecho de propiedad. Cuestión absolutamente necesaria, pues transcurrido el cual, la propiedad temporal deberá volver, en su caso, al propietario original o sucesivo.

De igual forma, será necesario hacer constar en el folio registral todo lo pactado en el régimen voluntario de tal derecho, a saber, el pago a plazos, la posible prórroga del derecho, los derechos de adquisición preferente y un posible derecho de opción de compra a favor del titular temporal, pues todos ellos tienen eficacia real.

La verdadera peculiaridad de la inscripción de este derecho reside, como ya hemos dicho, en la existencia de dos titulares dominicales sucesivos, que deben ser perfectamente identificados (art. 9LH) y que, según como se organicen, pueden dar lugar a dos situaciones distintas con diferentes implicaciones registrales.

a) El original, que puede ser, además, el sucesivo si así se pacta y se reserva dicha titularidad, existiendo en este caso los siguientes titulares y con esta situación: Original, temporal y sucesivo (que es el mismo que el original).

b) El original que adquiere la titularidad temporal, debiendo transmitir después a otro, el sucesivo, aquella. En este caso, tendríamos: Propietario original, temporal (que es el mismo) y nuevo propietario sucesivo.

En el caso a) y siguiendo en este punto a IZQUIERDO GRAU[15], ya constaría inscrito el titular original que será el sucesivo, y solo será necesario hacer constar la nueva titularidad temporal y su fin, pues regresaría el dominio al original al extinguirse este. Mientras que en el caso b) habría que hacer constar la adquisición temporal, y luego la práctica de la inscripción del nuevo titular sucesivo al finalizar el plazo de aquella o extinguirse por las causas previstas en la ley.

Además, ambos titulares (entendemos que cada uno durante el plazo de vigencia de su titularidad) podrá, en consecuencia, alegar la fe pública registral (art. 34 LH), así como servir como último titular registral a efectos del tracto sucesivo (art. 20 LH), e igualmente rogar la inscripción de la propiedad temporal en el Registro (6 LH, 39 y 40 RH).

Esta peculiar circunstancia de sucesivos titulares puede plantear ciertas dificultades que deben tenerse en cuenta y solucionar a través de la observancia estricta del principio de especialidad y la duración del derecho, que deberá cancelarse de forma automática (82.5 LH) transcurrido el plazo, por ser ese plazo co-sustancial al derecho; de otra forma, pueden producirse situaciones anómalas de co-titularidad que escapan de esta forma de propiedad.

Por último, y sin detenernos en el examen detallado de esta figura, deberíamos analizar la posibilidad de hipotecar la propiedad temporal y sucesiva. Si bien no se contempla específicamente en el artículo 106 LH, por su similitud —que no igualdad— a otras figuras y la posibilidad del *numerus apertus* en los derechos reales[16], creemos que sí sería posible, con ciertas peculiaridades y dificultades, hipotecar tanto la propiedad temporal como la sucesiva.

La hipoteca de la propiedad temporal se asemejaría a la hipoteca de usufructo con plazo, o a la hipoteca de propiedad sometida a condición resolutoria

(a carta de gracia o pacto de retro)[17]. Podría hipotecarse, sabiendo su duración y que, terminada esta, la propiedad revertiría al propietario original, con las peculiaridades que ello tiene de menor valoración de la finca hipotecada y los problemas de ejecución debidos a la adjudicación, ya que los nuevos propietarios solo adquirirían la propiedad temporal durante el tiempo que quedase pendiente. Esto último puede hacer que, en la práctica, no haya realmente mucha gente interesada en adquirirla, y por lo tanto quede desierta la subasta, debiendo adjudicarse el acreedor la propiedad temporal. Todo ello puede hacer que la concesión de crédito con garantía hipotecaria sobre la propiedad temporal no sea muy efectiva.

La hipoteca de la propiedad sucesiva se asemeja más a la hipoteca de la nuda propiedad (art. 107 LH), sabiendo que, terminada la temporal, la propiedad será plena, reuniéndose con la sucesiva, y la hipoteca se extenderá entonces como en la hipoteca de nuda propiedad a toda la propiedad (art. 107.2 LH). Con la ventaja de que en la propiedad temporal siempre sabemos el plazo en que esta acabará, a diferencia de cuando existe un usufructo vitalicio del que desconocemos el plazo para la consolidación con el dominio. En la práctica, parece más atractiva para los posibles adjudicatarios en ejecución y, en consecuencia, parece otorgar más posibilidades de concesión de crédito.

2. Registro y propiedad compartida

El Código Civil catalán también recoge la posibilidad de inscribir la propiedad compartida —la material— es decir, la cuota que se adquiere del dominio total, en el Registro en el artículo 556-5CCCat y, al igual que en el caso anterior, cuando se trate de inmuebles entendemos que debe inscribirse en el Registro de la Propiedad y con inscripción declarativa.

En este caso, el legislador da alguna información más, al decir que la propiedad material se inscribirá en folio independiente, que remitirá al folio de la finca matriz, donde se hará constar la propiedad compartida[18]. Se hace a semejanza de la inscripción de cuotas en copropiedad, por ejemplo, en la inscripción de cuotas de garaje (art. 68 RH) que es perfectamente posible y admisible, y a las que se puede abrir folio independiente[19].

En cuanto a los requisitos que debe contener la inscripción, serán los descritos en el artículo 556-4.2: a) La cuota inicialmente adquirida. b) El derecho de adquisición gradual y los requisitos y condiciones de su ejercicio, sabiendo que, en defecto de pacto, las cuotas sucesivamente adquiridas no pueden ser inferiores al 10% del total de la propiedad. c) La contraprestación dineraria, si existe, para el ejercicio en exclusiva de las facultades dominicales atribuidas sobre el bien, su actualización y los criterios para su determinación a medida que se ejerza el derecho de adquisición gradual.

De este modo, se da debido cumplimiento al principio de especialidad registral en cuanto al objeto y contenido del derecho inscrito. Pero, igualmente, deberá determinarse conforme al artículo 9 LH y 51 RH los sujetos del derecho, es decir, los comuneros y sus circunstancias personales.

En cuanto a la hipoteca de la propiedad compartida, la propia ley prevé —a semejanza de cualquier comunidad de bienes— que tanto el propietario material como el formal pueden enajenar y gravar su cuota, por lo tanto, nada impide que se hipotequen tanto una como otra. El régimen de esta hipoteca será similar a la hipoteca de cuota en copropiedad romana y, si el deudor hipoteca-

rio incumpliese, saldría a subasta dicha cuota (propiedad material o formal), adquiriendo el adjudicatario únicamente aquella y con el plazo de tiempo que tuviera en caso de ser la propiedad material. Esto dificulta también la concesión de crédito hipotecario para su financiación, puesto que en caso de quedar desierta la subasta, el acreedor se adjudicaría en pago dicha cuota, lo que no suele tener interés para él, pues entra en la comunidad, con difícil gobernanza con el otro comunero.

Si la hipoteca fuera de la propiedad formal, creemos que podría tener más éxito, pero claro, es la propiedad material la que permite el acceso gradual y más barato a la vivienda, y es por lo tanto para la que se necesita la financiación hipotecaria.

Por otra parte, como ya hemos dicho, nos planteamos la posibilidad de que se constituya una hipoteca recargable para la sucesiva adquisición gradual de cuotas de propiedad material. De este modo, se mantendría el rango registral, pudiendo ser un estímulo para el acreedor, que va viendo como su garantía aumenta, manteniendo la prioridad.

Por último, hay que analizar el problema de si la finca ya estuviera hipotecada y luego se constituyera propiedad compartida, si la hipoteca se podría dividir con el acuerdo del acreedor y deudor (123 LH), como si se hubiese dividido la finca hipotecada. Entendemos que no es posible, pues no se trata de un supuesto de división de finca material, con un soporte físico, que es en el que está pensando la Ley Hipotecaria y, por lo tanto, la hipoteca permanecerá integra sobre ambas partes, pudiendo elegir el acreedor cuál ejecutar[20].

Y al revés, si la hipoteca se constituye con posterioridad a la propiedad compartida, ya hemos dicho que solo recae sobre la cuota y durante el plazo que quede, con las dificultades que ello supone.

En definitiva, existiendo la posibilidad de inscripción, y por tanto de oponibilidad *erga omnes* de estas propiedades especiales, considero que su inscripción tiene ciertas dificultades que deben tenerse en cuenta a la hora de desarrollarse en el derecho común y, sobre todo, el mayor obstáculo que veo para la efectividad de estas figuras es la posibilidad de constituir hipoteca sobre las mismas, que siendo posible, no parece muy efectiva en la práctica.

IV. CONCLUSIONES

I. Las dificultades en el acceso a la vivienda en España son cada vez más notorias: los elevados precios de los inmuebles, las dificultades de acceso al crédito, la inestabilidad de los alquileres y la poca oferta de estos, hacen que sea conveniente buscar nuevas alternativas para procurar la vivienda que exige el mandato constitucional.

II. Entre esas alternativas nos encontramos con figuras tradicionales que convendría revisar y actualizar como puede ser el usufructo o la superficie, pero también nuevas posibilidades que llegan a semejanza de figuras extranjeras que ya han sido incorporadas por el Código Civil catalán, como son las que se denominan tenencias intermedias: propiedad temporal y propiedad compartida.

III. Estas dos figuras son nuevas modalidades de dominio, en concreto tienen su base en el dominio dividido, sea por cuotas como la comunidad de bienes, o en el dominio sucesivo, temporal. No se trata de derechos reales en cosa ajena, sino que consisten en verdaderos derechos de propiedad, si bien desde una concepción flexible del mismo, divisible y no necesariamente perpetuo.

Son modalidades de dominio o propiedad que, aparentemente, no son exclusivas, ni generales, ni perpetuas, pues se reparten, se dividen, bien las facultades en qué consiste, o bien el tiempo de utilización de las mismas, dando lugar a fenómenos, un poco diferentes al concepto tradicional de propiedad, pero que siguen siéndolo.

IV. La propiedad temporal confiere a su titular el dominio de un bien durante un plazo cierto y determinado, vencido el cual el dominio hace tránsito al titular sucesivo. Es un derecho de propiedad sometido a plazo. Tiene como ventajas que se abarata su acceso por la limitación temporal, pero que, a la vez, es tiempo suficiente para rentabilizar la inversión y dar estabilidad a la vivienda; no limita las facultades dominicales, de forma que puede usarse, disfrutarse, gravarse, hipotecarse, enajenarse, arrendarse y obtener de la misma todas las utilidades que ofrezca durante el plazo establecido. Puede ser un sustituto eficaz a los arrendamientos de vivienda de larga duración, con mayor oponibilidad y estabilidad.

V. La propiedad compartida, por el contrario, supone un supuesto de comunidad de bienes, que confiere a uno de los dos titulares, llamado propietario material, una cuota del dominio, la posesión, el uso y el disfrute exclusivo del bien y el derecho a adquirir, de modo gradual, la cuota restante del otro titular, llamado propietario formal. Como ventajas, se pueden señalar las siguientes: el propietario material puede ir adquiriendo más cuota y re-hipotecándola, conforme ya haya pagado la anterior, poco a poco, con una planificación financiera más acorde a los ingresos y gastos reales. El propietario material es verdadero propietario y ello hace, como en la propiedad temporal, que el titular se involucre más en el cuidado del inmueble y en el pago de la cuota progresiva, pues tiene como objetivo adquirir la propiedad plena de algo que es suyo. Es posible firmar una hipoteca por mucho menos del valor total del inmueble, puede ser una alternativa a los desahucios cuando el acreedor adquiera cuotas de la propiedad del deudor; y podría financiarse con hipoteca recargable.

VI. Ambas figuras pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad. Entendemos que tienen una inscripción declarativa y voluntaria puesto que no se dice nada al respecto, debiendo aplicar la regla general de nuestro ordenamiento. Si bien, y como consecuencia del principio de especialidad, deberán hacerse constar sus características, sujetos, contenido, plazo, etc., con la finalidad de que no quede duda del derecho inscrito. Estas peculiaridades de la inscripción deben tenerse en cuenta y consideramos que el legislador, en una traslación al ordenamiento nacional, debería dejar muy claras y detallarlas mejor, para evitar ciertas confusiones o problemas.

VII. Pueden hipotecarse ambas tenencias intermedias, así lo dice la Ley 19/2015, de 29 de julio, de propiedad temporal y compartida que las recoge, y es posible debido *al numerus apertus* imperante en la creación de nuestros derechos reales y por analogía a otras figuras de hipoteca sobre propiedades temporales (propiedad sometida a pacto de retro, o condición resolutoria, usufructo a plazo o vitalicio), o cuotas en copropiedad. No obstante, la hipoteca sobre estos derechos de propiedad, siendo mejor financieramente hablando, pues probablemente el préstamo garantizado será de menor cuantía que si fuera la propiedad plena, no deja de tener inconvenientes a la hora de su ejecución, por lo que puede, a la postre, lastrar la constitución de estas hipotecas por poca utilidad práctica.

VIII. En conclusión, considero que debe prestarse una gran atención a esas figuras, puede ser un buen momento para su traducción a nivel nacional,

siendo entonces cuando el legislador debe aprovechar para tratar de aminorar sus dificultades, y aclarar los aspectos confusos que no recoge la LPTPC catalana.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC de 26 de marzo de 1987
- STC de 29 de noviembre de 1988
- STC de 27 de junio de 1990
- STC de 14 de julio de 1994
- STC de 23 de diciembre de 1995
- STC de 6 de julio de 2017

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 5 de marzo de 1991
- STS de 18 de septiembre de 1998
- STS de 29 de enero de 1999

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO:

- RDGRN de 8 de mayo de 1996
- RDGRN de 5 de enero de 1998
- RDGRN de 7 de enero de 1998
- RDGRN de 8 de noviembre de 2018

VI. BIBLIOGRAFÍA

BALLESTEROS ALONSO, M. (2017). Comentario a la propiedad compartida, en *Derechos reales de Cataluña. Comentarios al libro quinto del Código Civil de Cataluña,* Tomo I, [Valle Muñoz, J.L. y Arnáiz Ramos, R. (coords.)], Atelier, Barcelona, 789-834.

IZQUIERDO GRAU, G. (2019). Aspectos registrales e hipotecarios de la propiedad temporal y la propiedad compartida del Código Civil de Cataluña. *In Dret*, 3/2019, 1-46.

LAMBEA LLOP, N. (2017). Concepto, objeto, régimen jurídico y facultades en la propiedad compartida, en *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos* [Nasarre Aznar, S. (coord.)], Tirant lo Blanch, Valencia, 221-246.

MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2017). La propiedad temporal y la propiedad compartida. *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre, 1-15.

MOLL DE ALBA LACUVE, CH. (2022). La propiedad superficiaria, la propiedad temporal y la propiedad compartida como formas alternativas para la adquisición de vivienda, en *Nuevo derecho de propiedad inmobiliaria en Iberoamérica,* (Goñi Rodríguez de Almeida, M., Editora), Tirant lo Blanch.

NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H. (2013). Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 739, 3063-3122.

TORRENT CUFI, F. (2015). La propiedad temporal y compartida. *La Notaria*, núm. 2, 27-36.

VALLE MUÑOZ, J.L. (2017). La propiedad temporal y la propiedad compartida. Especial atención a los aspectos registrales, en *Les modificacions recents del Codi civil de Catalunya i la incidència de la Llei de la jurisdicció voluntària en el Dret Català (materials de les Dinovenes Jornades de Dret català a Tossa),* (del Valle, J.L., Coord.), Documenta Universitaria, Girona, 141-197.

NOTAS

[1] En este sentido se ha manifestado tradicionalmente la STC de 29 de noviembre de 1988.

[2] Sobre la función social de la propiedad como contenido esencial del derecho de propiedad, véase: SSTS de 5 de marzo de 1991; 29 de enero de 1999; 18 de septiembre de 1998.

[3] Véase NASARRE AZNAR, S. y SIMON MORENO, H. (2013). Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda. *RCDI,* núm. 739, 3063-3122.

[4] MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2017). La propiedad temporal y la propiedad compartida. *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre, 1-15.

[5] MOLL DE ALBA LACUVE, CH. (2022). La propiedad superficiaria, la propiedad temporal y la propiedad compartida como formas alternativas para la adquisición de vivienda, en *Nuevo derecho de propiedad inmobiliaria en Iberoamérica,* (Goñi Rodríguez de Almeida, M., Editora), Tirant lo Blanch.

[6] Véase NASARRE AZNAR, S. y SIMON MORENO, H. (2013). Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda, *ob. cit*.

[7] Preámbulo Ley 19/2015, de 29 julio, de introducción propiedad temporal y compartida en CCCataluña: «Ambas modalidades de propiedad son formas de poder jurídico real que hallan sus fundamentos en instituciones propias de larga tradición jurídica legal y consuetudinaria en las fuentes catalanas y que se mantienen en el Código Civil. En la presente ley se desarrollan a partir de la regulación del Código Civil sobre la propiedad y la comunidad. En efecto, la propiedad temporal está presente en la propiedad resultante de la sustitución fideicomisaria —sometida, como se sabe, a plazo o condición— (arts. 426-1 a 426-59 CC), institución de larga tradición histórica. Asimismo, está presente en la donación con cláusula de reversión del objeto donado, tanto a favor del donante como de otra persona (art. 531-19), y en la caracterización originaria de los censos como propiedad dividida susceptible de duración temporal si así se pacta, particularmente el censo enfitéutico y el derecho de superficie (art. 564-1).

Por otra parte, la propiedad temporal que se crea por contrato se emparenta con cláusulas típicas con eficacia real, como por ejemplo la de recuperación de la propiedad en la compraventa a carta de gracia, que supone la creación del derecho a redimir (arts. 326 a 328 de la Compilación del derecho civil de Cataluña). La compraventa en la que el comprador adquiere conociendo la duración temporal de la propiedad del fiduciario —fiducia *cum garantia*— supone una temporalidad. La propiedad compartida, que es una comunidad con distribución del poder y de la posesión entre los comuneros, se acomoda a la regla, propia de la comunidad ordinaria indivisa, según la cual los copropietarios acuerdan el uso y posesión del bien a su conveniencia (art. 552-7). Es, además, una cotitularidad de propiedad que se adentra en las figuras censales, en concreto en el censo enfitéutico tal y como se practicó y se mantiene, en la distinción entre el dominio útil —del propietario que cobra el canon— y el dominio directo —quien posee y explota el bien— en atención a quien está en contacto directo con el bien. La regulación de la propiedad compartida, sin embargo, tiene caracteres propios que la distancian de los censos, ya que se considera una comunidad indivisa, y no una dividida como aquellos, pero toma de los censos la distinción

jurídica entre la propiedad material y la formal, para destacar esta configuración. O sea, respeta esta naturaleza de propiedad ante la actual concepción de los censos como derecho real limitado. Es, de este modo, una forma evolucionada de los antiguos censos, adaptada a las necesidades y realidades de la sociedad del siglo XXI, en la que el equilibrio entre las partes tiene lugar de acuerdo con su voluntad».

[8] Sobre las figuras inglesas que inspiran la propiedad temporal y compartida, véase: TORRENT CUFI, F. (2015). La propiedad temporal y compartida. *La Notaria*, núm. 2, 27-36 y NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H. (2013). Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda*, ob. cit*.

[9] Titular sucesivo que normalmente es el propietario pleno inicial, aunque nada impide que este se reserve la propiedad temporal en vez de la sucesiva.

[10] En este sentido, NASARRE Y SIMÓN, ponen el siguiente ejemplo de simbiosis jurídica que puede conseguirse con la propiedad temporal: La propiedad temporal puede dar solución a una pluralidad de situaciones, dado que su duración puede ser de decenas o de cientos de años. Una situación tipo puede ser aquella en que un profesional (sea o no de la Administración Pública, por cuenta propia o ajena) de unos treinta y cinco años consiga trabajo estable en una ciudad donde el coste de la vivienda en propiedad es elevado en relación a sus ingresos (por ejemplo, la hipoteca representa más del 30 por 100 de estos); podría comprar temporalmente una vivienda para su vida laboral (treinta y dos años), lo que implicaría un precio mucho más asequible y una estabilidad en su tenencia de manera que no sería necesario que se preocupara de posibles elevaciones de renta o de las necesidades del propietario original, lo que le posibilitaría disponer de más renta libre para su familia y necesidades. La persona que le podría vender esto podría bien ser una pareja joven que, por ejemplo, debido a una herencia, tiene un piso libre, pero está pagando la hipoteca del piso donde viven; dado que consiguen mucha cantidad de dinero de una sola vez con esta venta, pueden terminar de pagar su vivienda actual y al cabo de treinta y dos años recuperarán ese piso donde podrá vivir, por ejemplo, el hijo que quieren tener.

[11] Consideran a la propiedad compartida como un nuevo tipo de comunidad de bienes LAMBEA LLOP, N. (2017), Concepto, objeto, régimen jurídico y facultades en la propiedad compartida, en *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos* [Nasarre Aznar, S. (coord.)], Tirant lo Blanch, Valencia, 221-246; NASARRE AZNAR y SIMÓN MORENO (2013). Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 739/2013, 3086; MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2017). La propiedad temporal y la propiedad compartida. *Actualidad Civil,* 10/2017, 7-8; BALLESTEROS ALONSO, M. (2017). Comentario a la propiedad compartida, en *Derechos reales de Cataluña. Comentarios al libro quinto del Código Civil de Cataluña,* Tomo I, (VALLE MUÑOZ, J.L. y ARNÁIZ RAMOS, R. (coords.), Atelier, Barcelona, 789.

[12] A favor de la inscripción declarativa y voluntaria NASARRE AZNAR y SIMÓN MORENO (2013). Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda, *ob. cit.*; IZQUIERDO GRAU, G. (2019). Aspectos registrales e hipotecarios de la propiedad temporal y la propiedad compartida del Código Civil de Cataluña. *In Dret*,3/2019, 10; VALLE MUÑOZ, J.L. (2017), La propiedad temporal y la propiedad compartida. Especial atención a los aspectos registrales, en *Les modificacions recents del Codi civil de Catalunya i la incidència de la Llei de la jurisdicció voluntària en el Dret Català (materials de les Dinovenes Jornades de Dret català a Tossa),* (Jose Luis del Valle coordinador), Documenta Universitaria, Gerona, 188: No se ha establecido por el CCCat la inscripción como constitutiva y, ni tan siquiera como obligatoria, por lo que se sigue la regla general de nuestro sistema registral en el que la inscripción es voluntaria y declarativa. Considera, por el contrario, que se trata o debería ser una inscripción constitutiva MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2017). La propiedad temporal y la propiedad compartida, *ob. cit.,* 9-10: En ambos casos, tanto en la propiedad temporal como en la propiedad compartida, la inscripción debería tener carácter constitutivo, ¡y no uno meramente declarativo; aunque de la terminología utilizada por el legislador no se deduzca esta conclusión con total claridad.

[13] Artículo 547-8 CC catalán. Inscripción: 1. El título de adquisición de la propiedad temporal se inscribe en el registro correspondiente de conformidad con lo establecido por

la ley y con los efectos correspondientes. 2. En la inscripción del título de adquisición debe hacerse constar la duración de la propiedad temporal y, si procede, el régimen voluntario que se haya pactado de acuerdo con lo establecido por el artículo 547-5.

[14] En este caso, respecto del régimen voluntario tendrá que hacerse constar lo dispuesto en el artículo 547-5: «Régimen voluntario.

En el título de adquisición de la propiedad temporal puede establecerse:

a) El pago a plazos del precio de adquisición.

b) La facultad del propietario temporal de prorrogar su derecho por un plazo que, sumado al inicial, no exceda del máximo legal, sin perjuicio de terceros.

c) El derecho de adquisición preferente del propietario temporal para el caso de transmisión onerosa del derecho del titular sucesivo, y el derecho de adquisición preferente de este último para el caso de transmisión onerosa de la propiedad temporal.

d) Un derecho de opción de compra de la titularidad sucesiva a favor del propietario temporal.

e) El derecho del propietario temporal a que el titular sucesivo le pague los gastos por obras o reparaciones necesarias y exigibles, atendiendo, principalmente, al tiempo que queda de la duración de la propiedad temporal y al importe de dichos gastos».

[15] IZQUIERDO GRAU, G. (2019). Aspectos registrales e hipotecarios de la propiedad temporal y la propiedad compartida del Código Civil de Cataluña, *ob. cit.,* 11: De acuerdo con las formas de adquisición de la propiedad temporal (art. 547-4 CCCat), si el propietario originario se reserva la titularidad sucesiva porque se desprende de la titularidad temporal, se identificará el propietario temporal, puesto que el titular sucesivo ya constará inscrito si es el propietario originario. Por otro lado, si el propietario originario adquiere la propiedad temporal, deberá constar la identificación del titular sucesivo, quien adquirirá el derecho cuando finalice el plazo de duración de la propiedad temporal.

[16] Tal y como ha admitido la jurisprudencia constantemente, baste por todas la RDGRN de 8 de noviembre de 2018 que recoge perfectamente esta tesis.

[17] Desarrolla este asunto, comparando estas hipotecas IZQUIERDO GRAU, G. (2019). Aspectos registrales e hipotecarios de la propiedad temporal y la propiedad compartida del Código Civil de Cataluña, *ob. cit.,* 20-23.

[18] Artículo 556-5 CCCat: «Inscripción.

1. El título de constitución de la propiedad compartida se inscribe en el registro correspondiente de conformidad con lo establecido por la ley y con los efectos correspondientes.

2. En la inscripción del título de constitución de la propiedad compartida deben hacerse constar las circunstancias establecidas por el artículo 556-4.2 y, si procede, los derechos de tanteo y retracto.

3. La propiedad compartida, si recae sobre un bien inmueble, debe inscribirse, de acuerdo con la legislación hipotecaria, en el folio abierto para la finca matriz. La inscripción del derecho del propietario material debe practicarse en un folio independiente, el cual debe remitir al régimen de propiedad compartida».

[19] Como dice IZQUIERDO GRAU: «Se trata, por tanto, de un remedio similar al previsto en el artículo 68 RH para la adquisición de cuotas indivisas de fincas destinadas a garaje o estacionamiento de vehículos y a trasteros, puesto que este artículo extiende la posibilidad de abrir folio independiente a las cuotas indivisas de este tipo de fincas. Lo mismo se prevé en la regulación de la propiedad horizontal, puesto que el artículo 553-9.4 CCCat prevé la inscripción general del inmueble en su conjunto y la inscripción de los pisos en régimen de propiedad horizontal en folios independientes», IZQUIERDO GRAU, G. (2019), *ob. cit.,* 32.

[20] En este sentido, aunque hablando de una cuota en copropiedad se manifiesta la RDGRN de 5 de enero de 1998, que entiende que para la división y distribución de la responsabilidad hipotecaria, debe existir una finca material: «hay que partir del hecho de que, en este caso, aun cuando el acreedor hipotecario consiente la distribución de responsabilidad hipotecaria realizada no se cumple el supuesto de hecho del artículo 123 LH porque no se ha producido una verdadera división material de la finca gravada sino exclusivamente la transmisión de una cuota indivisa sobre la misma. En efecto, como ya señaló la resolución de 8 de mayo de 1996, las cuotas indivisas sobre un local garaje que llevan consigo el uso de una plaza que solo se identifica por un simple número no pueden ser calificadas

jurídicamente como fincas independientes dentro de un nuevo régimen de subpropiedad horizontal constituido sobre dicho local, respecto de las cuales puedan operar en todo su rigor los principios hipotecarios, de conformidad con los artículos 396 y 401 del Código Civil, 3 LPH y 8 LH, para que pueda hablarse de propiedad separada en un régimen de propiedad horizonte; no basta con definir una cuota abstracta respecto del todo, sino que se precisa además, la delimitación suficiente de un espacio susceptible de aprovechamiento independiente sobre el que se proyecta ese derecho singular y exclusivo de propiedad, y en cuyo goce se concreta esa participación abstracta». En muy parecidos términos, la RDGRN de 7 de enero de 1998.

1.4. Sucesiones

Legítima, sustitución vulgar, acrecimiento e interpretación del negocio testamentario [a propósito de la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (1.ª) de 18 de enero de 2022]

Legitime, vulgar substitution, growth and interpretation of testaments (about the Resolution (1st) of the Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública of 18th January 2022)

por

ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: La legítima, institución de derecho sucesorio, es fundamentalmente un freno a la libre disposición a título gratuito (*inter vivos* y *mortis causa*) de los propios bienes y derechos. Pero esa limitación se prevé en beneficio de unas personas, que son los legitimarios (o impropiamente llamados «herederos forzosos»). Cómo la limitación que supone la legítima para el causante, se traduce en beneficio a los legitimarios, es una cuestión que permite concluir que la sucesión intestada es la regulación que le da el «soporte positivo» a la legítima como «limitación» dispositiva, para materializar ese beneficio. Existe una íntima relación institucional entre ambas figuras.

Partiendo de esto, cuando el testador introduce en su testamento una cláusula de sustitución vulgar por la que pretende sustituir a sus legitimarios, debemos preguntarnos si ello es posible, y cómo entra en conflicto con la «intangibilidad cualitativa de la legítima», ordenada por el artículo 813 del Código Civil, o con el *pseudoacrecimiento* que regula el artículo 985 del mismo Código.

El análisis de esta resolución resulta muy interesante, y es desde un punto de vista didáctico, muy ilustrativa y completa, pues a todo lo anterior, en el caso tratado se introduce también un interesante problema interpretativo del testamento, que es lo que acaba siendo el argumento clave para la solución de la controversia, y que debe ser analizado críticamente.

ABSTRACT: The legitime is a «brake» on the free disposal (inter vivos and mortis causa) of one's own property and rights. But this limitation is foreseen for the benefit of some people, who are the improperly called «forced heirs». How the limitation that the legitimate implies, translates into benefit to the «forced heirs», is a question that allows us to conclude that the abintestato succession is the regulation that gives the

«positive support» to the legitimate one as a dispositive «limitation», in order to materialize that benefit. There is a strong institutional relationship between these two figures.

On this basis, when the testator introduces in his will a vulgar substitution clause, by which he intends to replace his «forced heirs», we must ask ourselves if this is possible, and how it conflicts with the «qualitative intangibility of the legitime», ordered by article 813 of the Civil Code, or with the pseudo-growth that regulates the article 985 of the same Code.

The analysis of this Resolution is very interesting and didactic, because an interesting interpretative problem of the will is also introduced, which is what ends up being the key argument for the resolution of the dispute, and that must be analyzed.

PALABRAS CLAVE: Legítima. Sucesión intestada. Intangibilidad cualitativa. Sustitución vulgar. Acrecimiento. Interpretación del testamento.

KEY WORDS: Legitime. Abintestato succession. Qualitative intangibility of the legitime. Vulgar substitution. Growth. Interpretation of a will or testament.

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO.—II. LOS HECHOS.—III. RELACIÓN INSTITUCIONAL ENTRE LEGÍTIMA Y SUCESIÓN INTESTADA. PROPUESTA INTERPRETATIVA.—IV. LEGÍTIMA, LEGITIMARIOS, SUSTITUCIÓN VULGAR, ACRECIMIENTO E INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: LOS ARGUMENTOS BÁSICOS DE LA RESOLUCIÓN EN ESTUDIO. 1. Legítima, legitimarios, sustitución vulgar y acrecimiento en la legítima (fundamento de derecho 2 de la resolución): *A) Legítima, legitimarios y sustitución vulgar*. *B) Legítima y acrecimiento*. 2. Interpretación del testamento: la «verdadera» voluntad del testador (fundamentos de derecho 3 y 4 de la resolución): *A) La interpretación negocial en general, y la interpretación del testamento en particular. Ideas generales. B) El caso concreto de la resolución de 18 de enero de 2022. Análisis crítico y propuesta de solución*.—V. CONCLUSIÓN.—VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

En el BOE de 16 de febrero de 2022, se ha publicado una muy interesante resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (desde aquí, DGSJyFP), que resuelve un recurso planteado ante la negativa de la registradora de la Propiedad de San Martín de Valdeiglesias, a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia. Se trata de la resolución de 18 de enero de 2022, cuyo análisis detenido sirve de excusa para reflexionar sobre algunos puntos centrales del sistema sucesorio del Derecho común, pues aunque los fundamentos de derecho de dicha resolución no son particularmente extensos, sin embargo condensan la explicación de ideas y conceptos muy importantes del Derecho sucesorio en el Derecho común, con una sencillez que, como veremos, es solo aparente.

El objetivo que nos proponemos es analizar esas cuestiones, desarrollarlas con la profundidad que permiten los lógicos límites de espacio de un trabajo de estas características, y presentar una propuesta de solución alternativa al caso, todo ello con el debido, y muy merecido, respeto que nos merece la doctrina

proveniente de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, y antes, Dirección General de los Registros y del Notariado. Para ello, nos detendremos en las siguientes cuestiones:

— Las relaciones institucionales entre legítima y sucesión intestada.
— La posibilidad, y en su caso, límites, de la sustitución vulgar cuando están presentes los límites legitimarios.
— El *pseudoacrecimiento* entre colegitimarios (art. 985 CC).
— Las líneas maestras de interpretación del negocio testamentario.

Antes de entrar con detenimiento en las materias indicadas, es preciso ofrecer una breve descripción de los hechos que motivaron la resolución que ahora analizamos

II. LOS HECHOS

Una persona, padre de tres hijos —que vamos a designar como A, B y C— instituye herederos a los tres hijos mencionados, pero en forma desigual: a A y a B, les instituye herederos en su legítima estricta; al hijo C, le instituye heredero en el resto.

Después de instituirles herederos, el testamento prevé una cláusula de sustitución vulgar, del siguiente tenor literal:

«Los herederos serán sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes».

Los herederos A y B repudian la herencia, de modo que C acepta y se adjudica la totalidad de aquella en escritura pública que, presentada al Registro, es calificada negativamente, pues habida cuenta de la sustitución vulgar prevista en el testamento, es necesario, a juicio de la registradora, acreditar la inexistencia de descendientes de los renunciantes, o que, en caso de que tales descendientes existieran, presten su consentimiento a la adjudicación de C.

El notario que formalizó la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia en favor de C, recurre la calificación ante la Dirección General, la cual *estima* el recurso, y revoca la calificación de la registradora.

III. RELACIÓN INSTITUCIONAL ENTRE LEGÍTIMA Y SUCESIÓN INTESTADA. PROPUESTA INTERPRETATIVA

Para analizar los fundamentos de la resolución en que se basa este trabajo, es imprescindible dejar clara la idea que se enuncia en este epígrafe: la relación institucional entre legítima y sucesión intestada.

Para comprender la naturaleza de la legítima en el Derecho común, y a los efectos que aquí nos proponemos, nos parece esencial partir de los claros términos en que se expresa el artículo 658 del Código Civil: «la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de este, por disposición de la ley». Y se añade: «la primera se llama testamentaria, y la segunda legítima».

Es unánimemente admitido que, cuando el artículo 658 se refiere a «legítima», es está refiriendo a la sucesión *intestada*, y no a la legítima entendida como límite dispositivo o atributivo.

Este artículo 658 del Código Civil, disposición general en la regulación de la sucesión *mortis causa*, resulta fundamental tanto por lo que afirma como por lo que no prevé; concretamente: no deja espacio para un tercer modo de vocación sucesoria distinta de la sucesión testada y de la intestada. Y esto resulta fundamental para tener claro que la *legítima* (regulada fundamentalmente en los arts. 806 y sigs. CC) *no es un título atributivo, por sí solo, en la sucesión por causa de muerte*.

Una vez apuntado lo anterior, estamos en disposición para afirmar que la legítima, como institución del derecho sucesorio, tiene una consecuencia atributiva *solo de forma indirecta* en favor de los legitimarios.

Esto requiere de explicación, lo que nos llevará a otras ideas que resultan fundamentales a los fines que aquí nos proponemos.

Teniendo presente que,

1. tal y como acabamos de apuntar, la legítima por sí sola no es un título sucesorio;
2. que en el Derecho común solo existen la vocación testamentaria y la vocación intestada;
3. y que los legitimarios son (y esto es evidente) los beneficiarios de esas limitaciones;

surgen con relativa facilidad dos ideas o conclusiones fundamentales:

a) La legítima es un *freno* a la libre disponibilidad de los bienes propios, tanto *mortis causa* (cfr. art. 806 CC) como *inter vivos* a título lucrativo (cfr. art. 636 CC). Y este freno se prevé en favor de los legitimarios.

b) Pero lo anterior, con ser necesario, no es suficiente si ese freno a la autonomía privada no está acompañado de, o integrado en, un sistema *atributivo* que permita materializar positivamente el beneficio patrimonial en favor de los legitimarios. Si ese medio atributivo no es el testamentario —con todo, ver más abajo— habrá de ser el legal (ordenación sucesoria intestada). La sucesión intestada es, o mejor, *ha de ser*, lógicamente, la regulación que suministre al sistema legitimario (esencialmente negativo o de freno) la ordenación a través de la cual materializar, ahora sí *positivamente*, esto es, hacer tangible, el buscado beneficio a los legitimarios.

Ahora bien: la ordenación de la sucesión intestada es algo más que la legítima: la sucesión intestada es un modelo regulativo *completo* de la sucesión *mortis causa* a falta de testamento eficaz; en este sentido, *supera* a la legítima en cuanto la sucesión intestada aspira a ser una ordenación completa del orden de llamamientos y atribuciones patrimoniales, articulado sobre la idea del parentesco y del matrimonio con el fin de materializar el *necesario* fenómeno sucesorio —continuador— de todas las relaciones jurídicas que no han de extinguirse por la muerte de su titular (cfr. art. 659 CC). La legítima, en cambio, no tiene esa finalidad, sino la de beneficiar a un reducido número de parientes del causante y, en su caso, a su cónyuge viudo. En otras palabras: no existe en el Derecho español un mecanismo por el cual, los bienes o valores que el legitimario necesita para ver satisfecha su legítima individual, hagan tránsito directo hacia él, sino que el legitimario *ha de cobrarse* de *la herencia*. La razón de ello radica en que, por utilizar las palabras de CÁMARA ÁLVAREZ, «en nuestro sistema no puede pensarse más que en un derecho abstracto o general a la legítima como contrapartida del deber legitimario que pesa sobre el testador»[1]. La condición

de legitimario no atribuye ningún título: el título debe hallarse en «otro lugar», y es lo que permite materializar concretamente el beneficio, en cabeza de los legitimarios, que significa el límite dispositivo para el causante que el sistema legitimario implica[2]. Y cuando el causante no cubre las cuantías legitimarias ni siquiera en el último momento (testamento), lo ha de hacer la Ley empleando la sucesión intestada, que es la única alternativa posible (cfr. art. 658-1.º CC).

En este sentido, y para que el sistema legitimario alcance tal fin, es perfectamente lógico que el legislador aproveche la estructura y la ordenación de la sucesión intestada, pero solo parcialmente, esto es, en la medida necesaria para equilibrar dos intereses a los que debe atender:

— Por un lado, los fines institucionales del sistema legitimario.
— Por otro lado, respetar en la medida de lo posible el eficaz juego de la autonomía privada del causante en la ordenación de su propia sucesión.

Por todo ello, probablemente sea posible concebir el sistema legitimario no solo como un límite o freno a la ordenación sucesoria testamentaria, sino también como un freno y adaptación de la ordenación legal de la sucesión intestada para que, a través de ella, se materialice positivamente el beneficio atributivo pretendido en favor de los legitimarios, sin ser la legítima misma un título atributivo *mortis causa*.

No tendría ningún sentido que el orden de los legitimarios difiriese del orden de llamamientos previsto en la sucesión intestada, si entendemos que el sistema de la sucesión intestada es, por el solo hecho de haberlo previsto el codificador, un modelo que el mismo considera adecuado *objetivamente*, esto es, no como una presunta voluntad del causante, sino como un modelo sucesorio basado en el parentesco y en una particular idea de familia. Estando también el sistema legitimario asentado en el parentesco y en la misma idea familia, sería incongruente y enormemente perturbador que hubiese diferencias al respecto. Y si las hay (que las hay), no es porque el orden legitimario vaya más allá del intestado, sino justo por lo contrario, lo cual no es no otra cosa que la explicitación de la idea de limitar lo menos posible el juego normal de los modos de vocación reconocidos, esto es, la autonomía privada del causante a través de testamento (parece sensato que la voluntad del causante deba limitarse solo en lo que sea necesario, y no en más), o la ordenación legal de la sucesión intestada (cuya finalidad es encontrar un sucesor que dé continuidad a ciertas relaciones jurídicas de que el causante era titular, como una exigencia de seguridad jurídica).

Esto explica con facilidad, por ejemplo:

— Que la ordenación de legitimarios descendientes pueda agotarse *antes* de que se agote el orden de sucesores intestados en la línea descendente. Esto favorece la desaparición de los límites o frenos legitimarios (incluido el mantenimiento de donaciones que, de otro modo, pudieran resultar inoficiosas), o visto desde el otro ángulo, favorece la ordenación por la autonomía privada o por las reglas de la sucesión intestada según el caso. En sede de sucesión intestada, el Código Civil llama a los descendientes de grado ulterior cuando los del grado anterior han repudiado la herencia. Sin embargo, el orden legitimario *no considera legitimarios* a los descendientes del grado ulterior cuando todos los del anterior repudian, y libera a la sucesión del límite legitimario, con todo lo que ello implica (cfr. arts. 636 y 818 CC, por ejemplo, que carecerían de virtualidad aplicativa).

— Que el artículo 815 del Código Civil permite satisfacer la legítima por el título que elija el causante. Esto es un reconocimiento a la autonomía privada del causante, en el entendido que los límites legitimarios deben ser lo «menos limitativos» posible una vez alcancen sus fines atributivos. De ahí que, aunque el causante no sea libre de atribuir o no a un legitimario, sí lo sea de elegir el título por el que lo hace, y en este sentido, sí sea libre de elegir la posición que ese legitimario pueda guardar con respecto a las deudas de la herencia (por ejemplo, en lugar de instituirlo heredero, lo nombra legatario).

Por otro lado, no sería coherente que las normas que disciplinan la sucesión abintestato no estuvieran orientadas, principalmente (aunque no solo) a la satisfacción de los derechos legitimarios; porque no se olvide que Código Civil, al regular la legítima como freno a la libertad dispositiva a título lucrativo, y regular el orden de legitimarios, solo le preocupa la legítima en su aspecto global —la legítima global— (quizá porque era lo verdaderamente importante a la hora de regular la legítima en la época de la Codificación, habida cuenta de los cambios cuantitativos que supuso en contraste con la legislación anterior), pero por ningún lado aparece una previsión específica descriptiva de la cuota legitimaria individual, lo que prueba que esto es algo que no habría de plantear mayores problemas, y que se da por supuesto: el reparto conforme a las reglas de la sucesión abintestato. Esto es perfectamente lógico, en un sistema en el que la legítima es definida en el artículo 806 como la «porción de bienes de que el testador no puede disponer [ni *inter vivos* ni *mortis causa*] por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos», luego es perfectamente lógico que respecto de aquello de lo que no puede disponer el causante, disponga la propia Ley con las reglas de la sucesión abintestato, como corresponde a un sistema sucesorio en el que la sucesión se defiere únicamente por dos vías (art. 658 CC): ya por voluntad del hombre manifestada en testamento (sucesión testamentaria), ya por disposición de la ley (sucesión abintestato). En este punto, creemos acertada, y aún vigente, la afirmación que hiciera Clemente DE DIEGO, cuando apuntaba que «la legítima es verdadera sucesión intestada, en virtud de la ley en causa testamentaria»[3].

Esto explica opiniones como la que en su momento sostuvo NAVARRO AMANDI, cuando afirmó que «la cuestión de las legítimas hace relación única y exclusivamente á la sucesión testada: tratándose de la intestada nadie ha negado la preferencia del hijo sobre el extraño á heredar aquellos bienes»[4]. En su literalidad, la afirmación no es correcta, porque es obvio que también en el ámbito de la sucesión intestada la legítima es el parámetro de medida de los actos dispositivos a título lucrativo, como demuestra (y demostraba también entonces) la necesidad de computar las atribuciones lucrativas *inter vivos*, lo que podría poner de manifiesto la insuficiencia de lo recibido *mortis causa* a través de la apertura de la sucesión *abintestato*[5]. Pero sí encierra una idea que es cierta: las atribuciones recibidas abintestato pueden ser insuficientes para cubrir la legítima, pero nunca podrán resultar inoficiosas, nunca podrán perjudicar a la legítima.

Institucionalmente, el orden legitimario no puede sobrepasar el orden abintestato, pero sí al revés. El primero puede agotar su finalidad sin que se haya agotado la del segundo, que es la de hallar un sucesor — pariente del causante, antes de llegar a la solución última de deferir la sucesión al Estado (o de la comunidad autónoma que, con competencia en Derecho Civil, así lo haya previsto). Ahora bien: si hay legítima que cubrir con la herencia, no es posible que concurran en la herencia legitimarios de un orden con sucesores abintestato de un orden

distinto. En este sentido, se puede decir que *siempre que en una sucesión dada, conforme al orden de llamamientos intestados que resulte aplicable, hubiese que saltar al orden siguiente, la carga legitimaria sobre la herencia debe considerarse extinguida*[6]. Como afirmaron BROCÁ y AMELL, «la cualidad de legitimario supone siempre la de heredero llamado á la sucesión *ab-intestato*»[7].

La *legítima* es, institucionalmente, un límite dispositivo tanto *inter vivos* a título lucrativo, como *mortis causa* cuando la sucesión se ordena por testamento. Los *legitimarios* son las personas relacionadas con el causante a cuyo beneficio la legítima se prevé. Las reglas de la *sucesión intestada* son las que *naturalmente* están orientadas a materializar, en beneficio concreto en favor de los legitimarios, el límite dispositivo que la legítima supone.

Las reglas de la *sucesión intestada* son las que están orientadas a materializar ese beneficio en favor de los legitimarios *naturalmente*, pero no *esencialmente*: esto lo deja claro el artículo 815 del Código Civil, cuando permite al causante elegir el título por el que la legítima individual quedará satisfecha.

Pero que las reglas de la sucesión intestada sean las que *naturalmente* convertir en beneficio atributivo tangible en favor de los legitimarios la limitación dispositiva del causante, implica importantes consecuencias en otros ámbitos, que ahora reducimos a dos:

a) Cuando el causante otorga testamento y prevé que uno, varios o todos los legitimarios reciban «lo que por legítima le corresponda», en realidad hay que considerar que los está instituyendo *herederos*.

La cuestión es compleja, y como señaló PUIG BRUTAU, «es el supuesto más interesante para observar la configuración puramente legal del derecho de los legitimarios»[8]. Una importante corriente doctrinal ha defendido que, cuando el testador se limita a indicar que los legitimarios reciban lo que por legítima les corresponda, ello supone nombrarles legatarios de parte alícuota. El fundamento de ello radica en que la legítima global es una parte de la cuantía que se obtiene *ex* artículo 818 del Código Civil, de la que, por tanto, se ha detraído ya el pasivo hereditario. Esto, unido a que al dejar simplemente «lo que por legítima pueda corresponder a los legitimarios», y faltar por tanto atribuciones concretas, lleva a los defensores de esta doctrina a la conclusión que el legitimario «tiene una posición jurídica equivalente a la del legatario de parte alícuota» (PUIG BRUTAU)[9], o a tratarse de un «legado de legítima» (ROCA SASTRE)[10]. En cualquier caso, nunca esta forma de cumplimiento de los deberes legitimarios implicará instituir *heredero* al legitimario.

Pero esta forma de enfocar la cuestión tiene evidentes problemas, y como ha indicado RODRÍGUEZ-ROSADO[11], el argumento, aunque otra cosa pueda parecer, es débil. Es cierto que, para el Código Civil, el modo en que se delimite el objeto de la atribución es muy importante de cara a calificar el título de la misma (heredero o legatario). Pero este no puede ser argumento determinante en esta sede para calificar al legitimario como legatario en defecto de otro título atributivo. La razón es que, como se ha señalado, la institución de la legítima es, ante todo, un freno a la libre disponibilidad a título lucrativo del causante. Que las deudas deben detraerse de la cuantía que se tome como referencia para calcular la magnitud de aquello sobre lo que se puede disponer (y por tanto, por descarte, de aquello de lo que está reservado a los legitimarios) es algo perfectamente natural porque de las deudas, sencillamente, no se puede disponer, y por lo tanto, de ellas, no tiene sentido plantear la existencia de limitaciones dispositivas. O visto desde otro ángulo: lo que principalmente quiere el sistema

legitimario es que un mínimo de las atribuciones a título lucrativo, tanto de las que se hayan hecho *inter vivos* como las que prevean *mortis causa*, tengan como destinatarios a los legitimarios, independientemente del título por el que ello se procure: limitación, por tanto, de los actos de disminución del activo para que estos tengan en parte como destinatarios a los legitimarios; deducir de aquí, que en principio los legitimarios no tengan que responder del pasivo, va más allá de los fines institucionales de la legítima: los actos patrimoniales que suponen el aumento del pasivo no son manifestación de actos dispositivos susceptibles de limitación para garantizar las legítimas; a menos que estemos dispuestos a admitir, que instituir herederos a los legitimarios, y con ello hacerles sucesores también de las *deudas*, supone un *gravamen* a la legítima (cfr. art. 813-2.º CC), lo que —con razón— nadie ha afirmado[12].

Por todo lo que se ha explicado hasta aquí, debe afirmarse que cuando el testador se limita a «dejar» a los legitimarios lo que por legítima les corresponda, sin disponer a través de ningún título concreto, en realidad los está instituyendo herederos[13].

b) Cuando un legitimario exige el complemento de la legítima *ex* artículo 815 del Código Civil con el fin de *recibir* los valores necesarios para cubrir su legítima individual, el título por el que los recibe es el de *heredero*. Es este otro buen «campo de prueba» de la tesis que aquí se sostiene: cuando el legitimario no recibe todo lo que, conforme a su legítima individual, debiera recibir, puede pedir lo que le falte para llegar a ese mínimo, y el problema que entonces se plantea, es el título por el que lo habrá de recibir, esto es, estamos ante un problema de reconstrucción del título sucesorio por el que recibiría ese déficit de su cuota legitimaria individual. Buen exponente de este problema lo encontramos en la opinión de CÁMARA ÁLVAREZ, que termina afirmando que el fundamento que se recibe en estos casos «ha de encontrarse en ese derecho general y abstracto que no da lugar a una adquisición *mortis causa* tipificada. Se trataría, en último término, de una vocación atípica a título singular que guardaría cierta semejanza con los llamados legados legales»[14].

En nuestra opinión, la cuestión merece una respuesta distinta. Una de las novedades que introdujo el codificador de 1888-1889 en el Derecho de sucesiones, fue la posibilidad de satisfacción íntegra de la legítima mediante títulos distintos del de *heredero* (donatario y legatario, fundamentalmente), evitando así la preterición y sus consecuencias. Y esto es mérito de lo dispuesto en el artículo 815 del Código Civil. Pero en verdad, creemos que la novedad introducida por el artículo 815 del Código Civil, con ser fundamental, acaba ahí. Cuando el artículo 815 del Código Civil contempla la acción de complemento de la legítima, solo puede comprenderse por relación al artículo 814. Más en concreto: los artículos 814 y 815 son distintos prismas de una misma acción de *petición de herencia* que se pone a disposición del legitimario que no ve cubierta, en todo o en parte, su legítima individual.

Es habitual entender que la acción de preterición y la acción de complemento son acciones excluyentes entre sí, ya que el supuesto de hecho que las activa sería asimismo excluyente. En este sentido, se suele afirmar que cuando el causante ha satisfecho solo parcialmente la legítima del legitimario, procede la acción *de complemento* (art. 815), mientras que si la insatisfacción es total, entonces estamos ante un supuesto de *preterición* (art. 814).

Sin embargo, hay razones para sostener que el artículo 815 solo cobra verdadero sentido por relación con el artículo 814 del Código Civil.

Para comprenderlo, debemos intentar aproximarnos a la idea de *preterición*, y tener en cuenta que la preterición es un concepto *esencialmente testamentario*,

y en concreto, cuando el causante ha ordenado toda su sucesión en el sentido del artículo 912.2.º del Código Civil. A la inversa: cuando la sucesión es intestada en todo *o en parte*, no hay preterición. No hay ningún autor que haya afirmado la posibilidad de preterición en ninguno de estos casos[15].

Aunque la cuestión no es nada clara, sí podemos decir que cuando se afirma que la preterición protege cuantitativamente al legitimario en su aspecto material, el supuesto de preterición ha de consistir en la *absoluta insatisfacción* de la legítima, por contraste con lo dispuesto en el artículo 815, en el entendido que este último protege la (in)satisfacción *parcial*.

Sin embargo, esta forma de enfocar la cuestión pasa por alto que cuando el legitimario no recibe lo que por legítima le corresponde, el verdadero problema se encuentra en identificar o reconstruir el título que le habilite / legitime para obtener lo que por legítima le corresponde. Es cierto que el legitimario puede ver satisfecha su cuota legitimaria por donaciones en cuantía suficiente, y en este sentido de nada debe quejarse, y el ordenamiento no tiene por qué reaccionar (art. 815 *a contrario*). Pero en el resto de los casos, aunque el problema es también de tutela cuantitativa de la legítima, es también un problema de reconstrucción del título por el que el legitimario pueda ver satisfecha su legítima. Es cuando ese título falta, esto es, cuando no lo ha *previsto* el testador, ni hay espacio para que hubiese *integrado* la ley el fenómeno sucesorio, cuando el legislador debe ofrecer soluciones *contra tabulas*. Y esta reconstrucción solo puede operar a través de la condición de heredero abintestato que al legitimario, por el solo hecho de serlo, le corresponde.

En nuestra opinión, creemos que lo que se pretendió con el artículo 815 era, nada menos, pero *nada más*, que permitir que la legítima pudiera cubrirse *por cualquier título*, esto es, no solo mediante la institución de heredero, sino también por legados e incluso mediante actos lucrativos *inter vivos*. Si el artículo 815 hubiese continuado la tradición jurídica del Derecho castellano, su redacción hubiese sido probablemente la siguiente: «El heredero forzoso a quien el testador dejase, a título de herencia [a título de heredero], menos de la legítima, solo podrá pedir el complemento de esta». Esta posible redacción es la que puede leerse en el artículo 967 del *Código Civil de España*, escrito y publicado por NAVARRO AMANDI en el año 1880[16], que menciona como base la Ley 5, Título 8, Partida 6; y en este contexto, el problema de satisfacción de la legítima es netamente cuantitativo, puesto que el título de heredero (sucesor *universal*) ya le habilita para obtener, mediante la *petitio hereditatis*[17], lo que le corresponde como tal legitimario.

Cuando el legislador de 1888-1889 elimina, con la clara redacción del artículo 815, la necesidad de que la legítima haya de satisfacerse mediante institución de heredero[18], no pudo estar pretendiendo regular en dicho artículo 815 una acción acabada y autónoma, porque *no cualquier título* permite obtener *por sí mismo* el complemento, sino solo el título de *heredero*. Por tanto, cuando el legitimario *no ha recibido institución de heredero*, y no ha sido cubierta su cuota legitimaria, lo que procede es aplicar la consecuencia del artículo 814 (según la preterición fuese intencional o no intencional). Admitir o negar que hay *preterición*, en cierto modo pierde importancia práctica, porque lo que realmente hay es, como ya se ha adelantado, una *acción de petición de herencia*, una vez se ha reconocido el título de heredero (abintestato) mediante la reducción o anulación de la institución de los demás coherederos, y en su caso, de reducción de legados, ya sea para obtener toda la cuota legitimaria, ya para recibir solo la parte que falta por satisfacerle.

Analizar los artículos 814 y 815 como preceptos excluyentes entre sí (como si el art. 814 estuviese previsto para la completa insatisfacción de la legítima, mientras que el 815 estuviese previsto para la insatisfacción «parcial») es dar al último de ellos (al art. 815) un carácter completo definidor de una acción específica, que claramente excede de su escueta formulación. Más bien al contrario: dar al legitimario el complemento de su legítima (art. 815) pasará normalmente por reducir la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias (art. 814-1.º CC)[19], y esto pasa forzosamente por reconocer (reconstruir) el título de heredero para el legitimario. Como ha señalado VALLET, en los supuestos de preterición y de desheredación injusta, «la sucesión intestada solo se filtra parcialmente por el boquete de la nulidad parcial de la institución»[20].

Desde esta perspectiva, cobra sentido el intento doctrinal de aproximar las acciones de preterición (art. 814) y de complemento de la legítima (art. 815) a supuestos de *acción de petición de herencia* que ya defendiera PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, y más recientemente, RODRÍGUEZ-ROSADO[21].

IV. LEGÍTIMA, LEGITIMARIOS, SUSTITUCIÓN VULGAR, ACRECIMIENTO E INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: LOS ARGUMENTOS BÁSICOS DE LA RESOLUCIÓN EN ESTUDIO

La argumentación jurídica que emplea la DGSJyFP en esta resolución, para finalmente estimar el recurso interpuesto por el notario autorizante de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia, tiene dos partes bien diferenciadas, que se corresponden con el fundamento de derecho 2 el primero, y con los fundamentos de derecho 3 y 4 el segundo. En el fundamento 2 la Dirección General se cuestiona, para finalmente rechazar, que sea posible prever una sustitución vulgar que sea eficaz para que los hijos de un legitimario descendiente ocupen su lugar para el caso en que aquel *repudie*, pues ello estaría impedido tanto por la proscripción general de establecer gravámenes sobre la legítima, como por lo dispuesto en el artículo 985 del Código Civil. Por su parte, en los fundamentos 3 y 4, la Dirección General reafirma la necesidad estimar el recurso con base en lo que ha de ser una adecuada interpretación del testamento del causante, interpretación que ha de dirigirse a encontrar la verdadera voluntad del testador.

Detengámonos por separado en ambos bloques.

1. Legítima, legitimarios, sustitución vulgar y acrecimiento en la legítima (fundamento de derecho 2 de la resolución)

Lo que se ha explicado en el epígrafe anterior de este trabajo, ofrece herramientas para analizar críticamente un pasaje fundamental de la resolución en análisis, en el que puede leerse lo siguiente:

«*Indudablemente, los descendientes de un legitimario renunciante no pueden alegar derecho alguno a la legítima, pues han perdido la expectativa de ser legitimarios por razón de la renuncia de aquel (cfr. art. 985, párrafo segundo, CC). Por ello, la admisión del llamamiento a los sustitutos vulgares del legitimario que repudia la herencia (o el legado) supondría una restricción o perjuicio de la legítima de los colegitimarios del renunciante, y, en tal sentido, dicho efecto quedaría sujeto a la*

interdicción de las disposiciones testamentarias que constituyan un gravamen o limitación de la legítima estricta (art. 813, párrafo segundo, CC)».

Como vemos, en este pasaje del fundamento de derecho 2 de la resolución en análisis, la Dirección General emplea dos argumentos que llevarían al mismo resultado de estimar el recurso planteado por el notario recurrente: por un lado, la ineficacia de la sustitución vulgar prevista en el testamento, debe entenderse ineficaz en un caso como el presente para el caso de repudiación, porque ello entra en conflicto con lo dispuesto en el artículo 813 del Código Civil; por otro lado, la sustitución ha de quedar ineficaz igualmente en caso de repudiación, porque la consecuencia de tal hipótesis (repudiación) ya viene regulada por lo dispuesto en el artículo 985 del Código Civil, que parece no dejar espacio para la entrada del pretendido sustituto.

Analicemos por separado, y por este orden, ambas cuestiones.

A) Legítima, legitimarios y sustitución vulgar

La resolución que estamos analizando, parte de una idea correcta, cual es que la renuncia de un legitimario no convierte en legitimario/s al/a los descendiente/s de grado ulterior. El problema surge si de ahí pretende derivarse, *como doctrina general*, que no es posible prever en ningún caso sustitución vulgar de un legitimario, *porque* ello conculcaría la prohibición del artículo 813 del Código Civil, que dispone que no podrá imponerse sobre la legítima «gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808».

Pero la sustitución vulgar que preveía el testamento en el caso analizado en esta resolución, no se refería (en verdad, *no se podía referir*) a la condición de legitimario, sino al título sucesorio (el de heredero). En este sentido, no parece correcto derivar como consecuencia la ineficacia de la sustitución vulgar prevista, del hecho de que la renuncia de un legitimario no convierte en legitimarios a los descendientes de grado ulterior, porque, como decimos, *la sustitución no puede referirse a la condición de legitimario, sino exclusivamente al título sucesorio-atributivo*.

Por lo anterior, *no hay por ese solo hecho*, un gravamen cualitativo de la legítima (que, de haberlo, en efecto estaría impedido por el art. 813 CC).

Debe aclararse que la repudiación del título de heredero por A y por B, libera los valores, que por aquel título hubiesen recibido, de la satisfacción de (el resto de)[22] su legítima individual, *pero ello no puede determinar por sí solo*, la ineficacia de una sustitución vulgar como la que se preveía en el caso en análisis, si finalmente C recibe bienes y derechos en cantidad suficiente para cubrir su legítima individual, que en este caso es (el resto de)[23] la legítima global (al ser el único legitimario que participa de la sucesión): no hay razón para limitar, con fundamento en la legítima, la autonomía negocial del testador cuando los valores representativos de la cuantía de la legítima global no han salido del círculo de legitimarios presentes en la sucesión (en este caso, únicamente el hijo C).

Se debe ser cauto si pretende extraerse de esta resolución, *como doctrina generalizable* (esto es, abstracción hecha del caso concreto que fue objeto de decisión) que la repudiación de la herencia a que han sido llamados varios legitimarios, previendo para cada uno de ellos sustitución vulgar en favor de sus respectivas estirpes de descendientes, impide la virtualidad de dicha sustitución en caso de que algún colegitimario repudiara, con el pretendido

fundamento en que ello implicaría un gravamen cualitativo de la legítima impedido por el artículo 813 del Código Civil. La misma Dirección General parece ser consciente de ello, cuando unos párrafos más abajo del que hemos transcrito arriba, añade:

«*No obstante (…) nada impide que en el testamento se ordene una sustitución vulgar en favor de los hijos o descendientes del renunciante. Pero el bien o la porción hereditaria será recibido por los hijos del renunciante en concepto distinto de la legítima. Si excediere su valor del cómputo ideal de la misma, podrá serlo en concepto de mejora, si así se hubiere ordenado; o, en otro caso, podrá imputarse al tercio de libre disposición, y en su defecto, a la parte no dispuesta expresamente del tercio de mejora*».

Se llega, aquí sí, a una idea que, además de correcta, es generalizable: el problema en un caso como el presente no es de gravamen de la legítima, sino de *imputación* o no a la misma; sería perfectamente posible que el llamamiento para el sustituido legitimario, fuese *inoficioso* en manos de sustituto *no* legitimario.

B) Legítima y acrecimiento

Dispone el artículo 985 del Código Civil que «*entre los herederos forzosos el derecho de acrecer solo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje a dos o más de ellos, o a alguno de ellos y a un extraño*». Y en un segundo párrafo, que es el que ahora más nos interesa, añade: «*si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer*».

Se ha cuestionado si el efecto previsto en el segundo párrafo del artículo 985 del Código Civil es un verdadero acrecimiento. La doctrina tradicional así lo había afirmado, no obstante los claros términos en que el precepto se pronuncia, que literalmente *niega* que haya derecho de acrecer. Por todos, ROCA SASTRE afirmó que «diga lo que quiera el Código Civil, aquí se produce en rigor un derecho de acrecer»[24]. Siguiendo a ROCA, también VALLET se pronunció en el mismo sentido[25].

Sin embargo, y en una dirección opuesta, HERNÁNDEZ GIL sostuvo que en la legítima «no se da el derecho de acrecer», añadiendo que lo que quiere indicar el artículo 985 del Código Civil son dos cosas: el carácter *ex lege* de la legítima, y la invariabilidad de la misma, cualquiera que sea el número de legitimarios[26]. También en la misma línea, de forma más reciente, MIQUEL GONZÁLEZ, con base en la doctrina castellana ha sostenido que en estos casos no hay derecho de acrecer, sino que el legitimario que mantiene su derecho a la sucesión mantiene su derecho sobre los dos tercios «los dos tercios de legítima por derecho propio, esto es, por el derecho que le da la Ley y, como dice el párrafo segundo, no por la manera conjunta de haber sido instituido heredero por el testador»[27]. En otras palabras: más que un derecho de acrecer, se da el derecho a *no decrecer*.

La cuestión resulta compleja, y sin duda, exige un estudio más extenso del que aquí resulta procedente[28], pero nos sumamos a la segunda de las posiciones expuestas. El legitimario que repudia la herencia a la que es llamado, no *libera* su cuota legitimaria en la parte que la herencia la hubiera satisfecho, como si esa parte de la herencia pudiera considerarse ahora como de *libre disposición*[29].

La legítima, como freno a las facultades dispositivas en favor de los legitimarios, no acrece ni decrece en su aspecto cuantitativo (legítima «global») por el hecho de que alguno de los colegitimarios repudie; lo único que sucede es que ese freno que implica la legítima, ahora funcionará en beneficio de *menos* personas. La condición de legitimario, en sentido estricto, no *acrece*, sino que el problema que se presenta es que, producida la repudiación de un colegitimario, y teniendo en cuenta que la legítima global no puede salir del círculo de los restantes colegitimarios, es necesario reconstruir, al margen del testamento, los títulos por los que el beneficio que implica el freno legitimario haga tránsito a ese resto de colegitimarios, esto es, se materialice ese beneficio concretamente a su favor. *El artículo 985-2.º, en este sentido, evita que el juego normal del acrecimiento que en otro caso hubiera de operar conforme a su disciplina general, pudiera adulterar los límites dispositivos generales que implica la legítima, evitando que salga de círculo de legitimarios la cuota reservada a que se refiere el artículo 806 del Código Civil*. Este es el verdadero problema que el Código pretende atajar con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 985 del Código Civil, cuyos antecedentes son inciertos.

Sí sabemos que el origen del artículo 985-1.º del Código Civil es el artículo 3918 del Código Civil Federal mexicano, que disponía que «si los herederos son forzosos, el derecho de acrecer solo tiene lugar cuando la parte de libre disposición se deja á dos ó más de ellos ó á alguno de ellos y á un extraño».

Pero el segundo párrafo del artículo 985 aparece por primera vez en la primera edición del Código Civil (1888), sin que sean claros sus antecedentes. Esto permite especular con que el precedente indirecto pudiera estar, también, en el antiguo Código Federal mexicano, en concreto, en lo dispuesto en el artículo 3919, que disponía que «la mejora que se deja á un solo heredero forzoso, ó á varios sin el requisito que se exige en la fracción 1.ª del artículo 3915[30], acrece á los demás coherederos», de donde deriva con facilidad la idea de que, si se dieran los requisitos del artículo 3915.1.º del texto mexicano, el acrecimiento en la mejora entre colegitimarios sería una consecuencia natural por la forma en que se hizo el llamamiento testamentario[31].

Si tenemos en cuenta lo anterior, parece razonable plantear como hipótesis, que el añadido que supuso el segundo párrafo del 985 del Código Civil no tuvo por finalidad excluir un efecto como el que, con seguridad, conocía el Codificador español a la vista del transcrito artículo 3919 del Código Federal mexicano, sino únicamente «completar» la regulación del acrecimiento *cuando concurren legitimarios y extraños*, garantizando *la intangibilidad cuantitativa de la legítima global*, ante lo que un pretendido efecto de acrecimiento en favor de extraños ha de resultar impotente.

Como consecuencia de todo lo anterior, parece razonable concluir que *no debemos extraer como consecuencia generalizable, que el artículo 985-2.º del Código Civil impide la eficacia de una cláusula testamentaria de sustitución vulgar en que un legitimario pudiera ser sustituido por un descendiente, en caso de repudiación de aquel*. Institucionalmente, a la vista de la finalidad de dicho artículo 985 del Código Civil, tal precepto, por sí mismo no impide esa sustitución cuando los legitimarios van a recibir bienes suficientes para cubrir su legítima individual, y se garantiza que la legítima global no sea del círculo de colegitimarios.

De nuevo, el problema vuelve a ser, como en el caso anterior, de *imputación*. Así como la Dirección General admitía la posibilidad de sustitución vulgar de un legitimario, con tal de que lo recibido por el sustituto no legitimario lo recibiera en concepto distinto de legítima (vale decir, sin que por ello se reduzca la legítima global en favor de los restantes colegitimarios), lo mismo cabe decir ahora en

relación con el artículo 985 del Código Civil: este precepto no puede impedir el juego de la sustitución vulgar prevista en el testamento para el caso de repudiación del legitimario llamado como heredero, *si ello no impide que los colegitimarios reciban valores que representen, al menos, la cuantía total de la legítima global*.

2. Interpretación del testamento: la «verdadera» voluntad del testador (fundamentos de derecho 3 y 4 de la resolución)

Sin duda, desde un punto de vista teórico las argumentaciones empleadas por la Dirección General en el fundamento de derecho 2 de esta resolución, son las más complejas, y quizá por eso, más interesantes desde un punto de vista didáctico y de la investigación. Pero también hemos visto, que al final, todo acababa reconduciéndose en gran medida a un problema de *imputación* de las atribuciones testamentarias a alguna de las partidas en que, contable e idealmente, se deben diferenciar en la «base de cálculo de la legítima» *ex* artículo 818 del Código Civil (legítima estricta / tercio de mejora / tercio de libre disposición).

Pero la verdadera carga argumentativa de esta resolución, y que acaba siendo el fundamento determinante de la estimación del recurso planteado por el notario recurrente, se encuentra en los fundamentos de derecho 3 y 4 de aquella, que tratan de un aspecto relativamente más sencillo que los tratados en el fundamento 2, pero que, repetimos, aquí acaba resultando esencial: la adecuada interpretación de la voluntad del testador expresada en el testamento.

A) La interpretación negocial en general, y la interpretación del testamento en particular. Ideas generales

La interpretación de los negocios jurídicos es una operación sumamente delicada, pero a la vez inexcusable, o quizá mejor, inevitable, en la vida jurídica.

Si consideramos el negocio jurídico, siguiendo a DE CASTRO, como el vehículo que el ordenamiento pone al alcance de los ciudadanos para canalizar a través de ellos, y hacer efectiva, su autonomía privada, enseguida nos daremos cuenta que el negocio jurídico es un mecanismo de *contacto social*, en virtud del cual el ciudadano define, con eficacia jurídica, su posición relativa de una forma más o menos directa, o más o menos inmediata, en un ámbito de la vida.

El negocio jurídico, para ser eficaz y verdadero vehículo de la autonomía privada, exige que esa voluntad sea cognoscible y reconocible por los demás; exige, en definitiva, una forma, que materialice y hace cognoscible la voluntad interna del otorgante, y permita, en fin, la perfección / existencia del negocio como realidad jurídica[32].

El negocio jurídico es, pues, fruto de la autonomía privada; pero una vez perfeccionado, es una nueva realidad jurídica que, aunque creada por su(s) otorgante(s), adquiere individualidad propia, y con ello, cierta independencia de su(s) autor(es). En este sentido, todo negocio jurídico necesita de interpretación, que revele frente a todos, no ya su existencia, sino su alcance y efecto, para definir la posición relativa que su(s) otorgante(s) ha de entenderse que tienen en el ámbito de la realidad considerado por aquel(los)[33]. De esta manera, cuando el ordenamiento dicta normas de interpretación de los negocios jurídicos, está disciplinando, para los otorgantes y para el resto de la sociedad, el *riesgo del sentido* que ha de darse a los términos empleados para su perfección. Las reglas

de interpretación negocial pueden comprenderse, así, como reglas distribuidoras o reguladoras del riesgo del sentido que ha de darse a un negocio jurídico, esto es, al alcance y eficacia de la autonomía privada del, o de los, otorgante/s en ese caso concreto[34].

El problema de la interpretación negocial es especialmente delicado en sede de contratos bilaterales. La función de las reglas de interpretación de los contratos no deja de ser el intento de encontrar un adecuado equilibrio entre, por un lado, lo querido por cada uno de los contratantes, y por otro lado, la confianza que cada uno de ellos ha generado en el otro a la vista de los términos empleados en la celebración del contrato por cada uno de ellos. Surgen así en la doctrina las ideas «método de interpretación subjetivo», y «método de interpretación objetivo», según se acentúe más la importancia de uno y otro aspecto respectivamente (esto es, en último extremo, una decisión de política legislativa).

Pero esta tensión entre interpretación subjetiva e interpretación objetiva, se diluye en el marco de los contratos unilaterales/contratos a título lucrativo, y se diluye aún más en el negocio jurídico *mortis causa*, todo ello en favor de una interpretación «subjetiva» del único obligado por el contrato (p. ej., el donante) o, aún más, del único *otorgante* del negocio (p. ej., el testador). La razón de ello radica en que, al «otro lado» del negocio solo hay personas que van a obtener un beneficio (*lucro captando*), de manera que la debida consideración a sus legítimas expectativas es, desde un punto de vista económico (y por ello, también jurídico) relativamente menos importantes que en los contratos bilaterales, respecto a lo realmente querido por el (otro) otorgante del negocio jurídico. Podríamos decir que, en estos casos, y entendiendo las reglas de interpretación de los negocios como reglas que disciplinan el riesgo del sentido que ha de darse a los términos de un negocio, la variable «confianza legítima creada en los otorgantes» queda devaluada frente a la variable «verdadera voluntad del único obligado». Cuando el negocio, además, es otorgado solo por una persona, como sucede en el Derecho común con el negocio testamentario, esa devaluación alcanza su máxima expresión; vale decir: la valoración de la verdadera voluntad del otorgante alcanza su máxima expresión[35].

Esto no es nada nuevo. Basta leer la Ley V, Título XXXIII, Partida VII: «*Las palabras del fazedor del testamento deuen ser entendidas llanamente, assi como ellas suenan, e non se deue el Judgador partir del entendimiento dellas; fueras ende, quando pareciere ciertamente, que la voluntad del testador fuera otra, que non como suenan las palabras que están escritas*». *(…)*.

Con todo, y aun habiendo de admitir que en sede de interpretación del testamento debe procurarse encontrar la verdadera voluntad del testador, ello no significa que deba hacerse «a pesar del testamento»: no puede dejarse de lado, especialmente en un negocio sometido a estrictos requisitos formales, que las palabras empleadas por el testador son, al fin y al cabo, las que el propio testador ha empleado, y por tanto elegido, para exteriorizar lo que hasta ese momento era solo su voluntad interna. Esto explica los términos del artículo 675 del Código Civil, al disponer que «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el *sentido literal de sus palabras*, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador *según el tenor del mismo testamento*».

El precedente de esta disposición parece estar en la transcrita Ley de Partidas (Ley V, Título XXXIII, Partida VII). En este sentido, aplicando dicha Ley de Partidas y según recoge NAVARRO AMANDI en su *Cuestionario del Código Civil*, el Tribunal Supremo concluyó en su sentencia de 11 de diciembre de 1865, que «la máxima de buscar la verdadera significación de las condiciones testamenta-

rias más bien en la voluntad del testador que en sus palabras, no se conforma exactamente con el sistema fijado en la ley de Partidas» [36].

Últimamente, y en la misma dirección, RIVAS MARTÍNEZ ha explicado al estudiar la interpretación del testamento que «[e]n toda interpretación ha de tener primacía lo realmente querido (intención) sobre el sentido literal de las palabras, pero sin que sea lícito al intérprete prescindir de esa literalidad, cuando de sus términos aparece inequívoca la intención del declarante, por todo lo cual, al investigar una manifestación de voluntad, lo primero que hay que examinar es si existe en ella la debida claridad posible, o por el contrario, aparecen circunstancias que permitan suponer que fue otra la intención que se propuso el otorgante»[37].

B) El caso concreto de la resolución de 18 de enero de 2022. Análisis crítico y propuesta de solución

Como ya habíamos avanzado, y por supuesto sin quitar importancia teórica a las ideas que la Dirección General explica en el fundamento de derecho segundo de esta interesantísima resolución, es en verdad en los fundamentos de derecho tercero y cuarto en los que, creemos, se contiene el *argumento esencial* para estimar el recurso planteado por el notario autorizante de la escritura. De hecho, y a pesar de la aparente contundencia con que la Dirección se expresa en el fundamento de derecho anterior al tratar las relaciones entre legítima, sustitución vulgar y el *pseudoacrecimiento* previsto en el artículo 985 del Código Civil, si la resolución se hubiese detenido aquí, no hubiera sido bastante para argumentar sólidamente la estimación del recurso planteado, tal y como hemos intentado explicar en los epígrafes anteriores. La misma Dirección General lo reconoce, cuando comienza el fundamento de derecho tercero con la siguiente frase: «Según las anteriores consideraciones, para resolver la cuestión planteada en este expediente es esencial fijar e interpretar la voluntad del testador». Y tras explicar con detalle los criterios que han de gobernar la interpretación del negocio testamentario, concluye ya en el fundamento de derecho cuarto:

«(…) aun cuando la sustitución vulgar se ha ordenado por el testador genéricamente para todos los herederos y, según el artículo 774 del Código Civil, la sustitución, simple y sin expresión de casos, comprende tanto los de premoriencia como los de incapacidad y renuncia, debe interpretarse que, para el caso de que los instituidos únicamente en la legítima estricta renuncien a esta, se ha querido excluir que la porción hereditaria vacante de cada instituido renunciante pase a sus respectivos descendientes, toda vez que, al no haber dispuesto el testador que dicha porción se atribuya —con cargo a la mejora o, en su caso, al tercio de libre disposición— a tales sustitutos, la legítima renunciada corresponde por derecho propio al coheredero que ha aceptado la herencia (art. 985, párrafo segundo, CC)».

Como se ve, la Dirección General acaba reduciendo todo el problema (correctamente, por cierto) a una cuestión de *imputación* de las atribuciones. La cuestión crítica es que el Centro Directivo entiende que el testamento contiene una regla de imputación de las atribuciones, que potencialmente habrían de hacer tránsito a los sustitutos previstos, la cual regla de imputación hace parcialmente ineficaz la sustitución vulgar prevista. Tal regla de imputación la encuentra la Dirección General en que en el testamento se instituye herederos a los hijos, que hemos llamado A y B, en su «legítima estricta, por partes iguales», de lo que deriva la

Dirección General que respecto a esa institución, así prevista, en caso de repudiación de la herencia de A y B no puede activarse el llamamiento subsidiario previsto para los sustitutos, porque ello implicaría hacer tránsito de la *legítima estricta* a estos, con infracción de lo previsto en el artículo 813 del Código Civil.

Desde un punto de vista lógico, el razonamiento de la Dirección General es *válido*, y ofrece una argumentación acabada al recurso planteado. Pero no nos parece que sea la única forma de enfocar la cuestión; y ello, por un dato que la Dirección General considera relevante para este caso: estamos ante la interpretación de un testamento que fue otorgado ante notario:

«*es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquel tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento. Por ello (…) aun cuando la sustitución vulgar se ha ordenado por el testador genéricamente para todos los herederos y, según el artículo 774 del Código Civil, la sustitución, simple y sin expresión de casos, comprende tanto los de premoriencia como los de incapacidad y renuncia, debe interpretarse que, para el caso de que los instituidos únicamente en la legítima estricta renuncien a esta, se ha querido excluir que la porción hereditaria vacante de cada instituido renunciante pase a sus respectivos descendientes (…)*» (los subrayados son añadidos).

El argumento no nos parece, ni mucho menos, decisivo para llegar a la conclusión a que llega la Dirección General.

Hubiese sido razonable considerar aquí un criterio interpretativo que resulta perfectamente aplicable también al negocio testamentario, y que consiste en interpretar las cláusulas de un negocio en el sentido que procure su validez y eficacia (arg. art. 1284 CC)[38]. La interpretación que hace la Dirección General no parece acorde con este criterio interpretativo de la cláusula de sustitución vulgar, que la desactiva parcialmente, reduciéndola solo al caso de premoriencia y de incapacidad del instituido en primer término.

En nuestra opinión, hubiese sido perfectamente razonable entender que, en el caso que estamos analizando, el testador utiliza las magnitudes legitimarias para definir cuantitativamente la institución de herederos de A y B (e indirectamente, de C), pero no con la finalidad de vincular conceptualmente esas cuotas hereditarias a la legítima de forma inseparable, como si la intención del testador fuese que las cuotas hereditarias que se habían designado en favor de A y B hubieran de satisfacerse necesariamente a cargo de la legítima global. La prueba clara de ello, esto es, de que no existía tal vinculación conceptual, es precisamente que el mismo testamento prevé una cláusula de sustitución vulgar, lo que pone de manifiesto que el testador no podía querer esa vinculación conceptual, sino, como hemos adelantado, el empleo de las magnitudes legitimarias como índice de referencia de la institución hereditaria.

Esta alternativa interpretativa que aquí planteamos, consideramos que hubiese sido una respuesta válida al caso analizado, porque es la que permite al testamento desplegar toda su eficacia en los términos empleados, teniendo en cuenta, una vez más, que estamos ante un testamento *notarial*.

V. CONCLUSIÓN

Creemos que la respuesta que la Dirección General da a este recurso, es una solución válida, lógica, completa y congruente. Pero tal vez (y solo tal vez), no solo

no era la única forma de enfocar la cuestión, sino que había buenos argumentos para haber dado otra respuesta, haber desestimado el recurso, y con ello, haber confirmado la calificación de la registradora.

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BETTI, Emilio (1950). *Teoría general del negocio jurídico*. Traducción de A. Martín Pérez. Madrid: Revista de Derecho Privado.

BROCÁ, Guillermo M.ª de; AMELL, Juan (1880). *Instituciones del Derecho Civil catalán vigente.* Barcelona: Imprenta Barcelonesa.

CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de (2011). *Compendio de Derecho Sucesorio*. Madrid: La Ley.

DIEGO, Clemente de (1932). *Instituciones de Derecho Civil español*. Madrid: Imprenta de Juan Pueyo. Tm. III.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin (1971). Tratado de Derecho Civil, V, *Derecho de Sucesiones*, volumen 1.º. Barcelona: Bosch.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel (2016). Comentario al artículo 806, en Cañizares Laso, Ana; Pablo Contreras, Pedro de; Orduña Moreno, Javier; Valpuesta Fernández, Rosario (dirs.). *Código Civil comentado*. Madrid, Civitas. Tm. II.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio (1989). Obras completas. Tm IV, *Derechos reales. Derecho de sucesiones*. Madrid: Espasa Calpe.

MADRIÑÁN VÁZQUEZ, Marta (2009). *El Derecho de Representación en la Sucesión Testada.* Cizur Menor: Aranzadi.

MANRESA, José María (1914). *Comentarios al Código Civil*. Tm. VII. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María (2009). Los desprecios al Código Civil. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 19.

NAVARRO AMANDI, Mario (1880). *Código Civil de España*. Madrid: Juan Vidal, editor. Tm. I.

— (1890). *Cuestionario del Código Civil*. Tm. III. Madrid: Imprenta de Infantería de Marina.

ORESTANO, Riccardo (1997). *Introducción al estudio del Derecho Romano*, traducción y notas de Manuel Abellán Velasco. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín oficial del Estado.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel (1985). La naturaleza de la legítima. *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVIII, fasc. IV.

PUIG BRUTAU, José (1964). *Fundamentos del Derecho Civil*, Tomo V, vol. 3.º, Legítimas, reservas, sucesión intestada, sucesión contractual, partición de herencia. Barcelona: Bosch.

RIVAS MARTÍNEZ, Juan José (2020). *Derecho de sucesiones común*. Tm. II, Valencia: Tirant lo Blanch / Bascon Libros.

ROCA SASTRE, Ramón María (1981). *Estudios sobre sucesiones*. Tomo II. Madrid: Instituto de España.

ROCA SASTRE, Ramón María; PUIG BRUTAU, José (1948). *Estudios de Derecho Privado*, Tm. II, Sucesiones. Madrid: Revista de Derecho Privado.

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno (2017). *Heredero y legitimario*. Cizur Menor: Aranzadi.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan (1974). *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*. Tomo I, Las legítimas. Vol. 2. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

— (1981). *Estudios de Derecho sucesorio*. Volumen II. Madrid: Montecorvo.
— (1984). *Panorama del derecho sucesorio*. Tm. II. Madrid: Civitas.

NOTAS

[1] CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de (2011). *Compendio de Derecho Sucesorio*. Madrid: La Ley, 231.

[2] Como ha apuntado ESPEJO LERDO DE TEJADA, «la ley no realiza llamamientos abstractos más que recurriendo al título de heredero» [ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel (2016). Comentario al artículo 806, en Cañizares Laso, Ana; Pablo Contreras, Pedro De; Orduña Moreno, Javier; Valpuesta Fernández, Rosario (dirs.). *Código Civil comentado*. Madrid, Civitas. Tm. II, 767].

[3] DIEGO, Clemente de (1932). *Instituciones de Derecho Civil español*. Madrid: Imprenta de Juan Pueyo. Tm. III, 295.

[4] NAVARRO AMANDI, Mario (1880). *Código Civil de España*. Madrid: Juan Vidal, editor. Tm. I, 485-486.

[5] Hoy, cfr. artículo 818 del Código Civil. Antes, cfr. Ley 28 de Toro-Novísima Recopilación, 10.20.8.

[6] Tan es así, que para el caso en que debiera operar en una sucesión intestada el efecto representativo *ex* artículo 761/857 del Código Civil, aunque ambos preceptos se refieren a la representación en la legítima, si como consecuencia de la ausencia o insuficiencia del testamento hubiese que abrir la sucesión intestadas, no obstante la limitación del objeto sobre lo que opera la representación *ex* artículos 761 y 857, se ha defendido que en tales casos los descendientes ulteriores no indignos ni desheredados, habrían de ser llamados a la cuota intestada, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 923 del Código Civil, aunque este precepto se refiera solo al caso de repudiación de la herencia. Así, MADRIÑÁN VÁZQUEZ, Marta (2009). *El Derecho de Representación en la Sucesión Testada*. Cizur Menor: Aranzadi, 107-108.

[7] BROCÁ, Guillermo M.ª de; AMELL, Juan (1880). *Instituciones del Derecho Civil catalán vigente*. Barcelona: Imprenta Barcelonesa, 423.

[8] PUIG BRUTAU, José (1964). *Fundamentos del Derecho Civil*, Tomo V, vol. 3.º, Legítimas, reservas, sucesión intestada, sucesión contractual, partición de herencia. Barcelona: Bosch, 21.

[9] *Vid.* ROCA SASTRE, Ramón María; PUIB BRUTAU, José (1948). *Estudios de Derecho Privado*, Tm. II, Sucesiones. Madrid: Revista de Derecho Privado, 141.

[10] Ver sus trabajos recopilados en ROCA SASTRE, Ramón María (1981). *Estudios sobre sucesiones*. Tomo II. Madrid: Instituto de España, 67. Nótese que, en nota al pie, niega que estemos ante un caso de legado de parte alícuota, negando así la tesis defendida por PUIG BRUTAU.

[11] RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno (2017). *Heredero y legitimario*. Cizur Menor: Aranzadi, 128.

[12] Toda partida pasiva patrimonial anuncia, en realidad, una disminución del activo. Las razones por las que la reducción del activo aún no haya operado pueden obedecer a distintas razones (por ejemplo, situación de mora en el pago de una obligación contractual; el sometimiento a plazo de una deuda de entrega de una cosa vendida; la obligación de pago de una indemnización por daño extracontractual pendiente, etc.), pero ello, de cara a la obtención de la base de cálculo de la legítima, no importa, y con razón: en este punto, toda partida pasiva que no se ha traducido en una reducción del activo, anuncia un *deber ser del estado patrimonial* (satisfacción de una deuda —reducción del pasivo— mediante un pago —reducción del activo—), que debe preferirse al mero *ser* (accidental y coyuntural) del activo del causante (esto es, a lo que sería el activo *bruto*). El deudor de una prestación, lo es porque lo que de otra manera hubiese sido para él un comportamiento enteramente voluntario y libre (disponible, podríamos decir), ahora es un comportamiento obligatorio y debido (indisponible); por consiguiente, si de ello no se puede disponer, no tiene sentido computarlo, como *activo*, para juzgar su margen dispositivo, sino para detraerlo, precisamente, del activo *bruto*.

[13] Así lo ha defendido también, recientemente, RIVAS MARTÍNEZ, Juan José (2020). *Derecho de sucesiones común*. Tm. II, Valencia: Tirant lo Blanch / Bascon Libros, 1320.

[14] *Op. cit*. (2011), 231.

[15] En este sentido, resultan clarificadoras las palabras de VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. (1981). *Estudios de Derecho sucesorio*. Volumen II. Madrid: Montecorvo, (92-93): «si el testador en sus llamamientos expresos no agota el haber hereditario, realiza implícitamente un llamamiento tácito a favor de los herederos legítimos. Siendo así, estos no pueden entenderse preteridos.

Si los legados dispuestos exceden de la parte disponible a favor de sus beneficiarios, nos hallaríamos ante el supuesto del artículo 817 del Código Civil, pero no en el artículo 814 (…).

Y si fuesen las cuotas asignadas a los herederos testamentarios, sin agotar el «as», las que excedieran del expresado tope, creemos que estaríamos ante un caso que tampoco encajaría en el precepto del artículo 814, sino en la norma del artículo 815».

[16] *Op. cit*. (1880), 492.

[17] GREGORIO LÓPEZ, en su glosa a este Ley de Partidas, en nota a «…que gelo cumpliessen».

[18] El mismo NAVARRO AMANDI, ya publicado el Código Civil, calificó de «rigorismo», que el legitimario pudiera recibir su legítima por legado, y aun así romper el testamento [NAVARRO AMANDI, Mario (1890). *Cuestionario del Código Civil*. Tm. III. Madrid: Imprenta de Infantería de Marina, 307].

[19] Así lo ha venido a confirmar la STS 1387/2022, de 4 de abril, cuando afirma que el legitimario, cuando ejercita la acción del artículo 815 del Código Civil, «puede, en primer lugar, aminorar el contenido económico del título de heredero (acción de suplemento o de complemento); en su defecto, los legados (acción de reducción de legados) y, en último lugar, las donaciones (acción de reducción de donaciones)».

[20] VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. (1984). *Panorama del derecho sucesorio*. Tm. II. Madrid: Civitas, 677.

La posición en la que queda el legitimario preterido, en la hipótesis del artículo 814-1.º (preterición intencional), es similar a la del heredero instituido en una cuota (con gran probabilidad desigual a la de los demás) de la herencia (aquella con la que quedaría satisfecha su legítima), figura que, aunque a priori no es intuitiva a la vista del carácter *universal* de la sucesión de los herederos (cfr. art. 660 CC), sin embargo es admitida o sobreentendida en otras partes de la regulación (cfr. art. s 658-3.º, 912, y 982 CC). En la misma medida en que se hace así «espacio» a la institución del preterido, se comprimen las cuotas / participaciones en la herencia correspondientes a las instituciones de los demás coherederos (acaso también colegitimarios). De esta forma, el artículo 814-1.º es otro de los preceptos que sobreentienden la institución de heredero en solo una cuota (desigual) de la herencia.

Como se puso de manifiesto durante los debates parlamentarios de la que luego fue la Ley 11/1981, «[n]o es correcto decir (…) que "se reducirá la institución de heredero", porque la de heredar es, por definición, una institución a título universal, que cualitativamente no es susceptible de reducción ni de ampliación, aunque en cada caso varíe su trascendencia económica (…). Decir que se reducirá la institución de heredero es un dislate jurídico» (enmienda número 435, presentada en el Congreso al entonces Proyecto de Ley, por el Diputado Antonio Díaz Fuentes).

[21] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel (1985). La naturaleza de la legítima. *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVIII, fasc. IV, 886; RODRÍGUEZ- ROSADO (2017), *op. cit*. 176.

[22] Nos referimos a «el resto de», para contemplar también el caso en que algún legitimario, aunque hubiese repudiado la herencia, hubiese recibido en vida alguna donación del causante cuyo valor no fuera suficiente para cubrir su cuota legitimaria individual.

[23] Nos referimos aquí a «el resto de», por las mismas razones que las apuntadas en la nota anterior.

Cuando un legitimario repudia la herencia (o legado) que se le defiere, y con cuya aceptación hubiera visto satisfecha su legítima individual, no significa que renuncie a su condición de legitimario. Lo demuestra el que el artículo 819 del Código Civil imputa a la legítima (individual) las donaciones que en vida haya recibido el legitimario del causante, y no por el hecho de que el legitimario repudie la herencia, esa donación deja de ser im-

putable a su cuota legitimaria individual, ni tampoco a la legítima global: *el valor de esa donación no se detrae de la legítima global*, de modo que los demás colegitimarios verán, sí, acrecentada su cuota legitimaria individual, pero solo en la medida en que le faltase al legitimario que repudió para cubrir su cuota legitimaria individual y que hubiera visto satisfecha de haber aceptado la herencia o el legado que ha repudiado; o dicho de otra forma: los demás colegitimarios verán acrecentada su cuota legitimaria individual, porque (el resto de) la legítima global pendiente de satisfacer a los legitimarios, *y que no puede salir de círculo de legitimarios*, tiene ahora *menos destinatarios*, luego «tocan a más». Esto no es más que el *pseudoacrecimiento* que prevé en el artículo 985 del Código Civil.

Por la misma razón, ni siquiera cuando un legitimario es indigno para suceder, no por ello deja de computar como legitimario. Como señalaron los *Anotadores* de KIPP, al abordar esta cuestión, «[l]a indignidad (…) aun fundada en idéntica causa que la desheredación (…) puede privar al indigno de recibir bienes relictos incluso como extraño, pero no la imputación del donatum a la cuota legitimaria» [Notas a Kipp, en ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin (1971). *Tratado de Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones, volumen 1.º. Barcelona: Bosch, 169]. En un sentido muy similar, VALLET [VALLET DE GOYTISOLO, Juan (1974). *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*. Tomo I, Las legítimas. Vol. 2. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 869] defendió que aunque el indigno o desheredado no puede reclamar nada *mortis causa*, «la desheredación, ni la indignidad (…) no se establecen en beneficio de los demás herederos forzosos, sino como sanción al desheredado. Por tanto, si lo donado a este (…) debía imputarse a su legítima (art. 819, 1), no debe resultar la desheredación o la indignidad en perjuicio de quienes hayan sido instituidos en el tercio de libre disposición. A estos se les ocasionaría una posible reducción de sus asignaciones en caso de desbordarse el tercio libre en virtud del trasvase al mismo de la imputación de lo donado al indigno o al desheredado que en otro caso se había imputado a su legítima». En este sentido, puede afirmarse con VALLET (*loc. cit.*) que «una parte de la legítima [no obstante la desheredación o indignidad] sufre así la imputación de lo donado al desheredado o indigno, y solo el resto de ella se aplicará a sus hijos (art. 857 y 761) que solo pueden adquirir o conservar el derecho a la legítima que a aquel aún le restaba por percibir, conforme al mismo tenor literal de dichos preceptos».

[24] ROCA SASTRE, Ramón María; PUIG BRUTAU, José (1948). *Estudios de Derecho Privado*, Tm. II, Sucesiones. Madrid: Revista de Derecho Privado, 249-250.

[25] (1974). *Op. cit.*, 715.

[26] HERNÁNDEZ GIL, Antonio (1989). Obras completas. Tm IV, *Derechos reales. Derecho de sucesiones*. Madrid: Espasa Calpe, 575.

[27] MIQUEL GONZÁLEZ, José María (2009). Los desprecios al Código Civil. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 19, 234.

[28] Basta tener presente la cuestión, que tanta discusión ha suscitado, relativa a si es posible o no el acrecimiento en la mejora.

[29] Liberación que, de producirse, tendría evidente interés práctico, especialmente, en materia de imputación: si esa parte hubiera de considerarse de libre disposición, los extraños podrían imputar a esa parte sus atribuciones, facilitando así su oficiosidad.

[30] Este artículo 3915.1.º del Código mexicano preveía el acrecimiento cuando «dos o más sean llamados á una misma herencia ó á una misma porción de ella, sin especial designación de partes». Era una disposición equivalente a nuestro artículo 982.1.º del Código Civil.

[31] Adoptamos, así, una posición en favor de las tesis que aceptan el acrecimiento en la *mejora* entre *colegitimarios*, tal y como en su momento defendieran autores como ROCA SASTRE y HERNÁNDEZ GIL. En contra, sin embargo, se ha pronunciado un sector muy relevante de la doctrina; así, MANRESA [el cual, al estudiar el artículo 985, explicaba que aunque el citado precepto no habla de la mejora, «legisla también sobre ella»; y añadía: «Por una parte, la mejora es una parte de la legítima, por otra, el derecho de acrecer solo tiene lugar respecto a la parte de libre disposición. Aunque en la mejora exista cierta relativa libertad para disponer, nunca es la parte libre o de libre disposición en absoluto, por lo que nunca procede el derecho de acrecer» [MANRESA, José María (1914). *Comentarios al Código Civil*. Tm. VII. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 334], y de forma más reciente, MIQUEL GONZÁLEZ [(2009), *op. cit.,* 233-235] y RODRÍGUEZ-ROSADO [(2017), *op. cit.,* 188-191].

[32] Que el ordenamiento exija, para determinados negocios, una forma concreta como condición de validez o eficacia, es una cuestión distinta. Surgen así los negocios «formales», pero en el entendido de que exigen una forma determinada para existir, no porque los negocios «no formales» carezcan de forma: todo negocio jurídico, por definición, está provisto de forma; y solo algunos de ellos exigen una forma *concreta* para existir, como sucede, muy marcadamente, y por lo que ahora nos interesa, con el testamento, o con la repudiación de la herencia.

[33] En cuanto al origen mismo de la palabra «interpretación», nos parece muy didáctica la explicación de ORESTANO, cuando afirma que, aunque la etimología de la palabra *interpretatio* no es clara, sí lo es su utilización: ««*Interpres*» era aquel que se colocaba como «mediador», y por consiguiente, como «explicador» de acontecimientos, de voluntades, de enunciados orales o de texto escritos, o como traductor de una lengua a otra: el trámite necesario para entender algo» (véase su ORESTANO, Riccardo (1997). *Introducción al estudio del Derecho Romano*, traducción y notas de Manuel Abellán Velasco. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín oficial del Estado, 73).

[34] Cobra así perfecto sentido la idea conforme a la cual, las reglas de interpretación de los negocios jurídicos son verdaderas normas de derecho *imperativo*. Por todos, BETTI, Emilio (1950). *Teoría general del negocio jurídico*. Traducción de A. Martín Pérez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 247

[35] Como apuntó BETTI (1950), *op. cit.,* 267-268, mientras que la interpretación de los negocios *inter vivos*, y especialmente en los contratos, «la interpretación se sitúa frente a dos partes, en conflicto de intereses entre ellas, y en general, en los negocios *inter vivos* debe resolver con justicia la pugna de intereses entre declarante y destinatario, en los testamentos la interpretación, teniendo siempre como punto de partida la declaración del disponente, puede muy bien proponerse la tarea de indagar la real o probable intención de él, sin encontrar en la impropiedad de las expresiones usadas otro obstáculo que el que se derive de una verdadera repugnancia lógica».

[36] (1890), *op. cit.,* 104.

[37] (2020), *op. cit*. Tm. I, 723-724.

[38] Acerca de la aplicabilidad de este criterio interpretativo para el negocio testamentario, véase por todos, de nuevo, RIVAS MARTÍNEZ (2020), *op. cit.,* I, 738.

1.5. Obligaciones y contratos

La mora del acreedor: consecuencias y cese

The creditor delay: consequences and cessation

por

FRANCISCO MILLÁN SALAS
Profesor contratado Doctor de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: Nuestro Derecho reconoce la institución de la mora del acreedor, aunque el Código Civil no contenga una regulación general sobre la misma, refiriéndose a ella en varios artículos, al igual que ocurre en el Código de Comercio o en leyes especiales. Han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han determinado su régimen jurídico, sobre todo en cuanto al concepto, los presupuestos, las consecuencias y el cese.

La mora del acreedor la podemos definir como el retraso en el cumplimiento de la obligación debido al rechazo, sin razón alguna, por parte del acreedor del ofrecimiento de pago que le hace el deudor, cuando la cooperación del acreedor es necesaria para el cumplimiento de la obligación, con independencia de la conducta culposa o no del acreedor.

Las consecuencias de la mora del acreedor son: el mantenimiento de la obligación, impedir o excluir la mora del deudor, liberar al deudor de las consecuencias del incumplimiento, desplazar el riesgo al acreedor por la pérdida de la cosa no imputable al deudor, abonar el acreedor al deudor los gastos por la conservación y custodia de la cosa, entregar el deudor al acreedor los frutos e intereses, y liberar al deudor de la obligación mediante la consignación de la cosa debida.

Las causas por las que cesa la mora del acreedor son: por la pérdida de la cosa por dolo o culpa del acreedor o por caso fortuito, por prescripción, por compensación, por confusión, por consignación, cuando el acreedor acepta la prestación, cuando el acreedor y deudor acuerden un momento posterior para el cumplimiento, o mediante nueva oferta del deudor seguida de la aceptación del acreedor.

ABSTRACT: As general rule, the Spanish Law provides for the legal institution of the creditor's delay. In spite of the absence of a clear legal definition in the Spanish Civil Code, several dispositions are referring to it both the Civil Code and the Commercial Code & special laws. Doctrine and jurisprudence have set in place its legal regime, definition and the legal requirements, the consequences and cessation.

The delay of the creditor can be defined as the delay in fulfilling the obligation of accepting the pay-out due to the rejection by the creditor, without legal justification, of the payment made by the debtor, when the creditor's cooperation is necessary for the fulfilment of the obligation irrespective of being negligent conduct or not of the creditor.

The consequences of the creditor's delay are: the maintenance of the obligation, impede or exclude the delay of the debtor, release the debtor from the consequences

of non-compliance, shift the risk to the creditor for the loss of the thing not attributable to the debtor, pay the creditor to debtor the expenses for the conservation and custody of the thing, deliver the debtor to the creditor the fruits and interests, and release the debtor from the obligation by consigning the thing owed.

The causes for which the creditor's delay ceases are: due to the loss of the thing due to fraud or fault of the creditor or fortuitous event, by prescription, by compensation, by confusion, by consignment, when the creditor accepts the benefit, when the creditor and debtor agree on a later time for compliance, or through a new offer from the debtor followed by the creditor's acceptance.

PALABRAS CLAVE: Mora del acreedor. Deudor. Obligación. Consecuencias y cese.

KEY WORDS: Creditor delay. Debtor. Obligation. Consequences and cessation.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: 1. Reconocimiento de la mora del acreedor. 2. Concepto y presupuestos de la mora del acreedor.—II. CONSECUENCIAS DE LA MORA DEL ACREEDOR: 1. Momento en que incurre el acreedor en mora. 2. Fundamento de las consecuencias de la mora del acreedor. 3. Análisis de cada una de las consecuencias de la mora del acreedor: *A) Mantenimiento de la relación obligatoria. B) La mora del acreedor impide o, en su caso, excluye la mora del deudor. C) La mora del acreedor libera al deudor de las consecuencias del incumplimiento. D) Desplazamiento del riesgo al acreedor de la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor. E) Abono de los gastos por la conservación y custodia de la cosa debida. F) Entrega de los frutos e intereses:* a) Entrega de los frutos. b) Entrega de los intereses. *G) El deudor puede liberarse de la obligación consignando la cosa debida*.—III. CESE DE LA MORA DEL ACREEDOR. —IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. Reconocimiento de la mora del acreedor

Nuestro Código Civil no contiene una regulación general sobre la mora del acreedor, tan solo se refiere a ella en varios preceptos. Así, en el artículo 1176 se presupone la mora del acreedor si el acreedor se negare, de manera expresa o de hecho, sin razón a admitir el ofrecimiento de pago, a otorgar el documento justificativo de haberse efectuado o a la cancelación de la garantía, si la hubiere; el artículo 1185 libera al deudor, cuando ofrecida por este la cosa al acreedor se perdiese, habiéndose, sin razón, negado el acreedor a aceptarla; el artículo 1452.3.º se refiere a la venta de cosas fungibles por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no imputándose el riesgo al comprador hasta que se haya pesado, contado o medido, a no ser que el comprador se haya constituido en mora; el artículo 1505 declara resuelta la venta de bienes muebles cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega, no se haya presentado a recibirla; y los artículos 1589 y 1590 se refieren a la morosidad en recibir la obra.

El Código de Comercio alude también a la mora del acreedor en el artículo 332, sobre compraventa mercantil, donde se establece que si el comprador rehusare sin justa causa el recibo de los efectos comprados o demorase hacerse cargo de los mismos, el vendedor puede depositarlos judicialmente.

En el resto del ordenamiento jurídico español se hace referencia a la mora del acreedor en las siguientes disposiciones:

En la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, en relación al contrato de pasaje, el artículo 293.2 establece que «El pasajero deberá pagar el precio del pasaje, presentarse oportunamente para su embarque y observar las disposiciones establecidas para mantener el buen orden y la seguridad a bordo» y el artículo 297 dispone que el contrato quedará extinguido «a) Cuando el pasajero no embarcase en la fecha fijada, en cuyo caso el porteador hará suyo el precio del pasaje».

En el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 30 mantiene el derecho al salario aun cuando el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasase en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, y esto sin que pueda hacérsele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo.

Y en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, se establece, para el contrato de edición, que dicho contrato se extingue, entre otras, por las causas generales de los contratos (art. 69), por lo que el editor (deudor) puede solicitar la resolución del contrato cuando el autor (acreedor) incumpla la obligación de entregar al editor, en debida forma, para su reproducción, y dentro del plazo convenido, la obra objeto de la edición y la obligación de corregir las pruebas de tirada, salvo pacto en contrario (art. 65.1.º y 3.º); y, en relación al contrato de representación teatral y ejecución musical, establece que el contrato se extingue, entre otras causas, cuando el cesionario-empresario (deudor) solicita su resolución cuando el autor (acreedor) incumpla la obligación de entregar al empresario el texto de la obra con la partitura, en su caso, completamente instrumentada, cuando no se hubiese publicado en forma impresa (art. 77.1.º).

También hacen referencias a la mora del acreedor: la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (art. 50); la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (art. 48); la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (art. 44 en relación con el 36.1); la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, en relación con el contrato de fletamento (art. 228); o la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea (art. 109), que iremos viendo a lo largo de este trabajo.

A la vista de todos estos preceptos no hay duda alguna de que nuestro Derecho reconoce la institución de la mora del acreedor. Sin embargo, el problema está en determinar su régimen jurídico, ya que los artículos antes citados solo lo contienen parcialmente y para casos concretos. Han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han determinado su régimen jurídico, en cuanto al concepto, a los presupuestos, consecuencias y cese. En esta labor de determinar el régimen jurídico de la mora del acreedor, la jurisprudencia, a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1941, da carta de naturaleza a la mora del acreedor, al distinguir entre la oferta real, que es la oferta seguida de consignación, de la oferta no seguida de consignación, cuyo efecto es el de constituir al acreedor en mora.

2. Concepto y presupuestos de la mora del acreedor

Podemos definir la mora del acreedor como el retraso en el cumplimiento de la obligación debido al rechazo, sin razón alguna, por parte del acreedor del ofrecimiento de pago que le hace el deudor, cuando la cooperación del acreedor es necesaria para el cumplimiento de la obligación, con independencia de la conducta culposa o no del acreedor.

La sentencia de 24 de julio de 1998 de la Audiencia Provincial de Soria define a la mora del acreedor como «la omisión por parte de aquel del comportamiento necesario para que se produzca la prestación, cuando ese comportamiento es necesario», y la sentencia de 30 de marzo de 2001 de la Audiencia Provincial de Barcelona la define como «la omisión por el acreedor de aquel comportamiento necesario para que se produzca el resultado de entrega, en las obligaciones de dar, cuando ese comportamiento es necesario para ello y además no determina una definitiva insatisfacción del derecho de crédito, ni una imposibilidad sobrevenida, sino simplemente un retraso».

La doctrina española define la mora del acreedor de la siguiente forma: para CABALLERO LOZANO, la mora del acreedor es «la situación jurídica en que se halla el vínculo obligatorio, consistente en un retraso en el cumplimiento de la obligación, motivado por la falta de colaboración, temporánea y necesaria, del acreedor, culpable o no, pero injustificada, mediando el ofrecimiento del pago del deudor»[1]; y para PASCUAL ESTEVILL, el acreedor incurre en mora «cuando, sin razón alguna, rechaza la prestación que el deudor le ofrece regularmente, o bien omite la colaboración en aquellos actos preparatorios que tienden a la consecución del fin de la obligación, cuales son los comportamientos necesarios para la actuación del contenido de la relación»[2].

En la doctrina extranjera existen definiciones de mora del acreedor, así, en la doctrina alemana, para ENNECCERUS la «mora del acreedor o *mora accipiendi* es un retraso del cumplimiento fundado en que el acreedor omite la cooperación (especialmente la aceptación) indispensable por su parte»[3], y en la doctrina italiana, para NATOLI-BIGLIAZZI la mora del acreedor «sintéticamente puede describirse como una situación en la cual el injustificado comportamiento negativo del acreedor no consiente al deudor ejecutar la prestación, que, por eso mismo, sufre un necesario aplazamiento»[4].

Por lo que respecta a los presupuestos para la existencia de la mora del acreedor, la doctrina y la jurisprudencia vienen exigiendo los siguientes: una obligación vencida para cuyo cumplimiento haga falta el concurso del acreedor; la realización por el deudor de todo lo que conduce a la ejecución de la prestación, y, finalmente, la falta de cooperación por parte del acreedor sin justificación legal alguna al cumplimiento de la obligación (SSTS de 30 de mayo de 1986; de 23 de febrero de 1996; 13 de mayo de 1996; sentencia de 10 de febrero de 1994 de la Audiencia Provincial de Baleares; de 24 de julio de 1998 de la Audiencia Provincial de Soria; de 22 de julio de 1999 de la Audiencia Provincial de Cáceres; sentencia de 28 de febrero de 2000 de la Audiencia Provincial de Pontevedra o sentencia de 31 de diciembre de 2001 de la Audiencia Provincial de Madrid).

En cambio, no es un presupuesto para la existencia de la mora del acreedor la culpa del acreedor porque el acreedor no tiene una obligación de cooperar al cumplimiento sino una carga, de forma que las consecuencias de la mora del acreedor no se traducen en una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento culpable de una obligación, en igual sentido se pronuncian las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2012, de 20 de octubre de 2014

y de 10 de diciembre de 2015: «La *mora credendi* no presupone una especial culpabilidad del acreedor moroso en la recepción de la prestación; es decir, no es la culpa lo que constituye en mora al acreedor, sino su negativa sin razón a recibir».

Tampoco se precisa para la existencia de la mora del acreedor un requerimiento del deudor al acreedor para que coopere en el cumplimiento de la obligación, en este sentido podemos mencionar las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de enero de 2001, Sección 21.ª, de 12 de abril de 2012, de 20 de octubre de 2014 y de 10 de diciembre de 2015: «Por último, es menester señalar que la *mora credendi* no exige ningún requisito adicional, ni ninguna adicional intimación».

II. CONSECUENCIAS DE LA MORA DEL ACREEDOR

1. Momento en que incurre el acreedor en mora

El acreedor incurre en mora cuando tras el ofrecimiento de pago realizado por el deudor, el acreedor, sin razón alguna, no coopera en el cumplimiento de la obligación.

Dos son los elementos que concurren en el ofrecimiento de pago, por una parte, la disposición a cumplir, que consiste en que el deudor ha de realizar la actividad conducente al cumplimiento hasta donde pueda sin la cooperación del acreedor, y, por otra parte, la intimación al acreedor, que es la manifestación del deudor al acreedor de la disposición a cumplir, esto es, el ofrecimiento en el sentido de exteriorización. Ambos elementos se presentan unidos, no es suficiente la disposición a cumplir sin la intimación al acreedor, ni tampoco la intimación al acreedor que no vaya acompañada de la disposición a cumplir inmediatamente.

En el ofrecimiento de pago podemos distinguir dos tipos, un ofrecimiento real que consiste en mostrar el deudor las cosas debidas al acreedor y un ofrecimiento verbal que consiste en la comunicación de palabra que el deudor dirige al acreedor de que está dispuesto a cumplir[5].

En el caso de ofrecimiento real la mora del acreedor comienza desde que el deudor, en el mismo momento, muestra la cosa debida y realiza la intimación al acreedor de que está dispuesto a cumplir, y el acreedor, sin razón, no coopera en el cumplimiento. En el caso de ofrecimiento verbal, la mora del acreedor comienza desde la intimación del deudor al acreedor de la disposición a cumplir, y el acreedor, sin razón, no coopera en el cumplimiento.

Sin embargo, como un supuesto excepcional a esta regla, sería el caso en que el acreedor manifestara anticipadamente al deudor su rechazo a recibir la prestación (así lo establece el parágrafo 295 del Código Civil alemán), en este supuesto, el deudor no tendría que realizar un ofrecimiento real sino verbal, produciéndose las consecuencias de la mora del acreedor desde el día en que este se negó a recibir la prestación y no desde el día en que el deudor realiza el ofrecimiento del pago. En este sentido se pronunció la STS de 31 de octubre de 1968, cuyo supuesto es el de un contrato de arrendamiento de obra, en el que un fabricante se obliga a la confección, transporte y montaje de un motor. La negativa del cliente a recibir dicho motor dio lugar a que el fabricante reclamara al cliente el pago del precio, pretensión estimada en primera instancia, pero no en apelación, donde se absuelve de tal pago al demandado. El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante y declara que se da la mora por parte del obligado al pago del motor expresamente encargado en carta de 4 de septiembre de 1964,

a partir de la de 16 de noviembre de 1964, en la que manifiesta que no se hace cargo de la mercancía a cuya confección no se opone tacha y que fue puesta a su disposición en los almacenes del fabricante de donde había de retirarla. Sigue diciendo el Tribunal Supremo que el ofrecimiento real sin consignación libera al deudor de la posible tacha de incumplimiento, por lo que suscribe el criterio de la sentencia de primera instancia que condena al pago y a la entrega simultánea de la cosa de la que no ha sido liberado el vendedor por el ofrecimiento no seguido de consignación, y rechaza el de la Audiencia, que conduce a que la falta de consignación, aun mediando el ofrecimiento real, no solo priva al oferente de la acción que le concede en este caso el artículo 1599 del Código Civil para reclamar el pago, sino que lo constituye en incumplidor, a los efectos del artículo 1124.

Aunque en el Código Civil no hay ninguna norma que expresamente diga cuando el acreedor incurre en mora, sin embargo, de los artículos que se refieren al traslado del riesgo al acreedor por la pérdida de la cosa cuando este incurre en mora, podemos apreciar que el acreedor incurre en mora por la falta de cooperación del acreedor en el cumplimiento de la obligación tras el ofrecimiento de pago realizado por el deudor, así, en los artículos 1589 y 1590 del Código Civil para el contrato de arrendamiento de obra, el dueño-acreedor incurre en mora por no recibir la obra después de habérsela ofrecido; en el artículo 1185 del Código Civil, que se refiere a una deuda de cosa cierta y determinada procedente de delito o falta, el acreedor incurre en mora cuando ofrecida la cosa por el deudor, el acreedor se hubiese sin razón negado a aceptarla; o en el artículo 1452, último párrafo, respecto a la venta de cosas fungibles por precio fijado en relación al peso, número o medida, el comprador incurre en mora por no pesarlas, contarlas o medirlas en tiempo oportuno.

En cambio, a diferencia del Código Civil español, tanto el Código Civil italiano como el alemán sí que contienen normas expresas sobre cuándo comienza la mora del acreedor, así, el Código Civil italiano, en el artículo 1206, establece que el acreedor se encuentra en mora cuando, sin causa legítima, no recibe el pago que se le ofrece en la forma indicada en los artículos siguientes o no realiza cuando es necesario para que el deudor pueda cumplir con la obligación, y en el artículo 1207, párrafo tercero, dispone que los efectos de la mora del acreedor se verifican el día de la oferta, si esta posteriormente se declara válida por sentencia firme o si es aceptada por el acreedor[6]; y el Código Civil alemán, en su parágrafo 293, establece que el acreedor incurrirá en mora si no acepta la prestación que se le ofrece.

Una vez que hemos determinado cuando el acreedor incurre en mora, hay que precisar que algunas consecuencias de la mora del acreedor comienzan desde el mismo momento en que el acreedor incurre en mora y otras consecuencias comienzan desde el momento en que se producen.

Desde el mismo momento en que el acreedor incurre en mora se producen las siguientes consecuencias: impedir que el deudor incurra en mora, o si ya lo estaba, la excluye, y dejan de devengarse intereses de demora; el liberar al deudor de la posible tacha de incumplimiento; se produce el desplazamiento del riesgo al acreedor de la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor. En cambio, el abono por parte del acreedor de los gastos de conservación y custodia de la cosa debida o la entrega de los frutos e intereses al acreedor comienzan cuando se generan, una vez el acreedor en mora; y la consecuencia de la mora del acreedor de quedar el deudor liberado de responsabilidad tiene lugar cuando consigna la cosa debida, una vez que el acreedor acepta la consignación o recae declaración judicial de que está bien hecha.

2. Fundamento de las consecuencias de la mora del acreedor

Las consecuencias de la mora del acreedor se fundamentan en la idea de que el deudor no resulte perjudicado porque el acreedor, sin razón alguna, no haya cooperado con el deudor para que este pudiera cumplir la obligación[7], se trata de «evitar al deudor cualquier consecuencia dañosa derivada de la falta de cooperación del acreedor»[8], de «que no resulte agravada la posición del deudor por un hecho imputable al acreedor»[9], esto es, «el deudor debe quedar tan indemne como si hubiese pagado»[10]. Precisamente, para no perjudicar al deudor, la mora del acreedor impide que el deudor incurra en mora o, si ya lo estaba, la excluye, dejando de devengarse intereses de demora; libera al deudor de la posible tacha de incumplimiento, de manera que el acreedor no podrá ejercer las acciones que el Derecho le atribuye en caso de incumplimiento del deudor; atribuye al acreedor el riesgo de la pérdida de la cosa por causa no imputable al deudor; o libera de responsabilidad al deudor mediante la consignación de la cosa debida.

Pero, además de este fundamento, con la mora del acreedor, como mantiene CABALLERO LOZANO, «de modo secundario, el fin que se persigue es mantener, en lo posible, la integridad de la prestación a la que tiene derecho el acreedor, a pesar de estar en una situación —la mora— reprobada por el Derecho»[11]. La mora del acreedor no produce la extinción de la obligación, esta subsiste para que sea posible el cumplimiento tardío de la misma, de manera que el acreedor sigue teniendo derecho para reclamar el cumplimiento de la obligación y el deudor la obligación de cumplirla. Por todo ello, el deudor está obligado a conservar y custodiar la cosa debida, aunque el acreedor debe de abonarle los gastos hechos por estos conceptos; también el deudor está obligado a entregar al acreedor los frutos de la cosa y ha de abonarle al acreedor los intereses correspectivos que realmente haya percibido el deudor mientras el acreedor esté en mora como contraprestación por el uso que el deudor hace del dinero del acreedor; el deudor es, igualmente, responsable de la perdida de la cosa debida por su conducta dolosa o culposa ocurrida estando el acreedor en mora; y el acreedor tiene derecho a que el deudor cumpla la prestación en su integridad e identidad.

CATTANEO fundamenta las consecuencias de la mora del acreedor de la siguiente manera, «los efectos de la mora del acreedor no se configuran como una sanción de una obligación del acreedor, sino como una disciplina de las consecuencias económicas de eventos que inciden sobre la prestación debida por el mismo deudor. Y la tutela que se deriva a favor del obligado no tiene la función de asegurar a este último una prestación (o el resultado de una prestación) del sujeto activo, sino más bien la de hacer de modo que el obligado no soporte, por efecto de la existencia de la propia deuda, un sacrificio superior al justo»[12]. Para CABANILLAS SÁNCHEZ «las consecuencias perjudiciales que derivan de la inobservancia de la carga han de ser soportadas exclusivamente por el acreedor, sin que quepa su desplazamiento al deudor, pues son el resultado de una conducta que solo a él es imputable»[13].

3. Análisis de cada una de las consecuencias de la mora del acreedor

A) Mantenimiento de la relación obligatoria

Uno de los presupuestos para la existencia de la mora del acreedor es que exista una obligación vencida para cuyo cumplimiento sea necesario el concurso

del acreedor. Ha de existir un vínculo obligatorio entre acreedor y deudor para que se produzca la situación de mora del acreedor y una vez producida la mora del acreedor, la obligación tiene que subsistir para que sea posible el cumplimiento tardío de la misma, no olvidemos que la mora del acreedor es un retraso en el cumplimiento de la obligación.

El que el acreedor incurra en mora no supone la extinción de la obligación, ya que el ofrecimiento de pago no es causa de extinción de la obligación, sino que es la consignación, en este sentido el artículo 1176 del Código Civil establece que «Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago conforme a las disposiciones que regulan este, se negare, de manera expresa o de hecho, sin razón a admitirlo, a otorgar el documento justificativo de haberse efectuado o a la cancelación de la garantía, si la hubiere, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida»; además el artículo 1180 del Código Civil dispone que será la aceptación de la consignación por el acreedor o la declaración judicial de que está bien hecha lo que extinguirá la obligación, pero, mientras tanto, el deudor podrá retirar la cosa o cantidad consignada, dejando subsistente la obligación.

La doctrina hace referencia a esta consecuencia de la mora del acreedor, así, CABANILLAS SÁNCHEZ sostiene «que mientras no se haya consignado la cosa debida, aunque se haya ofrecido el pago y el acreedor se negare sin razón a admitirlo, el deudor no quedará liberado, si bien existirá mora del acreedor»[14], SABATER BAYLE mantiene que la «constitución en mora del acreedor no produce el efecto de liberar al deudor: para ello es preciso que consigne»[15], y LAMARCA MARQUÉS afirma que la mora del acreedor supone el mantenimiento de la relación obligatoria, no comporta una extinción de la relación existente entre acreedor y deudor[16].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta consecuencia de la mora del acreedor, en el sentido de que la misma no permite que el deudor quede liberado de la obligación, en sentencias de 9 de julio de 1941, de 21 de junio de 1947, de 22 de noviembre de 1962, de 12 de junio de 1969, de 26 de junio de 1978, de 8 de junio de 1992, de 10 de junio de 1996, de 31 de marzo de 2010 y 3 de octubre de 2018, entre otras.

En la sentencia de 12 de junio de 1969 el Tribunal Supremo mantiene que la mora del acreedor no libera al deudor y que si quiere extinguir la obligación ha de consignar el importe de la obligación. Esta sentencia trata de la compra de un piso que el comprador disfrutaba en arrendamiento temporada. Las vendedoras piden la resolución del contrato por impago del precio aplazado, pretensión estimada en las dos instancias. En el recurso de casación el comprador alegó la falta de cooperación de las vendedoras al cumplimiento de la obligación de pago del precio, ya que, habiéndose pactado en el contrato que el resto del precio aplazado se pagase mediante letras de cambio, suscritas al efecto, la parte actora no se cuidó de su emisión y puesta en circulación. El Tribunal Supremo sostiene que, aun habiéndose demostrado la falta de cooperación de las vendedoras, dentro de nuestro Derecho la *mora accipiendi* no libera al deudor, ni aun permite que este incurra, a su vez, en retraso, en el cumplimiento de sus obligaciones, sino que, para cancelar su débito, conforme a lo dispuesto en el artículo 1180 del Código Civil, ha de efectuar la consignación del importe de aquel, conforme al párrafo 1.º del artículo 1176 y concordantes del Código Civil.

Y en la sentencia de 3 de octubre de 2018 el Tribunal Supremo mantiene que la mora del acreedor no extingue la obligación de pago del deudor, el supuesto fue la reclamación de 6.141,61 euros, referida a una factura por el consumo de

suministro eléctrico. Reclamada la cantidad indicada, la demandada se opone alegando que lo facturado no se corresponde con el consumo real, habiendo incumplido la actora su obligación de facturar conforme a lo previsto en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica.

Mediante sentencia dictada en primera instancia, se estima la demanda, al quedar acreditado que: 1) existía el contrato entre las partes, 2) que se produjo el consumo reclamado y que se corresponde con un consumo acumulado desde 2009 hasta enero de 2011, fecha en que se realiza la lectura del contador, habiéndose producido la última al menos en junio de 2009; explicando que el motivo por el que no se llevó a cabo antes, es porque cuando se giraban las visitas al local, cada dos meses, estaba cerrado, lo que llevó a que el consumo facturado en dicho periodo fuere inexistente. Sostiene la sentencia que de acuerdo al artículo 82 RD 1955/2000, si la demandada consideraba que las facturas expedidas por la actora, debían haberse confeccionado bimestralmente en base a una lectura real del contador, debió presentar la oportuna reclamación al órgano competente, reclamación que no consta haya presentado. Añade que no se ha acreditado ni incumplimiento del suministro ni indefensión, dado que la demandada tuvo herramientas para defenderse, sin hacerlo; reiterando que lo que se le reclaman son facturas por un consumo de varios meses acumulados, desde julio de 2009 a enero de 2011. Por último destaca que de no prosperar la demanda se estaría habilitado a la demandada para beneficiarse de un fluido eléctrico proporcionado sin pago del mismo.

Recurrida en apelación la sentencia, la Audiencia la confirma; la recurrente en apelación, alegó error en la valoración de la prueba, y el incumplimiento de las obligaciones de facturación. La Audiencia, centra el asunto en los efectos que debe producir la facturación tardía de los consumos efectuados, a la vista del artículo 96.2 RD 1955/2000, y señala que en su sentencia de fecha 28 de diciembre de 2015, consideró que esas reglas no eran aplicables a supuestos de facturación correcta pero tardía de la energía consumida, pues tal artículo está pensando en las disfunciones de los aparatos medidores, por tanto como dice tal sentencia, la facturación tardía, es decir fuera de los plazos mensuales o bimensuales, que señala el artículo 82 del RD citado, constituye un supuesto de mora del acreedor que no extingue la obligación de pago del deudor, artículo 1156 del Código Civil, por más que tenga algunos efectos jurídicos como excluir la mora del deudor o imposibilitar una resolución del contrato por culpa del obligado. El Tribunal Supremo no admitió el recurso de casación.

El que la obligación no se extinga al incurrir en mora el acreedor, no supone que quede inalterada, su régimen jurídico queda modificado a causa de la mora del acreedor, de aquí las consecuencias que surgen al incurrir el acreedor en mora.

B) La mora del acreedor impide o, en su caso, excluye la mora del deudor

Una de las consecuencias de la mora del acreedor es el de impedir que el deudor incurra en mora, en el supuesto de que todavía no hubiera incurrido, o, en el caso de que el deudor hubiera incurrido en mora, excluye la mora del deudor ya comenzada.

Esta consecuencia es admitida por la doctrina[17], así, para CANO MARTÍNEZ DE VELASCO «Desde que el ofrecimiento queda hecho se producen, aún cuando

la consignación todavía no se haya efectuado, importantes efectos jurídicos. Ante todo, desde entonces se elimina la posibilidad de que el deudor pueda calificarse de moroso y, en su caso, acaba la *mora solvendi* ya comenzada»[18]; para CABALLERO LOZANO la mora del acreedor «impide el nacimiento de la *mora solvendi* o provoca la extinción de la ya comenzada, de modo que, en adelante, el deudor no puede ser calificado de moroso»[19]; ALBALADEJO GARCÍA afirma que uno de los efectos de la mora del acreedor es «Hacer cesar la mora del deudor o evitar que se produzca, si aún no había incurrido en ella»[20].

En una obligación acreedor y deudor no pueden incurrir en mora a la vez, en el sentido de mora del acreedor y mora del deudor, ya que ambas se excluyen. Un caso distinto es el de la compensación de moras en las obligaciones recíprocas, artículo 1100 del Código Civil, como consecuencia del retraso de ambas partes en el cumplimiento de sus obligaciones, donde incurren a la vez en mora del deudor[21].

El fundamento de la exclusión de la mora del deudor por la del acreedor está en una sucesión de responsabilidades. Incurso el acreedor en mora, el retraso en el cumplimiento deja de ser imputable al deudor y pasa a imputarse al acreedor, por lo que el deudor, desde la mora del acreedor, no será responsable de los daños y perjuicios que el retraso ocasione al acreedor, pero el deudor sigue siendo responsable de todos aquellos efectos producidos mientras estuvo en mora, quedando sujeto a la indemnización de daños y perjuicios que sufriera el acreedor mientras estuvo el deudor en mora (art. 1101 CC).

Hemos visto que cuando el acreedor incurre en mora cabe la posibilidad de que antes el deudor no hubiera incurrido en mora o que el deudor hubiera incurrido en mora. Con independencia de esta doble posibilidad, cabe también la posibilidad de que estando el acreedor en mora, posteriormente sea el deudor el que incurra en mora, cuando el acreedor estando dispuesto a aceptar la prestación reclame al deudor el cumplimiento de la obligación, cesando la mora del acreedor, y si el deudor no cumple será él el que incurra en mora. En este sentido se pronuncia la sentencia de 17 de enero de 2001 de la Audiencia Provincial de Valencia, en un caso de arrendamiento de local con opción de compra «si bien en principio existió el rechazo del acreedor al ofrecimiento del deudor, ello no libera al deudor del cumplimiento de su obligación ni extingue la misma, pues no implica realización de la prestación debida, a salvo que venga acompañada de la oportuna consignación conforme a los artículos 1176 y siguientes del Código Civil. Al no efectuarse tal vía, el señor M adeuda el precio de la compraventa, no queda liberado de la misma y habiendo sido requerido de pago por el acreedor, en todo caso y desde tal momento cesaría cualquier mora del acreedor». En la sentencia de 26 de junio de 1978 el Tribunal Supremo negó constituir al acreedor en *mora accipiendi* «sobre la base de que el comportamiento posterior de dicho deudor no ponga claramente en evidencia que esa su aparente voluntad de cumplimiento no era real». En ella, el Tribunal Supremo vio una ausencia de disposición a cumplir por parte el deudor en el hecho de que rechazado el ofrecimiento de pago por el acreedor, este requirió días después de pago al deudor y no cumplió su obligación.

La jurisprudencia también recoge esta consecuencia de la mora del acreedor de impedir, o en su caso, excluir la mora del deudor[22]. Al respecto, podemos destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1941, en el que asegurado (demandante) tenía concertado un seguro contra incendios en una Sociedad de seguros mutuos (demandada). En 1937 el frente de guerra le impidió hacer el pago de sus cuotas anuales y estando en descubierto sobrevino el siniestro,

cuya indemnización se pretende. En este periodo de incomunicación, la Sociedad admitió a otros mutualistas el pago de las cuotas no satisfechas, debido al aislamiento de la ciudad donde se hallaba la sede social con la «zona nacional», en cambio, se lo niega al demandante, a pesar de los ofrecimientos de pago del demandante. La sentencia recurrida por el actor había estimado que la sociedad de seguros mutuos podía resolver el contrato en vista de que el ofrecimiento de pago no produjo efectos liberatorios en razón de que no fue inmediatamente seguido de la consignación. El demandante interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que lo estima, y declara las diferencias que existen entre la llamada oferta real, base inexcusable del pago liberatorio, y la oferta no seguida de consignación, cuyo efecto más interesante es el de constituir al acreedor en mora (*mora accipiendi*), que si no permite que el deudor quede liberado, ni tiene trascendencia en orden al pago de intereses, ni en la transferencia del riesgo de la cosa ofrecida, impide, en cambio a aquel, dar al deudor trato de moroso y obsta a la declaración autorizada por el artículo 1124 cuando, como en el caso de autos, se acredita que el retraso, solo es temporal, obedeció a una causa cuya evidencia y legitimidad no precisa encarecer.

Esta sentencia es la primera en la que el Tribunal Supremo da carta de naturaleza a la mora del acreedor. Distingue entre la oferta real, que es la oferta seguida de consignación, de la oferta no seguida de consignación, cuyo efecto es el de constituir al acreedor en mora. Aunque no reconoce todavía todas las consecuencias que se atribuyen a la mora del acreedor, sí que reconoce la de impedir que se le dé al deudor trato de moroso.

También hemos de destacar la sentencia de 5 de junio de 1944, el caso contemplado en la misma es el de una promesa de venta de una casa que, según el actor, habiendo infringido el contrato el demandado en el pago de intereses, el deudor ha dado motivo con su culpa exclusiva a la resolución del contrato. El demandado se opuso a la resolución, alegando que el actor se negó a aceptar el pago de todos los intereses debidos, a fin de basarse en ello para pedir la resolución del contrato. El Tribunal Supremo consideró que el artículo 1176 del Código Civil, preceptivo de que el ofrecimiento de pago seguido de consignación libera al deudor de la responsabilidad procedente de la obligación cuando el acreedor se niega sin razón a admitir el pago que se le ofrece, no autoriza a deducir que en estas condiciones el ofrecimiento no seguido de depósito carece de eficacia jurídica, ya que tiene la de excluir las consecuencias de la *mora solvendi*, o sea, el impedir que pueda considerarse al deudor incurso en caducidades ni resoluciones. Como podemos observar en esta sentencia el ofrecimiento de pago no seguido de consignación excluye las consecuencias de la mora del deudor.

Y la sentencia de 26 de junio de 1978, cuyo supuesto de hecho es el de la compraventa de ciertas fincas, cuyo precio había de pagarse a plazos y la falta de pago de cualquiera de los plazos daría lugar a la resolución del contrato, conforme al artículo 1504 del Código Civil, quedando en beneficio del vendedor el 20% de las cantidades satisfechas. Vencido el plazo para el último pago, 15 de julio de 1972, el comprador ofreció la cantidad correspondiente, anunciando la consignación que nunca se realizó. El 19 de julio de 1972 el vendedor le comunica al comprador la resolución del contrato por falta de pago, a la cual esta opone el ofrecimiento del pago realizado antes. El 14 de septiembre de 1973 el vendedor le da al comprador la oportunidad de pagar para evitar la resolución del contrato, requerimiento que es desatendido. El Tribunal Supremo en esta Sentencia niega que dicho ofrecimiento enerve la acción resolutoria, ya que si ciertamente la oferta no seguida de consignación puede llegar a producir el efecto

apreciado en las sentencias de este Tribunal de 9 de julio de 1941, 5 de junio de 1944 y 21 de junio de 1947, de constituir al acreedor en *mora accipiendi*, que si no permite que el deudor quede liberado, impide en cambio dar a este por el acreedor carácter de moroso.

C) La mora del acreedor libera al deudor de las consecuencias del incumplimiento

Una vez que el deudor ha hecho el ofrecimiento de pago al acreedor y este lo ha rechazado sin razón o no ha cooperado para que el deudor cumpla la obligación, el acreedor incurre en mora, en esta situación de mora del acreedor, este no podrá ejercer las acciones que el Derecho le atribuye en caso de incumplimiento del deudor, ya que dicho incumplimiento no le es imputable al deudor. De aquí que la mora del acreedor libera al deudor de las consecuencias del incumplimiento.

La doctrina hace referencia a esta consecuencia de la mora del acreedor[23], así como a las implicaciones de la misma. En relación a estas implicaciones, para ALBALADEJO GARCÍA se trata de «Evitar, en general, al deudor toda posible tacha que se siguiese de no haber cumplido. Por ejemplo, que la otra parte pudiese pedir la resolución por incumplimiento (CC art. 1124)»[24]; para DÍEZ PICAZO «El deudor puede instar la resolución del contrato sinalagmático (arg. art. 1504), cuando la falta de colaboración del acreedor al resultado de prestación provoque una situación de incumplimiento o lo que nuestra jurisprudencia ha llamado una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento»[25]; para CANO MARTÍNEZ DE VELASCO «al acreedor ya no le será posible ejercitar con éxito la acción para resolver el contrato por incumplimiento, por encontrarse en situación de mora»[26]; para LACRUZ BERDEJO se trata de «evitar la resolución por incumplimiento (*ex* arts. 1124 o 1504) o el vencimiento de plazos de caducidad (vgr. retractos)»[27].

A esta consecuencia se refiere la jurisprudencia, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1968 y 3 de octubre de 2018, y en la sentencia de 28 de junio de 1995 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. En concreto, las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1992, de 10 de junio de 1996 y de 31 de marzo de 2010 mantienen que el ofrecimiento de pago sin consignación tiene en el orden jurídico las consecuencias de que no pueda considerarse al deudor incurso en caducidades ni resoluciones, que el ordenamiento jurídico, en caso de que el acreedor no estuviera en mora, atribuiría al incumplimiento de la obligación por parte del deudor.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2007 mantiene que la *mora creditoris* tiene la doble consecuencia de excluir, por un lado, la *mora debitoris* o mora del deudor, y, por otra parte, de responder de los daños que el retraso en el ordenado desenvolvimiento del contrato, haya ocasionado a la contraparte.

En las obligaciones bilaterales o recíprocas una de las implicaciones de que la mora del acreedor libera al deudor del incumplimiento de la obligación es que el acreedor no puede ejercitar la acción resolutoria. En este tipo de obligaciones la parte que ha realizado el ofrecimiento de pago está facultada para exigir de la otra el cumplimiento o la resolución de la obligación, pues como afirma el Tribunal Supremo en sentencias de 9 de febrero y 22 de marzo de 1985, el deudor no está obligado a consignar judicialmente el precio ofrecido para poder solicitar la resolución del contrato de compraventa. El acreedor no podrá ejercitar la acción para resolver el contrato por incumplimiento del artículo 1124 del Código Civil o del artículo 1504 del mismo cuerpo legal, porque en el deudor no hay una voluntad

deliberadamente rebelde al cumplimiento como exige la jurisprudencia para que prospere la acción (STS de 8 de febrero de 1975). La razón está —como mantiene CABALLERO LOZANO— «en que el deudor dispuesto a cumplir no pudo hacerlo, no por su culpa, sino por circunstancia imputable al acreedor, quien carece de legitimación para resolver cuando no ha cumplido todo lo que debe (pago de la propia obligación) o no está dispuesto a ello (ofrecimiento del pago)»[28].

Esta implicación, además de estar recogida en los artículos 1124 y 1504 del Código Civil, también lo está en los artículos 1505 del Código Civil y 332 del Código de Comercio, en donde es necesaria la *mora accipiendi* del comprador.

El artículo 1505 del Código Civil establece: «Respecto de los bienes muebles, la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho, en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado a recibirla, o, presentándose, no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de este se hubiese pactado mayor dilación». Como podemos apreciar en este artículo, la resolución del contrato de compraventa puede tener lugar, por una parte, cuando el comprador no coopera con el vendedor para que este le entregue la cosa objeto del contrato, y en este caso el comprador incurrirá en mora del acreedor, y, por otra, cuando el comprador, presentándose a recibir la cosa, no paga, en cuyo caso el comprador incurre en mora del deudor[29]. Y el artículo 332, párrafo primero, del Código de Comercio dispone que: «Si el comprador rehusare sin justa causa el recibo de los efectos comprados, podrá el vendedor pedir el cumplimiento o rescisión del contrato, depositando judicialmente en el primer caso las mercaderías». Como podemos ver en este artículo, al igual que con el artículo anterior, es necesario para que el vendedor pueda pedir la resolución del contrato de compraventa que el comprador incurra en mora del acreedor al rehusar sin justa causa recibir la cosa objeto del contrato.

También el Tribunal Supremo hace referencia a que el acreedor no puede ejercitar la acción resolutoria, ya que la mora del acreedor libera al deudor del incumplimiento de la obligación, en sentencia de 15 de junio de 1987, cuyo objeto fue el discernimiento relativo al cumplimiento de un contrato de compraventa de un equipo de informática marca PHILIPS, celebrado el 30 de enero de 1981. Por carta de 18 de diciembre de 1981 se puso fecha exacta a la entrega de todo lo convenido respecto a la implementación de la programación señalando a tal fin el 28 de febrero de 1982, habida cuenta de la carencia contractual de fecha fija para ello, y poniendo a disposición de la compradora el equipo técnico completo para su instalación inmediata, de cuya programación estaba confeccionado a la fecha de la comunicación el 90%, de cuya oferta de entrega se vio rechazada por la carta de la compradora resolviendo el contrato a los 6 días lo que impedía la entrega física de todo ello provocándose por parte de esta un incumplimiento contractual al incurrir en *mora accipiendi*. La implementación de lo programado urgía necesariamente la colaboración de la compradora cuyos datos comerciales y contables eran objeto del análisis previo que aquella labor de informática requería a la que no se prestó la actividad diligente por la compradora, que era del caso esperar. El Tribunal Supremo declara que la consignación con todos sus requisitos legales comporta una liberación total del pago, pero la oferta real también tiene efecto positivo, aunque de menos alcance jurídico, cual es el de la constitución al acreedor en mora, que imposibilita la atribución del incumplimiento a quien ha de entregarla y no puede hacerlo por la negativa de quien ha de recibirla. El vendedor reclama el pago del precio del equipo de informática y otros conceptos complementarios, mientras que la compradora

pide la resolución del contrato y devolución de la parte de precio anticipado en el momento de contratar. La pretensión del vendedor es parcialmente estimada en las sentencias de instancias, mientras que el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la compradora. Como pone de manifiesto esta sentencia, la mora del acreedor imposibilita atribuir el incumplimiento de la obligación al deudor que está obligado a entregar la cosa y que no puede hacerlo por negarse el acreedor a recibirla, con la consecuencia de que el acreedor no podría ejercitar la acción resolutoria del contrato por incumplimiento del deudor al estar el acreedor en mora.

El que la mora del acreedor libere al deudor del incumplimiento de la obligación tiene otra implicación, que el acreedor no puede enervar el ejercicio del derecho de retracto que le corresponde al deudor, así, la sentencia de 22 de noviembre de 1962, cuyo supuesto de hecho es el de una venta de diversas fincas, reservándose la vendedora para sí y sus herederos el derecho de retraer las fincas vendidas durante un plazo de cuatro años, con derecho a prorrogar a su elección hasta el máximo de diez años, contados desde la fecha de la escritura. Durante el referido plazo llevaría la vendedora o sus herederos las fincas en arrendamiento. La falta de pago de cuatro anualidades del arriendo sería causa bastante para consumar de derecho la adquisición, perdiendo la vendedora o sus herederos el derecho a prorrogar el plazo establecido. Como condición para el ejercicio del derecho de retracto la arrendataria tenía que estar al corriente de pago de todas las anualidades o parte de ellas vencidas del arriendo pactado. Una heredera de la vendedora vendió el derecho de retracto a un tercero. Poco después de la adquisición ejercitó el derecho de retracto, requiriendo al comprador para que otorgase escritura de retroventa de las fincas citadas, aceptando el pago ofrecido. El comprador se opuso a ello, por lo que el titular del derecho de retracto consignó la cantidad ofrecida, consignación a la que se opuso el comprador. El Juzgado dictó sentencia conforme a lo solicitado por la parte actora y la Audiencia Territorial de La Coruña confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el comprador. El recurrente alega que el actor incumplió la obligación previa de estar al corriente en el pago de las rentas vencidas para ejercitar el derecho de retracto, a lo que el Tribunal Supremo responde que el demandado, al oponerse al pago de esas rentas, más que el ejercicio de un derecho lo que verificó y pretende a través de toda su conducta fue impedir o dificultar el del contrario. De manera que, a él y no a la contraparte le es imputable el pretendido incumplimiento de la cláusula contractual de referencia, resistencia que le constituye en una situación de *mora accipiendi*, que si bien no permite que el deudor quede liberado de la obligación de pago, sí impide pueda dársele trato de moroso y enervar con ello el ejercicio del derecho de retracto que asiste al actor.

La consecuencia de la mora del acreedor de liberar al deudor de la posible tacha de incumplimiento también tiene otra implicación en cuanto que impide al arrendador desahuciar al arrendatario por impago de la renta, así, la sentencia de 10 de diciembre de 2015 de la Audiencia Provincial de Madrid, en donde la demandada (arrendataria) acredita suficientemente que viene girando cada mensualidad mediante giros postales, lo que evidencia claramente la voluntad de pago puntual de las rentas, y la demandante (arrendadora) no demuestra ningún interés en cobrar las rentas, devolviendo giros postales y dejando otros caducar, mantiene que esta actitud obstativa por la arrendadora de proceder al cobro puntual de las rentas y no una actitud incumplidora de la arrendataria al pago es la que determina la estimación de la *mora accipiendi* en la conducta del

arrendador. No se pretende que la *mora accipiendi* extinga la deuda, sino que decaiga la acción de desahucio por falto de pago, al ser el arrendador el que impide el cumplimiento del contrato al devolver o dejar caducar la mayoría de los giros postales remitidos con el pago de la renta. En este caso concurre la mora del acreedor que pone obstáculos al cobro de la renta, impidiendo al deudor el cumplimiento de su obligación, por lo que no puede hablarse de incumplimiento que funde la acción de desahucio por falta de pago.

Igualmente, la sentencia de 22 de julio de 1999, Audiencia Provincial de Cáceres, impide al arrendador desahuciar al arrendatario por impago de la renta. El supuesto es el de un contrato de arrendamiento urbano en el que el arrendador-actor solicita desahucio por falta de pago de las rentas correspondientes a las mensualidades de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1998. El arrendatario-demandado alega que no existe «no un pago» sino un «no cobro». Se acredita la consignación de las rentas de los meses de septiembre y octubre y el ofrecimiento de pago de las rentas de los meses restantes. La Audiencia declara que, en atención a la actitud del actor de rehusar sistemáticamente el pago de las rentas, nos hallamos en un supuesto de mora del acreedor o de *mora accipiendi*. Concluye la sentencia que la concurrencia específica de la mora del acreedor exonera la del deudor y que resulta evidente que el arrendatario ni quebranta la buena fe, ni puede ser tildada su conducta de abuso de derecho, al contrario de la del acreedor que persigue la enervación de la acción, privando al demandado de la posibilidad de poder enervar la acción de desahucio.

Como mantiene GUILARTE GUTIÉRREZ la jurisprudencia y algún sector de la doctrina «propician que sea posible evitar las consecuencias resolutorias cuando el arrendador haya mostrado injustificadamente su rechazo al ofrecimiento de pago de las rentas. Sin que sea necesario reiterar tales ofrecimientos y menos aún el que deban consignarse las rentas mientras persista esa voluntad renuente siendo el propio acreedor el que debe hacer llegar a su inquilino el cambio en su actitud para que de nuevo surja plenamente la obligación de pago cuyo incumplimiento deba ser considerado resolutorio»[30].

En cambio, existen sentencias que exigen para la enervación de la acción de desahucio que las rentas adeudadas se hayan consignado, en este sentido podemos mencionar la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 9 de noviembre de 1998: «el giro postal no acredita por sí solo el pago de la renta ni su aceptación por el arrendador, máxime cuando como se viene diciendo quedaron rehusados los pagos correspondientes a las mensualidades de diciembre de 1994 y enero y febrero de 1995, por lo que rechazados por el arrendador, el deudor, a fin de quedar plenamente liberado de la obligación contractual contraída, como ya hiciera en anteriores ocasiones, debió proceder a consignar las rentas bien judicialmente o por conducto notarial, ya que la consignación debe conceptuarse como mecanismo liberatorio puesto por la ley a disposición de cualquier deudor de una prestación de dar cuando el acreedor se niegue sin razón o justa causa a recibirla, conforme a lo dispuesto en el artículo 1176 del Código Civil, procedimiento que no consta fuera utilizado por el deudor en los descubiertos de renta base de la acción ejercitada y que a tenor de lo establecido en el artículo 1563 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sea declarada enervada la acción de desahucio sin que lleve consigo condena al arrendatario demandado al pago de las rentas correspondientes a marzo y abril de 1995, ya que figura en las actuaciones haberlas percibido el acreedor con posterioridad a la interposición de la demanda», estas rentas fueron consignadas por el arrendatario.

El que la mora del acreedor libere al deudor del incumplimiento de la obligación hay que ponerlo en relación con la cláusula penal. El artículo 1152 del Código Civil establece: «En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Solo podrá hacerse efectiva la pena cuando esta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código». En base a este artículo la pena no es exigible cuando la falta de cumplimiento de la obligación del deudor se debe a causa imputable al acreedor. Mantiene VAQUER ALOY que «el ofrecimiento del pago evita la exigibilidad de la cláusula penal, puesto que su fundamento, sea un incumplimiento definitivo, un defectuoso cumplimiento o un retardo, no se produce en ningún momento, antes bien, la no extinción de la obligación encuentra su causa precisamente en la persona que puede exigir la pena, por lo que no puede justificarse su reclamación»[31].

D) Desplazamiento del riesgo al acreedor de la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor

En nuestro Derecho, cuando la imposibilidad sobrevenida de la prestación se deba a dolo o culpa del deudor, él es el responsable; en cambio, cuando se deba a dolo o culpa del acreedor, el deudor queda exonerado de cumplir la prestación. Esta misma regla se aplica cuando la imposibilidad sobrevenida de la prestación ha ocurrido estando el acreedor en mora.

El problema se plantea respecto a quién debe soportar el riesgo cuando la cosa debida se pierde por caso fortuito estando el acreedor en mora.

El Código Civil alemán en su parágrafo 300 contiene una norma general sobre el desplazamiento de los riesgos de la cosa hacia el acreedor moroso, al establecer que el deudor solo es responsable de dolo y negligencia grave mientras el acreedor esté en mora; igualmente, el artículo 1207 del Código Civil italiano dispone que cuando el acreedor se encuentra en mora, es a su cargo la imposibilidad de la prestación sobrevenida por causas no imputables al deudor.

En cambio, el Código Civil español no contiene una norma general al respecto, pero se desprende de varios preceptos. Así, en los artículos 1589 y 1590 del Código Civil para el contrato de arrendamiento de obra, el contratista-deudor soporta los riesgos por la pérdida fortuita de la obra antes de ser entregada, pero si el dueño-acreedor ha incurrido en mora, por no recibir injustificadamente la obra después de habérsela ofrecido[32], se trasladan al dueño los riesgos por la pérdida fortuita de la obra, por lo que el dueño debe pagar el precio de la obra aunque no la reciba; también, dicho traslado de los riesgos se recoge en el artículo 1185 del Código Civil, que se refiere a una deuda de cosa cierta y determinada procedente de delito o falta, en el que el deudor soporta el riesgo de la pérdida por cualquier motivo, pero este riesgo se traslada al acreedor incurso en mora por no haberla aceptado sin razón una vez ofrecida por el deudor; y, finalmente se recoge en el artículo 1452, párrafo tercero, que traslada el riesgo al comprador en la venta de cosas fungibles por precio fijado en relación al peso, número o medida, cuando aquel incurre en mora por no pesarlas, contarlas o medirlas en tiempo oportuno[33].

A partir de la sentencia de 30 de mayo de 1986 el Tribunal Supremo mantiene que una de las consecuencias de la *mora accipiendi* es la atribución al acreedor del riesgo de la pérdida de la cosa, a diferencia del criterio que había mantenido el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de julio de 1941, que mantenía que la

oferta no seguida de consignación, cuyo efecto más interesante es el de constituir al acreedor en mora, no tiene trascendencia en orden a la transferencia del riesgo de la cosa ofrecida.

La sentencia de 30 de mayo de 1986 el Tribunal Supremo contempló el siguiente caso: el actor compró a la demandada una oficina de farmacia. Realizada la venta, la vendedora tenía el propósito de abrir otra farmacia en localidad distinta, e insta repetidamente, incluso por medio de requerimientos notariales al comprador para que legitime su situación y se haga cargo oficialmente de la farmacia, ya que no podía simultanear el desempeño de dos farmacias, por lo que antes de darse de alta en la que había comprado, debía de darse de baja en la vendida. La vendedora, ante la pasividad del comprador, cursó instancia al correspondiente Colegio en solicitud de baja como colegial, y el consecuente cierre de la oficina a su nombre, la cual le fue concedida. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, en el que se denunció que el actor cumplió sus obligaciones sin que contrariamente mediase un parigual cumplimiento por parte de la vendedora, en atención a las siguientes razones: Primera: que por lo que afecta a la vendedora recurrida no cabe atribuirle un incumplimiento de sus obligaciones contractuales ni tampoco imputarle las consecuencias que, en orden a la cosa vendida, se pudieran producir por tal hecho de la citada baja colegial. Segundo: que por lo que se refiere al comprador, y si bien es cierto que cumplió su obligación del pago del precio, también lo es que, como acertadamente razona la resolución recurrida, incurrió en la figura jurídica que la doctrina científica y jurisprudencia conoce por el nombre de mora del acreedor o *mora accipiendi*, toda vez que se cumplen los requisitos que para su ocurrencia viene exigido la aludida doctrina, cuyos efectos principales son, no solo la exclusión de la mora del deudor, sino también la atribución al acreedor del riesgo de la pérdida de la cosa, por lo que en modo alguno puede en el caso que nos ocupa atribuirse a la vendedora la pérdida de la farmacia vendida, cuando consta no solo su conducta de cumplimiento contractual, sino que también la concurrencia de una mora por parte del comprador que hace recaer sobre el mismo tal riesgo.

De los artículos del Código Civil antes indicados como de la jurisprudencia a partir de la sentencia de 30 de mayo de 1986, y otras como la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003 «la mora creditoris en cuya virtud el riesgo de la pérdida de la cosa, incluso acaecida fortuitamente, corre de cuenta del acreedor moroso», podemos deducir que el desplazamiento del riesgo por la pérdida fortuita de la cosa debida se produce desde que el acreedor incurre en mora y no por la consignación[34].

La doctrina admite este efecto del desplazamiento del riesgo al acreedor por la pérdida fortuita de la cosa debida estando el acreedor en mora[35].

El fundamento de dicho desplazamiento se encuentra en la falta de cooperación del acreedor, cuando dicha cooperación es necesaria, negándose sin razón a admitir la prestación ofrecida. En esta situación de mora del acreedor, este ha de asumir las consecuencias de su falta de cooperación, de manera que la imposibilidad sobrevenida de la prestación será de su cargo.

La consecuencia del desplazamiento del riesgo al acreedor, en principio, es irrelevante en las obligaciones unilaterales de dar, porque el artículo 1182 del Código Civil ya atribuye al acreedor el riesgo al disponer que «quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando esta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse este constituido en mora», en este caso, al quedar la obligación extinguida, el deudor se liberaría de cumplir la obligación y el acreedor no recibiría la cosa. De la misma manera, el

artículo 1184 del Código Civil para las obligaciones de hacer establece que «también quedará liberado el deudor cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible»[36]. Sin embargo, tiene cierta relevancia, porque, aunque se atribuye el riesgo al acreedor, el artículo 1183 del Código Civil presume que siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, esta ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario. Así, ante esta norma, ALBALADEJO mantiene que cuando el acreedor incurre en mora decae la presunción del artículo 1183 del Código Civil, porque «dicha presunción, que carga sobre el deudor la prueba de su no culpabilidad, sería perjudicial para el mismo, y lo sería por causa del acreedor, que, al no recibir la prestación, motivó que esta siguiese en poder del deudor. Por ello, parece justo que, en caso de mora del acreedor, se presuma que la imposibilidad de la prestación procede de caso fortuito, permitiéndose, sin embargo, que el acreedor pruebe lo contrario»[37]. Posición, con la que estamos de acuerdo, que no es más que la consecución que se persigue con la mora del acreedor de no perjudicar al deudor diligente. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2013 «El segundo motivo se refiere a que la presunción de culpa o negligencia de Cantalou, en la pérdida de los turrones una vez que estos fueron puestos a disposición de Trapa, impone a Cantalou la carga de probar un hecho, que la destrucción ocurrió por caso fortuito, que le corresponde en virtud de la atribución de riesgos al acreedor constituido en *mora accipiendi*».

Esta consecuencia del desplazamiento del riesgo al acreedor es aplicable en las obligaciones recíprocas. Si una prestación resulta imposible por causa no imputable al deudor, el acreedor no tiene el deber de cumplir la contraprestación, y en el caso de que ya la hubiera cumplido, tendrá derecho a su restitución. «En definitiva, en las obligaciones con prestaciones recíprocas, el riesgo es soportado por el deudor, porque si bien se extingue su obligación, correlativamente pierde el derecho a la contraprestación»[38]. Pero en el caso de mora del acreedor, es este quien soporta el riesgo, el acreedor pierde el derecho a la prestación y ha de realizar, en cambio, la contraprestación[39]. Este principio «no es contemplado expresamente en nuestro Código, pero doctrina y jurisprudencia lo deducen de otros como el de la prohibición del enriquecimiento injusto y la dependencia de las prestaciones»[40].

En nuestro ordenamiento jurídico, sostiene CABALLERO LOZANO, «la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia, en base a la tradición romanista, sostienen la regla *res perit emptoris,* interpretando, fundamentalmente el artículo 1452 del Código Civil. El comprador debe pagar el precio aun cuando la cosa cierta se haya perdido fortuitamente antes de la entrega, esto es, estando todavía en poder del vendedor. El principio que imputa el riesgo al acreedor en mora no supone alteración alguna en el régimen ordinario establecido por el Código Civil en esta materia»[41]. Hemos de traer a colocación aquí la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1953, dicha sentencia contempla el caso de un contrato mercantil de compraventa de azúcar, en el que la empresa vendedora atiende los pedidos del comprador mediante la expedición de facturas de cumplimiento del pedido, quedando la mercancía a disposición del comprador en el establecimiento de la vendedora. El comprador retiraba generalmente la mercancía por medio de vales expedidos a sus clientes. Entre las facturas expresivas de tales operaciones figuran las dirigidas por la vendedora al comprador el 2 de mayo de 1936, referentes a la venta de determinadas cantidades de azúcar, envasadas en sacos de 60 kilos cada uno, con indicación del número de sacos, precio del kilo, y haciendo constar en cada factura la fábrica en cuyos almacenes quedaba

la mercancía a disposición del comprador, y que el pago y la retirada total de la misma había de verificarse al fin de cada uno de los meses de mayo y junio. El 18 de julio de 1936 el comprador, que había satisfecho totalmente el precio de las facturas, no había retirado la totalidad del azúcar en ellas relacionadas. Al quedar los dos establecimientos del vendedor en «zona roja», se incautaron los elementos marxistas de todo el azúcar que en ellos existía y, por tanto, de las cantidades que no había retirado el comprador. La sentencia reconoce que finalizado el plazo señalado al comprador para retirar la mercancía comprada, comenzaron para él los efectos de la mora, conforme a lo establecido en el número 1.º del artículo 63 del Código de Comercio, que en materia de obligaciones mercantiles sustituye el principio de interpelación judicial, adoptado como norma específica para la regulación de la mora en el Derecho Civil. Como el vendedor tenía a disposición del comprador cantidad suficiente del género vendido y este no lo retiró en el plazo establecido, la responsabilidad por pérdida deriva en tal caso de la mora. Finalmente, la sentencia declara la irresponsabilidad de la empresa vendedora por la *mora accipiendi* del comprador y que, en caso de mora del comprador, es imputable al mismo el riesgo de las cosas específicas o de las genéricas vendidas por peso, número o medida.

En el caso de las obligaciones genéricas, el Código Civil alemán en su parágrafo 300, párrafo primero, establece que si es debida una cosa solo determinada según su género, el riesgo se transfiere al acreedor en el momento en que se encuentra en mora por no aceptar la cosa ofrecida; en nuestro Derecho, la teoría del riesgo tiene una particularidad respecto a los supuestos de los artículos 1182 y 1184 del Código Civil, ya que el género nunca perece, por lo que, en caso de pérdida fortuita, el deudor ha de cumplir la prestación mientras queden cosas del género pactado. Si es el deudor el que ha de elegir, el deudor ha de entregar una cosa del género convenido, cuando la calidad no se hubiese expresado, el deudor no podrá ofrecer una cosa de calidad inferior a la media, el ofrecimiento de pago hecho por el deudor al acreedor implica la especificación de la cosa dentro del género, lo que supone que la obligación pase a ser de cosa específica y el riesgo por pérdida fortuita lo soportaría el acreedor.

Respecto a la posibilidad del ofrecimiento de pago realizado por un tercero en las obligaciones genéricas, tal posibilidad es admisible en las obligaciones en general ya que el artículo 1177.2 del Código Civil se remite a las normas que regulan el pago, y entre dichas normas nos encontramos que es admisible el pago realizado por un tercero (art. 1158 CC), salvo que se trate de obligaciones de hacer de carácter personalísimas en cuyo caso el oferente solo puede ser el deudor (art. 1161 CC), además, el artículo 1178 del Código Civil, modificado por Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, dispone que la consignación se hará por el deudor o por un tercero, por lo que si la consignación la puede hacer un tercero, el ofrecimiento de pago también puede hacerlo[42]. Esta es la posición que mantiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo quien, en sentencias de 23 de marzo de 1929 y de 12 de enero de 1943, ha declarado que el artículo 1176 del Código Civil no debe ser interpretado literalmente, en el sentido de que ha de ser necesariamente el deudor quien haga la consignación, porque siendo esta una forma de pago, cualquier persona puede consignar, tenga o no interés en la obligación y su cumplimiento, según preceptúa el artículo 1158 del Código Civil. Igualmente que es admisible el ofrecimiento de pago realizado por un tercero en las obligaciones en general, hemos de mantener la posibilidad del ofrecimiento de pago realizado por un tercero en las obligaciones genéricas de dar o de hacer, siempre y cuando se cumplan los requisitos necesarios para

el ofrecimiento de pago, salvo que se trate de obligaciones genéricas de hacer personalísimas. El ofrecimiento de pago hecho por el tercero al acreedor supone la especificación de la cosa dentro del género, la obligación pasa a ser de cosa específica y si el acreedor lo rechaza, este incurre en mora, con la consecuencia de que el riesgo por pérdida fortuita de la cosa lo soportaría el acreedor[43].

Una cuestión, en relación al desplazamiento del riesgo al acreedor cuando este se encuentra en mora, es la referente, en caso de obligaciones pecuniarias, a la devaluación monetaria. Entendemos que dicha devaluación ha de soportarla el acreedor, de manera que, como mantiene CABALLERO LOZANO «El deudor, cuando finalice la conducta omisiva del acreedor y pague, no deberá actualizar el valor de la deuda»[44].

Otra cuestión, tratándose de obligaciones pecuniarias, es cuando en previsión de una posible devaluación monetaria las partes han incluido en el contrato una cláusula de estabilización de valor, si el acreedor está en mora dicha cláusula no se aplicaría, el deudor no ha de soportar las consecuencias negativas de la mora del acreedor. En este sentido se manifiesta CABALLERO LOZANO al mantener que la cláusula de estabilización no puede incidir en la deuda impagada como consecuencia de la *mora creditoris*, porque la pérdida de poder adquisitivo de la moneda constituye un deterioro de la prestación, que en este caso ha de ser imputado al acreedor, quiere esto decir que a partir del día de la constitución en mora deja de aplicarse la cláusula de estabilización, y esto ya sea de mera actualización del valor, ya contenga una auténtica elevación del valor real[45].

E) Abono de los gastos por la conservación y custodia de la cosa debida

Como en la mora del acreedor el vínculo obligatorio subsiste, otra consecuencia de la misma es que la falta de cooperación del acreedor al cumplimiento de la obligación, sin razón para ello, puede acarrear una serie de gastos al deudor, debidos a la conservación y custodia de la cosa, que deberán ser abonados por el acreedor, que no se hubieran generado si el acreedor hubiera aceptado la prestación y, consecuentemente, no hubiera incurrido en mora.

En el Código Civil español no existe norma concreta que expresamente imponga al acreedor moroso la obligación de abonar al deudor los gastos de conservación y custodia de la cosa debida, a diferencia del Código Civil alemán que en su parágrafo 304 establece que en caso de incumplimiento por parte del acreedor, el deudor podrá exigir el reembolso de los gastos adicionales que tuvo que realizar por el ofrecimiento fallido y por la custodia y conservación del objeto adeudado; y del Código Civil portugués que dispone en su artículo 816 que el acreedor moroso indemnizará al deudor por los mayores gastos que esté obligado a realizar por el ofrecimiento infructuoso de la prestación y la custodia y conservación del respectivo objeto.

El artículo 1179 Código Civil español establece: «Los gastos de la consignación, cuando fuere procedente, serán de cuenta del acreedor», pero este artículo se refiere solamente a la consignación, y, como una aplicación del mismo a la compraventa mercantil, el artículo 332 del Código de Comercio dispone que «Si el comprador rehusare sin justa causa el recibo de los efectos comprados podrá el vendedor pedir el cumplimiento o rescisión del contrato, depositando judicialmente en el primer caso las mercaderías. El mismo depósito judicial podrá constituir el vendedor siempre que el comprador demore hacerse cargo de las mercaderías. Los gastos que origine el depósito serán de cuenta de quien hubiere

dado motivo para constituirlo». Aunque el Código Civil no contenga expresamente una norma que imponga al acreedor moroso la obligación de abonar al deudor los gastos de conservación y custodia de la cosa, CABANILLAS SÁNCHEZ afirma que «dicha consecuencia es admitida de acuerdo con una tradición que se remonta al Derecho romano (D. 36.6.8 y 19.1.38)»[46].

El precedente del artículo 1179 del Código Civil está en el artículo 1131 del Proyecto de 1851: «los gastos que ocasione el ofrecimiento de pago y su consignación son de cargo del acreedor, siempre que hubiesen llenado los requisitos que se han expresado». GARCÍA GOYENA en el comentario que hace del artículo 1131 nos dice que si «el acreedor provoca estos gastos por su injusta resistencia, debe, pues, sufrirlos; en el caso contrario, es decir, cuando el Juez declarase que la resistencia u oposición es justa, los gastos deberán ser de cuenta del deudor, porque la culpa es suya»[47].

El artículo 1179 del Código Civil, como mantiene LAMARCA MARQUÉS, analógicamente se debe de extender su aplicación a todos los gastos que se deriven de la imposibilidad temporal de cumplir imputable al acreedor y que la obligación del deudor de conservación del artículo 1094 del Código Civil se mantiene, pero quedará modificada en su financiación por causa de la mora[48].

CABANILLAS SÁNCHEZ, ante el silencio del artículo 1179, en base a la equidad y a la analogía, explica la razón por la cual el acreedor moroso debe reembolsar los gastos de conservación y custodia de la cosa debida, «porque los gastos se deben a una conducta imputable al acreedor que no ha llevado a cabo la carga de facilitación de la liberación del deudor. Por razones de equidad tales gastos han de ser soportados por el acreedor moroso y no por el deudor, al que la mora del acreedor libera de la posible tacha de incumplimiento. Contribuye a reafirmar esta tesis, en el terreno del Derecho positivo, la aplicación analógica del artículo 1779 del Código Civil, a cuyo tenor "el depositante está obligado a reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa depositada"»[49].

SABATER BAYLE afirma que «parece lógico sostener, en justicia, que pesa sobre el acreedor moroso todo gasto que haya tenido que soportar el deudor, no solo para poder cumplir —gastos del ofrecimiento de pago— sino cuando, con diligencia exquisita, se ha encargado de conservar la cosa en buen estado, corriendo voluntariamente con los gastos de conservación, a fin de lograr, no solo el cumplimiento de su obligación que el acreedor obstaculiza con su injustificada conducta, sino también que dicho cumplimiento —aunque fuera forzoso para el acreedor— respetase el principio de integridad en el pago. Parece que este efecto de la *mora accipiendi* —que en Derecho español no solo no recoge, sino hasta (al parecer de algunos) niega— puede encontrar fundamento en el principio de prohibición de enriquecimiento injusto»[50].

Como consecuencia de la mora del acreedor, este tendrá que abonar al deudor los gastos adicionales por la prolongada conservación y custodia de la prestación, debido al retraso en el cumplimiento de la obligación por causa imputable al acreedor. Al no ser la culpa del acreedor un requisito necesario para la mora del acreedor, por no tener el acreedor una obligación de cooperar al cumplimiento de la obligación sino una carga, las consecuencias de la mora del acreedor no se traducen en una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento culpable de una obligación, a diferencia de la mora del deudor (art. 1101 CC), por lo que es lógico que el acreedor tenga que abonar dichos gastos, además, el deudor no puede resultar perjudicado por una conducta injustificada del acreedor en la cooperación con el deudor

para que este pueda cumplir la prestación. Entre estos gastos de conservación y custodia de la cosa, CABANILLAS SÁNCHEZ, citando a LARENZ[51], a los efectos de la aplicación del parágrafo 304 del Código Civil alemán, afirma que «son de tener en cuenta los gastos de almacenaje, primas de seguro, gastos de asistencia y alimentación de ganados; pero no las ganancias dejadas de obtener por el deudor —como, por ejemplo, el arrendamiento de uso que en otro caso hubiese podido concertar de los locales que necesitó para la conservación de las cosas—, ya que estas son "daños", pero no "gastos"»[52]; CABALLERO LOZANO mantiene que «el deudor goza de la protección del artículo 356 del Código Civil, conforme al cual *el que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación*. Como el deudor ha de entregar los frutos que haya producido la cosa después de la constitución en mora, justo es que le sean abonados, por solo este concepto, los gastos de producción, a fin de evitar el enriquecimiento injusto del acreedor»[53]; y LAMARCA MARQUÉS menciona como gastos que se deriven de la imposibilidad temporal de cumplir imputable al acreedor, el desplazamiento del deudor, de la maquinaria, la preparación de materiales, los gastos de conservación y custodia de la cosa debida o las primas de seguros que se hayan satisfecho[54].

No admiten esta consecuencia de la mora del acreedor PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, al no contener el Código Civil español una norma como el parágrafo 304 del Código Civil alemán, son de cuenta del deudor los gastos de conservación y custodia de la cosa estando el acreedor en mora, y justifican su opinión, por una parte, en que el artículo 1094 del Código Civil impone al deudor, sin distinción de que el acreedor esté o no en mora, la obligación de conservar la cosa, y, por otra, que el deudor tiene expedito el camino para liberarse de esos gastos mediante la consignación de la cosa, gastos que serán entonces de cuenta del acreedor por aplicación del artículo 1179 del Código Civil[55].

Un problema que se plantea en relación a los gastos de custodia y conservación es si el deudor puede retener en su poder la cosa hasta que el acreedor le reembolse de dichos gastos. El derecho de retención no aparece contemplado en ninguno de los artículos en los que se hace referencia a la mora del acreedor. El derecho de retención está recogido en nuestro Derecho para casos excepcionales: los acreedores particulares del heredero (art. 1034 CC); el acreedor en el contrato de prenda puede retener la cosa en su poder hasta que se le pague el crédito (art. 1866 CC); el acreedor en el contrato de anticresis (art. 1866 y 1886 CC); el depositario puede retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito (art. 1780 CC); el mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante le indemnice de todos los daños y perjuicios que le haya ocasionado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mandatario o le reembolse de las cantidades que el mandatario hubiera anticipado para la ejecución del mandato (art. 1730 CC); el usufructuario o sus herederos, una vez terminado el usufructo, tiene derecho de retención de la cosa usufructuada por los gastos que deban ser reintegrados por el propietario (art. 522 CC); el que ha ejecutado una obra en cosa mueble en el arrendamiento de obra, tiene derecho de retenerla en prenda hasta que se le pague (art. 1600 CC); o el poseedor de buena fe quien, teniendo que entregar la cosa al que le hubiera vencido en la posesión, puede retener la cosa hasta que se les satisfagan los gastos necesarios y útiles hechos en la misma (art. 453 CC).

Por lo que respecta a la doctrina, CABANILLAS SÁNCHEZ no es partidario del derecho de retención a favor del deudor hasta que el acreedor moroso le abone los gastos de conservación y custodia de la cosa debida, y, así, nos dice que «las normas que consagran el derecho de retención en nuestro derecho (arts. 453, 502, 522, 1600, 1730, 1780 y 1866 CC) son marcadamente excepcionales y, por consiguiente, deben interpretarse restrictivamente, pues en definitiva, se trata de una excepción a la regla general del cumplimiento inmediato del deber restitutorio… la extensión analógica del derecho de retención no parece admisible. Cabe únicamente aplicarlo a aquellos negocios atípicos que puedan por su naturaleza ser absorbidos en alguno de los tipos legales»[56]. Posición, esta, con la que estamos de acuerdo, además, desde el mismo momento en que el deudor hace el ofrecimiento de pago y el acreedor se niega sin razón a admitirlo, el deudor puede quedar libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida (art. 1176 CC), de manera que, desde que el acreedor incurre en mora, el deudor goza de la protección que le brinda el artículo 1176 del Código Civil con la consignación, si la cosa debida genera gastos por la conservación y custodia de la misma, el deudor puede evitar dichas gastos consignándola, siendo de cuenta del acreedor los gastos de consignación (art. 1179 CC), en caso de que no la consigne, el deudor tiene derecho al abono de los gastos de conservación y custodia, pero que, además tenga el derecho de retención sobre la cosa debida hasta que el acreedor le abone dichos gastos no lo mantenemos por las razones apuntadas.

Por el contrario, son partidarios de la aplicación del derecho de retención a favor del deudor hasta que el acreedor moroso le abone los gastos de conservación y custodia de la cosa debida, CABALLERO LOZANO, quien sostiene que «el derecho de retención lo tendría en garantía del cobro del crédito por los gastos efectuados en orden a la conservación de la cosa, como si fuese un poseedor de buena fe»[57]; igualmente, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO también es partidario del derecho de retención, y así mantiene que el *ius retentionis* tiene su fundamento en un principio general del Derecho, el que prohíbe el enriquecimiento injusto, por lo que, «siendo este un principio general del Derecho, debe actuar en todo caso», es decir cuando se hayan hecho por el poseedor gastos en la cosa. Además, alega en favor de la generalización del derecho de retención «la existencia de un precepto general, que es el artículo 453»[58].

F) Entrega de los frutos e intereses

a) Entrega de los frutos

Si el acreedor moroso tiene la obligación de abonar al deudor los gastos de conservación y custodia de la cosa debida, es razonable que los frutos de la cosa, que la misma haya producido mientras el acreedor ha estado en mora, sean entregados al acreedor. De manera que, otra consecuencia de la mora del acreedor es que el deudor ha de entregar al acreedor solo los frutos que haya percibido de la cosa durante la mora del acreedor. Esta regla, como mantiene CABALLERO LOZANO «no se aplica a los supuestos en los cuales es el deudor quien tiene derecho a los frutos, porque no puede resultar de peor condición el deudor después de la constitución en mora respecto al momento anterior. Asimismo, se excluyen los frutos producidos y no percibidos y los que en hipótesis hubiese producido la cosa de estar en manos del acreedor»[59].

El Código Civil alemán establece en su parágrafo 302 que si el deudor tiene que entregar los provechos que obtenga de una cosa, su obligación durante la mora del acreedor se limita a los realmente percibidos. Por su parte, el Código Civil italiano en su artículo 1207 dispone que cuando el acreedor se encuentra en mora, los intereses o los frutos de la cosa que no hayan sido percibidos por el deudor ya no se adeudan al acreedor.

Por lo que respecta al Código Civil español, no dice nada al respecto mientras el acreedor está en mora. El artículo 1095 del Código Civil establece que «El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla», el contenido de este artículo lo podemos entender tanto cuando el acreedor no está en mora como cuando lo está.

Cuando el acreedor está en mora, el deudor sigue obligado a conservar la cosa debida que ha de entregar, así el artículo 1094 del Código Civil establece que «El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia». Si en esta situación de mora del acreedor, el deudor está obligado a conservar la cosa y además debe entregar los frutos de la cosa, es posible que el deudor adopte una actitud pasiva en cuanto a la actividad de producción de frutos de la cosa y su obligación de conservar la cosa se limite al simple mantenimiento de la misma, en todo caso será el título de la obligación el que determinará la actividad que el deudor ha de desplegar en orden a la obligación de conservar la cosa que ha de entregar cuando el acreedor esté dispuesto a aceptarla. Por todo ello, el artículo 1095 del Código Civil hemos de entenderlo en el sentido de que pertenecerán al acreedor moroso solo los frutos de la cosa debida efectivamente producidos, deduciendo de los mismos los gastos que haya hecho el deudor para su producción, ya que, como afirma CABALLERO LOZANO, «en caso contrario, el enriquecimiento sería del acreedor»[60], y todo ello con la diligencia propia de un buen padre de familia (art. 1094 CC), lo que implica que el deudor, durante la mora del acreedor, es responsable de cualquier perjuicio que sufra la cosa por su conducta dolosa o culposa, a diferencia del Código Civil alemán que en su parágrafo 300, párrafo primero, establece que el deudor solo es responsable de dolo y negligencia grave mientras el acreedor esté en mora.

b) Entrega de los intereses

La mora del acreedor también incide en cuanto al pago de intereses.

El Código Civil alemán en su parágrafo 301 establece que el deudor no tiene que pagar intereses sobre una deuda monetaria que devenga intereses mientras el acreedor está en mora; a pesar de la literalidad de este artículo, la doctrina alemana, en base al parágrafo 302 que dispone que si el deudor tiene que entregar los provechos que obtenga de una cosa, su obligación durante la mora del acreedor se limita a los realmente percibidos, mantiene que el deudor ha de pagar únicamente los intereses percibidos. Por su parte, el Código Civil italiano en su artículo 1207 dispone que los intereses de la cosa que no hayan sido percibidos por el deudor ya no se adeudan al acreedor; en cambio, nuestro Código Civil no dispone nada sobre el pago de intereses por parte del deudor al acreedor mientras este está en mora.

La doctrina clasifica los distintos tipos de intereses en moratorios, correspectivos y compensatorios[61]. Los intereses moratorios surgen a modo de indemnización de daños y perjuicios, así el artículo 1108 del Código Civil establece que «Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor

incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal». Los intereses correspectivos constituyen una contraprestación por el uso del dinero ajeno, por ejemplo, el caso del préstamo o del depósito bancario. En cuanto a los intereses compensatorios, es el caso recogido en el artículo 1501.3 del Código Civil en el que «El comprador deberá intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio si se hubiere constituido en mora, con arreglo al artículo 1100», con el pago de los intereses compensatorios se evita un enriquecimiento injusto en el comprador.

En el caso de los intereses compensatorios, el deudor no está obligado a pagarlos si no se habían pactado antes de que el acreedor se constituyera en mora (art. 1501.1 CC).

Tampoco está obligado el deudor al pago de los intereses moratorios que dejan de generarse desde que el acreedor incurre en mora (la mora del acreedor excluye a la del deudor) y no desde la consignación[62], como así mantienen las sentencias, de 13 de octubre de 1995 del Tribunal Supremo: «ya que si bien este ofrecimiento real de pago no puede producir los efectos del mismo, al no haberse realizado la consignación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1177 y 1178, si tiene el efecto positivo de constituir en mora al acreedor por lo que, desde ese momento, no devengará dicha cantidad interés alguno a su favor»; de 8 de noviembre de 2004 del Tribunal Supremo, «en relación con los artículos 18 y 20 de la Ley de Contrato de Seguro, el ofrecimiento de pago por la entidad aseguradora constituía al actor en *mora creditoris*, impeditivo del devengo de intereses moratorios del deudor»; la sentencia de 17 de mayo de 1993 de la Audiencia Provincial de Las Palmas: «debe devolverse al actor apelante los cuatro millones de pesetas que en su día pagó, incrementados con los intereses devengados desde la fecha del pago, aunque solo hasta el momento en que fue ofrecida su devolución, pues habiéndose negado a recibir el dinero, en ese momento cesó la obligación del vendedor de pagar intereses y surgió la mora del acreedor»; y la sentencia de 17 de enero de 2001 de la Audiencia Provincial de Valencia afirma que uno de los efectos de la mora del acreedor es «la cesación de la producción de intereses de la cantidad ofrecida».

La doctrina mantiene igual posición que la jurisprudencia respecto a los intereses moratorios, así, CABANILLAS SÁNCHEZ sostiene que «a partir de la *compensatio morae*, dejarán de correr los intereses moratorios a los que se refiere el artículo 1108 del Código Civil en relación con las obligaciones pecuniarias»[63]; igualmente, LAMARCA MARQUÉS mantiene que «El artículo 1108 del Código Civil vincula los intereses moratorios, como su nombre indica, a la situación de incumplimiento, de manera que el ofrecimiento de pago pondrá fin a la situación de mora del deudor y al devengo de intereses, pero los ya devengados continuarán siendo debidos»[64]; LASARTE ÁLVAREZ afirma que «Entre otras consecuencias, la constitución en mora del acreedor traerá consigo: 2. Que en caso de obligaciones pecuniarias, cesará la generación de intereses»[65]; y de la misma forma se manifiesta VAQUER ALOY, «si el ofrecimiento del pago purga la mora —para lo que, recordemos, debe contener el importe de los intereses moratorios ya devengados— como manifestación de la voluntad de cumplir, deja de producirse el supuesto de hecho, por cuanto ya no existe mora, y cesan por consiguiente, los intereses moratorios»[66].

Respecto a los intereses correspectivos, los Proyectos de Código Civil de 1836 y 1851 no contienen normas al respecto, ni tampoco el Código Civil. Esto es razón, según EYRE VALERA[67] para negar el cese del devengo de intereses tras

la mora del acreedor. Igualmente, mantiene VAQUER ALOY que «mientras el deudor disfruta del capital en su poder, no cesa de devengarse los intereses… el curso de los intereses convencionales únicamente se detiene con la desposesión del capital debido por parte del deudor, esto es, con su consignación»[68]. En cambio, CABALLERO LOZANO mantiene que la solución depende de la valoración que se haga de los intereses en juego. «Si continúa la producción de intereses, el acreedor experimenta un beneficio, consecuencia de su conducta omisiva, ya que obtiene una mayor ventaja que la contemplada en el título de la obligación. La posición del deudor diligente se agrava… Por esto, es más justo que la génesis de los intereses se suspenda mientras dura la mora del acreedor. Sin embargo, el deudor obtiene un beneficio, a pesar de la mora, si tiene empleada —o emplea después— esa suma de dinero en actividades lucrativas y percibe contraprestación a cambio, por lo que surge en aquel la obligación de restitución, a fin de evitar un enriquecimiento injusto»[69]; sigue igual posición LAMARCA MARQUÉS quien mantiene que respecto a los intereses correspectivos «se deberá estar al efectivo beneficio que reciba el deudor, hasta el momento de su consignación o entrega al acreedor»[70].

Por nuestra parte, mantenemos que tratándose de una obligación pecuniaria el deudor ha de pagar al acreedor intereses correspectivos mientras el acreedor esté en mora como contraprestación por el uso que el deudor hace del dinero del acreedor, si bien dichos intereses han de limitarse a los realmente percibidos por el deudor (al igual que hemos considerado con respecto a los frutos). Sería el acreedor quien debe probar el beneficio que el deudor ha obtenido en concepto de intereses correspectivos si pretende la restitución de dichos intereses. Si el deudor quiere dejar de seguir pagando dichos intereses lo que tiene que hacer es consignar todas las cantidades de dinero que debe por los distintos conceptos.

G) El deudor puede liberarse de la obligación consignando la cosa debida

La mora del acreedor también tiene como consecuencia la de liberar al deudor de la obligación consignando la cosa debida, «el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida» establece literalmente el artículo 1176.1 del Código Civil[71].

La consignación la podemos definir como una forma de pago en la que el deudor o un tercero ponen las cosas debidas a disposición del juzgado o del notario, cuando el acreedor se negare, sin razón, a recibirlas, a otorgar el documento justificativo de haberse efectuado el pago, a cancelar la garantía, así como cuando no sea posible la entrega y en todos aquellos casos en que el cumplimiento de la obligación se haga más gravoso para el deudor por causas no imputables al mismo.

Una vez que el deudor ha hecho el ofrecimiento de pago al acreedor y este se ha negado sin razón a admitirlo, o se ha negado a dar el título justificativo de haber realizado el pago, o a cancelar la garantía, si la hubiera, e incluso prescindiendo del ofrecimiento en los supuestos legales —cuando el acreedor esté ausente en el lugar en donde el pago deba realizarse, o cuando esté impedido para recibirlo en el momento en que deba hacerse, cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar, cuando el acreedor sea desconocido, cuando se haya extraviado el título que lleve incorporada la obligación (se refiere a los títulos valores), y en todos aquellos supuestos en que el cumplimiento de la obligación se haga más gravoso al deudor por causas no imputables al mismo—, el deudor

puede liberarse de la obligación mediante la consignación de la cosa debida (art. 1176 CC, párrafos segundo y tercero), previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación (art. 1177 CC, párrafo primero). Esto significa, por una parte, que si no se ha consignado la cosa debida, aunque se haya realizado el ofrecimiento de pago, el deudor no quedará liberado de la obligación y, por otra, que la consignación sin ofrecimiento de pago, salvo los supuestos excepcionales, no produce efecto ninguno, ya que el ofrecimiento de pago constituye una fase previa para que la consignación extinga la obligación (según se desprende del art. 1176 CC)[72]. Así, la sentencia de 10 de febrero de 1994 de la Audiencia Provincial de Baleares afirma que el ofrecimiento de pago no seguido de consignación, no es forma de pago ni extingue la obligación, solo la consignación es forma de pago. La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1968 mantiene, por una parte, que el ofrecimiento real sin consignación libera al deudor de la posible tacha de incumplimiento, y, por otra, que el ofrecimiento de pago no seguido de consignación no libera al deudor del cumplimiento de la obligación, por lo que, en sentido contrario, el ofrecimiento de pago seguido de consignación libera al deudor de cumplir la obligación. La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1969 sostiene que la *mora accipiendi* no libera al deudor, ni aun permite que este incurra, a su vez, en retraso, en el cumplimiento de sus obligaciones, sino que, para cancelar su débito, conforme a lo dispuesto en el artículo 1180 del Código Civil, ha de efectuar la consignación del importe de aquel, conforme al párrafo 1.º del artículo 1176 y concordantes del Código Civil.

Cuando el acreedor acepta la consignación o la autoridad judicial declara que está bien hecha, la deuda se extingue y el deudor queda totalmente liberado, así como los codeudores y fiadores, para ello la consignación ha de ajustarse estrictamente a las disposiciones que regulan el pago, en caso contrario la consignación será ineficaz (art. 1177.2 CC), así, la sentencia de 24 de febrero de 2000 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real mantiene que para que la consignación produzca efectos liberatorios, se requiere que sea completa o íntegra e incondicionada.

Mientras el acreedor no hubiere aceptado la consignación, o no hubiere recaído la declaración judicial de que está bien hecha, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, dejando subsistente la obligación (art. 1180.2 CC).

La consignación se hará por el deudor o por un tercero, poniendo las cosas debidas a disposición del juzgado o del notario, en los términos previstos en la Ley de Jurisdicción Voluntaria —artículos 98 y siguientes— o en la legislación notarial —artículo 69 de la Ley del Notariado— (art. 1178 CC). Los gastos de la consignación, cuando fuere procedente, serán de cuenta del acreedor (art. 1179 CC).

En cuanto al ámbito competencial del juzgado o del notario en que ha de hacerse la consignación, en relación al juzgado, el artículo 98.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria establece que «Será competente el Juzgado de Primera Instancia correspondiente al lugar donde deba cumplirse la obligación y, si pudiera cumplirse en distintos lugares, cualquiera de ellos a elección del solicitante. En su defecto, será competente el que corresponda al domicilio del deudor»; y en cuanto al ámbito competencial del notario, la Ley del Notariado no establece regla alguna, sin embargo, ya que el artículo 1177.2 del Código Civil dispone que «La consignación será ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago», y, en cuanto al lugar de pago, el artículo 1171 del Código Civil establece que «El pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado

la obligación. No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde esta existía en el momento de constituirse la obligación. En cualquier otro caso, el lugar de pago será el del domicilio del deudor», la consignación ha de hacerse en la notaría del lugar que corresponda según la aplicación de los criterios del artículo 1171 del Código Civil.

La aceptación de la consignación por el acreedor o la declaración judicial de que está bien hecha extinguirá la obligación y el deudor podrá pedir que se mande cancelar la obligación y la garantía, en su caso (art. 1180.1 CC), y si la obligación ha quedado extinguida, también habrá quedado extinguida la mora del acreedor, ya que la mora del acreedor requiere de la existencia de una obligación, y al no existir esta, la mora del acreedor tampoco. Por lo tanto, los efectos de la consignación consistentes en la extinción de la obligación y en la liberación del deudor se producen desde que el acreedor acepta la consignación o el juez declara que está bien hecha, si bien dichos efectos se retrotraen al momento de la consignación de los bienes, nunca al momento del ofrecimiento de pago[73].

La consecuencia de liberar al deudor de la obligación consignando la cosa debida está regulada de manera específica: en el artículo 50 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 donde se faculta a la Administración expropiante para consignar el justiprecio en la Caja General de Depósitos, cuando el expropiado rehúse recibir la cantidad fijada; en el artículo 48 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985 en el caso de un crédito incorporado a la letra de cambio, así establece que «a falta de presentación al pago de la letra de cambio en el plazo fijado por el artículo 43, todo deudor tendrá la facultad de consignar su importe en depósito a disposición del tenedor y por su cuenta y riesgo, judicialmente o en una entidad de crédito, notario o agente mediador colegiado»; en el Código de Comercio, sobre compraventa mercantil, cuando establece que si el comprador rehusare sin justa causa el recibo de los efectos comprados o demorase hacerse cargo de los mismos, el vendedor puede depositarlos judicialmente (art. 332); en la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, al establecer que cuando no se realice la entrega por no hallarse el destinatario en el domicilio indicado en la carta de porte, por no hacerse cargo de la mercancía en las condiciones establecidas en el contrato, por no realizar la descarga correspondiéndole hacerlo o por negarse a firmar el documento de entrega, el porteador podrá optar por solicitar la constitución del depósito de la mercancía ante el órgano judicial o la Junta Arbitral del Transporte competente, surtiendo dicho depósito para el porteador los efectos de la entrega, considerándose terminado el transporte (art. 44 en relación con el 36.1); en la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, en relación con el contrato de fletamento, dispone en su artículo 228 que «El porteador deberá entregar sin demora y conforme a lo pactado las mercancías transportadas al destinatario legitimado para recibirlas. Si este no se presentase o rechazase la entrega, el porteador podrá, a costa del destinatario, almacenar las mercancías hasta su entrega o recurrir a su depósito judicial»; y en la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, cuyo artículo 109 faculta al transportista para constituirse en depositario remunerado de las mercancías transportadas y que no se pudieron entregar por no encontrarse al destinatario, por negarse este a recibir las mercancías sin consignar protesta por el deterioro que pudieran tener las mismas, o negarse a pagar los gastos de reembolso, transporte u otros que le correspondan.

Respecto a los bienes objeto de consignación, por la remisión que el artículo 1177.2.º del Código Civil hace a las normas que regulan el pago —la consig-

nación será ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago—, son de aplicación a la consignación los artículos 1157 y 1166 a 1170 del Código Civil, de manera que la consignación de la cosa ha de ser íntegra e idéntica a la que constituye el objeto de la obligación.

En cuanto a que la consignación ha de ser íntegra se desprende del artículo 1157 del Código Civil: «No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consista»,

En base al requisito de la integridad del pago, el deudor debe consignar la cosa debida en el estado que tenía cuando se constituyó la obligación, con sus accesorios; los gastos extrajudiciales que ocasione el pago que son de cuenta del deudor, respecto a los judiciales, decidirá el Tribunal con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1168 CC); los gastos de devolución y protesto de letras de cambio vencidas y no pagadas, como ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1995; los frutos e intereses convencionales, legales o anatocismo producidos desde que nace la obligación de entregarla (art. 1095 CC), y si antes de incurrir en mora el acreedor hubiese incurrido en mora el deudor, también tiene que consignar los intereses de demora, pero como desde que el acreedor incurre en mora el retraso en el cumplimiento deja de ser imputable al deudor y pasa al acreedor, desde ese momento dejan de devengarse los intereses de demora, de manera que solo tendrá que consignar los intereses de demora devengados hasta ese momento, como ha afirmado la jurisprudencia, en sentencias del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1995, de 8 de noviembre de 2004, en la sentencia de 17 de mayo de 1993 de la Audiencia Provincial de Las Palmas o en la sentencia de 17 de enero de 2001 de la Audiencia Provincial de Valencia.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1946, 29 de abril de 1946, 9 de enero de 1950, 9 de febrero de 1950 y 11 de mayo de 1951, consideran que las consignaciones realizadas no son válidas al no incluir los intereses de las cantidades adeudadas.

El requisito de que la consignación ha de ser íntegra viene impuesto, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2006, quien afirma que la cuestión del importe de la renta es el objeto de la demanda que mediante ella se pretende se declare bien hecha la consignación de las rentas efectuadas por el arrendatario, correspondiente a la anualidad que se iniciaba el 1 de noviembre de 1992, dicha renta era de 1 600 000 pesetas, por lo que es evidente que la consignación efectuada en cuantía de 840 000 pesetas, resultaba ineficaz al no ajustarse estrictamente a las disposiciones que regulan el pago (art. 1177.2 CC), entre ellas, la del artículo 1169 según la cual «a menos que el contrato lo autorice expresamente, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación.

El Tribunal Supremo ha negado eficacia a la consignación realizada en moneda fuertemente devaluada[74]. Así, a la consignación realizada en moneda republicana se refieren las sentencias de 4 de julio de 1944, de 29 de abril de 1946, de 22 de marzo de 1947, de 9 de enero de 1950, de 11 de mayo de 1951 y de 3 de octubre de 1955. La sentencia de 23 de noviembre de 1946 precisa que, pactada la devolución del préstamo en moneda corriente y legítima de oro o plata gruesa, la consignación hecha en moneda roja no produce, por evidente depreciación de la misma, los efectos liberatorios que el artículo 1777 del Código Civil atribuye al pago, y la sentencia de 25 de junio de 1948 afirma que, de la indiscutida desvalorización del signo monetario marxista, casi total en el mes de enero de 1939, ha

de seguirse necesariamente que la consignación discutida quedó desprovista del efecto extintivo de una deuda que, conforme al artículo 1157 del Código Civil, no se puede entender pagada al no haberse consignado completamente su importe.

Además de que la consignación ha de ser íntegra, ha de ser idéntica a la cosa debida, al respecto, el artículo 1166 del Código Civil establece que «El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor». La consignación de cosa distinta a la debida solo sería válida cuando sea aceptada por el acreedor.

No hay ninguna duda de que los artículos que tratan de la consignación se están refiriendo a bienes muebles, la cuestión se plantea cuando se trata de bienes inmuebles, al respecto la doctrina está dividida, mientras CASTÁN TOBEÑAS mantiene que «de la combinación de algunos textos del Código, que equiparan la consignación al depósito (art. 1178, apartado 1.º) y limitan este último a las cosas muebles (art. 1761), podría inferirse que no cabe la consignación de inmuebles»[75]; en el mismo sentido BELTRÁN DE HEREDIA, para quien la solución legislativa es contraria a la admisión de la consignación para los inmuebles[76]; por el contrario, ALBADALEJO GARCÍA mantiene «que en el artículo 1178 el término ‹‹depositar›› se usa, no en el estricto sentido de contrato típico de depósito (al que sería aplicable el artículo 1761), sino en el de dar en *guarda* o *custodia* y poder aprehenderlo al acreedor por su sola voluntad, siendo, sin duda, entonces posible que recaiga sobre inmuebles»[77]; también para NART la consignación como tal (es decir, como entrega extintiva del objeto de una obligación hecha al juez en sustitución del acreedor) no excluye los inmuebles, lo demuestra, no solo la consideración de que estos pueden ser y son objeto frecuente de obligaciones de dar (para cuya extinción funciona este instituto), sino el hecho de que el Código Civil habla siempre de «cosa debida»»[78]; igualmente, para CANO MATA «los inmuebles son tan susceptibles de consignación como lo bienes muebles, y apoyamos la afirmación en las siguientes razones: 1.º. Porque el Código Civil no establece limitación alguna en cuanto a las cosas susceptibles de consignación, 2.º Porque la finalidad de la consignación es evitar que el cumplimiento de una obligación le sea más gravoso al deudor, por causas que no le son imputables, 3.º Por aplicación de los principios de justicia y equidad, 4.º Porque tan admisible es estimar que técnicamente la consignación se resuelve en un depósito corriente, que consecuentemente excluye la consignación de inmuebles (art. 1761), como el defender que la consignación no produce un depósito contractual, sino un depósito necesario, como medio para realizar un secuestro, cuyo objeto —según el artículo 1786— pueden ser tanto los bienes muebles como los inmuebles»[79], LORA-TAMAYO también considera que es posible la consignación de los bienes inmuebles, en base a la regulación actual del artículo 1176 del Código Civil que distingue entre dinero, efectos y valores, y bienes de distinta naturaleza[80]. Respecto a la cuestión de si es posible la consignación de bienes inmuebles, mientras el artículo 1178 del Código Civil, anterior a la reforma del mismo llevada a cabo por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, disponía que la consignación se hará «depositando» las cosas debidas, tras la reforma establece que la consignación se hará «poniendo» las cosas debidas, lo que ha quedado claro con la reforma es que la consignación no es un depósito, en el que solo pueden ser objeto las cosas muebles (art. 1761 CC), además, el Código Civil habla de «las cosas debidas» sin distinción alguna, de manera que es posible la consignación de bienes muebles como de bienes inmuebles.

Si la consignación es posible en las prestaciones de dar, sean bienes muebles como inmuebles, se discute si es posible o no en las prestaciones de hacer. Para CABANILLAS SÁNCHEZ «No parece posible aplicar la consignación a las obligaciones de hacer por la propia naturaleza de las cosas, salvo cuando las de hacer se resuelvan a la entrega de una cosa construida o reparada para el acreedor»[81]; también para NUÑEZ BOLUDA es difícil imaginar la consignación para las obligaciones de hacer, salvo si se piensa en un hacer que se resuelva en un dar[82]; para DE DIEGO LORA la consignación no es posible en las prestaciones de hacer porque no cabe el depósito[83]; si bien mantienen ALBALADEJO y MORENO QUESADA[84] que el deudor se libera, siguiendo el procedimiento fijado para la consignación, mediante resolución judicial en la que se declare que estuvo dispuesto a realizar la prestación, y en apoyo a dicha postura, ALBALADEJO afirma «que de otra forma, quedaría el deudor obligado mientras que viniese en gana al acreedor. Lo cual es contrario a toda razón, contrario al principio de *favor debitoris*, y contrario al precepto de que el cumplimiento de las obligaciones no puede quedar al arbitrio de una de las partes (CC art. 1256)». Consideramos que es posible la consignación en el caso de prestaciones de hacer que se resuelven con la entrega de la cosa hecha.

III. CESE DE LA MORA DEL ACREEDOR

Aunque la ley no establezca explícitamente las causas de extinción de la mora del acreedor, de la propia naturaleza de las cosas estas causas son:

1.º. Cuando la obligación se extingue, si la mora del acreedor requiere como presupuesto la existencia de una obligación, al extinguirse esta la mora del acreedor cesa. Así, la mora del acreedor cesa por la pérdida de la cosa por dolo o culpa del acreedor o por caso fortuito; por prescripción; por compensación; por confusión; por la aceptación de la consignación por el acreedor o la declaración judicial de que está bien hecha, retrotrayéndose el cese de la mora del acreedor al momento de la consignación, pero mientras el acreedor no acepte la consignación ni recaiga declaración judicial de que está bien hecha, el deudor podrá retirar la cosa o cantidad consignada, dejando subsistente la obligación, por lo que la mora no cesaría.

2.º. Cuando el acreedor acepta la prestación o está dispuesto a poner de su parte lo necesario para que pueda ser realizada[85], abonando el acreedor el importe de todos los gastos que haya tenido el deudor como consecuencia de estar el acreedor en mora, por ejemplo, los gastos de conservación y custodia de la cosa.

Cuando el acreedor moroso está dispuesto a aceptar la prestación ha de requerir al deudor para el cumplimiento de la obligación, en este caso la mora del acreedor cesa, y si el deudor no cumple será él el que incurra en mora. En este sentido se pronuncia la sentencia de 17 de enero de 2001 de la Audiencia Provincial de Valencia, en un caso de arrendamiento de local con opción de compra «si bien en principio existió el rechazo del acreedor al ofrecimiento del deudor, ello no libera al deudor del cumplimiento de su obligación ni extingue la misma, pues no implica realización de la prestación debida, a salvo que venga acompañada de la oportuna consignación conforme a los artículos 1176 y siguientes del Código Civil. Al no efectuarse tal vía, el señor M adeuda el precio de la compraventa, no queda liberado de la misma y habiendo sido requerido de pago por el acreedor, en todo caso y desde tal momento cesaría cualquier mora del acreedor».

3.º. «Cuando el acreedor y deudor fijen, de mutuo acuerdo, un momento ulterior para el cumplimiento, o el deudor, por su parte, conceda una moratoria al acreedor»[86].

4.º. Finamente, la mora del acreedor cesa mediante nueva oferta del deudor seguida de la aceptación del acreedor[87], correspondiendo al acreedor abonar los gastos por esta nueva oferta.

IV. CONCLUSIONES

I. El Código Civil no contiene una regulación general sobre la mora del acreedor, se refiere a ella en varios preceptos que junto a otros recogidos en el Código de Comercio y en leyes especiales, ponen de manifiesto que nuestro Derecho reconoce la figura de la mora del acreedor. El problema está en concretar su régimen jurídico, ya que los distintos preceptos solo lo contienen parcialmente y para casos concretos, habiendo sido la doctrina y la jurisprudencia las que han determinado su régimen jurídico, sobre todo en cuanto al concepto, los presupuestos, consecuencias y cese.

II. La mora del acreedor la podemos definir como el retraso en el cumplimiento de la obligación debido al rechazo, sin razón alguna, por parte del acreedor del ofrecimiento de pago que le hace el deudor, cuando la cooperación del acreedor es necesaria para el cumplimiento de la obligación, con independencia de la conducta culposa o no del acreedor.

III. Por lo que respecta a los presupuestos para la existencia de la mora del acreedor, la doctrina y la jurisprudencia vienen exigiendo los siguientes: una obligación vencida para cuyo cumplimiento haga falta el concurso del acreedor; la realización por el deudor de todo lo que conduce a la ejecución de la prestación, y, finalmente, la falta de cooperación por parte del acreedor sin justificación legal alguna al cumplimiento de la obligación. En cambio, no es un presupuesto para la existencia de la mora del acreedor la culpa del acreedor porque el acreedor no tiene una obligación de cooperar al cumplimiento sino una carga, de forma que las consecuencias de la mora del acreedor no se traducen en una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento culpable de una obligación, ni tampoco se precisa para la existencia de la mora del acreedor un requerimiento del deudor al acreedor para que coopere en el cumplimiento de la obligación.

IV. Respecto al momento en que se producen las consecuencias de la mora del acreedor, hemos de precisar, en primer lugar, cuándo el acreedor incurre en mora, incurre en mora por la falta de cooperación del acreedor en el cumplimiento de la obligación tras el ofrecimiento de pago realizado por el deudor, y desde este momento comienzan las siguientes consecuencias: impedir que el deudor incurra en mora, o si ya lo estaba, la excluye, dejando de devengarse intereses de demora; el liberar al deudor de la posible tacha de incumplimiento; se produce el desplazamiento del riesgo al acreedor de la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor. En cambio, otras consecuencias como el abono por parte del acreedor de los gastos de conservación y custodia de la cosa debida o la entrega de los frutos e intereses al acreedor comienzan cuando se generan una vez el acreedor en mora, y la consecuencia de la mora del acreedor de quedar el deudor liberado de responsabilidad tiene lugar cuando consigna la cosa debida.

V. Las consecuencias de la mora del acreedor se fundamentan en la idea de que el deudor no resulte perjudicado porque el acreedor, sin razón alguna, no

haya cooperado con el deudor para que este pudiera cumplir la obligación, así como en mantener, en lo posible, la integridad de la prestación a la que tiene derecho el acreedor.

VI. Una primera consecuencia de la mora del acreedor es que la obligación entre acreedor y deudor ha de subsistir para que pueda cumplirse tardíamente. La mora del acreedor no supone la extinción de la obligación, ya que el ofrecimiento de pago no es causa de extinción de la obligación, sino que es la consignación,

VII. La mora del acreedor impide que el deudor incurra en mora, en el supuesto de que todavía no hubiera incurrido, o, en el caso de que el deudor hubiera incurrido en mora, excluye la mora del deudor ya comenzada.

VIII. La mora del acreedor libera al deudor de las consecuencias del incumplimiento, de ahí que el acreedor no puede ejercitar la acción resolutoria, que el acreedor no puede enervar el ejercicio del derecho de retracto que le corresponde al deudor, o que le impida al arrendador desahuciar al arrendatario por impago de la renta.

IX. Otra consecuencia de la mora del acreedor es la relativa al desplazamiento del riesgo al acreedor de la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor. Estando el acreedor en mora, si la imposibilidad sobrevenida de la prestación se debe a dolo o culpa del deudor, él es el responsable; en cambio, cuando se debe a dolo o culpa del acreedor o caso fortuito, el deudor queda exonerado de cumplir la prestación.

X. Como en la mora del acreedor el vínculo obligatorio subsiste, otra consecuencia de la misma es que puede acarrear una serie de gastos al deudor debidos a la conservación y custodia de la cosa que deberán ser abonados por el acreedor, que no se hubieran generado si el acreedor no hubiera incurrido en mora. Entre estos gastos se incluyen los gastos de producción, el desplazamiento del deudor, de la maquinaria, la preparación de materiales, las primas de seguros que se hayan satisfecho, los gastos de almacenaje, o los gastos de asistencia y alimentación de ganados, siendo la doctrina variante sobre si el deudor puede retener en su poder la cosa hasta que el acreedor le reembolse de dichos gastos, ya que el derecho de retención no aparece contemplado en ninguno de los artículos en los que se hace referencia a la mora del acreedor.

XI. Otra consecuencia de la mora del acreedor es que el deudor ha de entregar al acreedor solo los frutos efectivamente producidos de la cosa durante la mora del acreedor.

XII. La mora del acreedor también incide en la obligación de pagar intereses. Tratándose de una obligación pecuniaria el deudor ha de pagar al acreedor intereses correspectivos mientras el acreedor esté en mora como contraprestación por el uso que el deudor hace del dinero del acreedor, si bien dichos intereses han de limitarse a los realmente percibidos por el deudor. En cambio, respecto a los intereses moratorios, el deudor está obligado a pagarlos si incurrió en mora, pero desde que el acreedor incurre en mora dejan de generarse dichos intereses.

XIII. Una última consecuencia de la mora del acreedor es la de liberar al deudor de la obligación consignando la cosa debida. Desde que el acreedor acepta la consignación o la autoridad judicial declara que está bien hecha, la deuda se extingue y el deudor queda totalmente liberado, pudiendo pedir que se mande cancelar la obligación y la garantía, en su caso, retrotrayendo dichos efectos al momento de la consignación de los bienes, nunca al momento del ofrecimiento de pago. La consignación se hará por el deudor o por un tercero, poniendo las cosas debidas a disposición del juzgado o del notario. La consignación de la cosa ha de ser íntegra e idéntica a la que constituye el objeto de la obligación. No

hay ninguna duda de que la consignación es posible en las prestaciones de dar bienes muebles, pero se discute si es posible en las prestaciones de dar bienes inmuebles y en las prestaciones de hacer.

XIV. Por lo que respecta a las causas por las que cesa la mora del acreedor, estas son: cuando la obligación se extinga por la pérdida de la cosa por dolo o culpa del acreedor o por caso fortuito, por prescripción, por compensación, por confusión o por la consignación de la cosa debida; cuando el acreedor acepta la prestación o está dispuesto a poner de su parte lo necesario para que pueda ser realizada; cuando el acreedor y deudor fijen, de mutuo acuerdo, un momento ulterior para el cumplimiento, o el deudor, por su parte, conceda una moratoria al acreedor, y por una nueva oferta del deudor seguida de la aceptación del acreedor.

V. RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 23 de marzo de 1929
- STS de 9 de julio de 1941
- STS de 12 de enero de 1943
- STS de 5 de junio de 1944
- STS de 4 de julio de 1944
- STS de 12 de marzo de 1946
- STS de 29 de abril de 1946
- STS de 23 de noviembre de 1946
- STS de 22 de marzo de 1947
- STS de 21 de junio de 1947
- STS de 25 de junio de 1948
- STS de 9 de enero de 1950
- STS de 9 de febrero de 1950
- STS de 11 de mayo de 1951
- STS de 2 de diciembre de 1953
- STS de 3 de octubre de 1955
- STS de 12 de junio de 1962
- STS de 22 de noviembre de 1962
- STS de 31 de octubre de 1968
- STS de 12 de junio de 1969
- STS de 8 de febrero de 1975
- STS de 26 de junio de 1978
- STS de 8 de junio de 1982
- STS de 27 de diciembre de 1982
- STS de 9 de febrero de 1985
- STS de 22 de marzo de 1985
- STS de 30 de mayo de 1986
- STS de 15 de junio de 1987
- STS de 29 de diciembre de 1995
- STS de 23 de febrero de 1996
- STS de 13 de mayo de 1996
- STS de 10 de junio de 1996
- STS de 7 de julio de 2006
- STS de 18 de octubre de 2007
- STS de 31 de marzo de 2010
- STS de 10 de junio de 2013

- STS de 3 de octubre de 2018
- STS de 17 de mayo de 2019
- STSJ de Navarra de 28 de junio de 1995

- SAP de Las Palmas de 17 de mayo de 1993
- SAP de Baleares de 10 de febrero de 1994, Sección 3.ª
- SAP de Ciudad Real de 20 de noviembre de 1996, Sección 1.ª
- SAP de Soria 24 de julio de 1998
- SAP de Málaga de 9 de noviembre de 1998
- SAP de Cáceres de 22 de julio de 1999, Sección 1.ª
- SAP de Pontevedra de 28 de febrero de 2000, Sección 5.ª
- SAP de Madrid 10 de enero de 2001, Sección 21.ª
- SAP de Valencia de 17 de enero de 2001
- SAP de Barcelona de 30 de marzo de 2001, Sección 14.ª
- SAP de Madrid de 31 de diciembre de 2001, Sección 11.ª
- SAP de Madrid de 12 de abril de 2012, Sección 10.ª
- SAP de Madrid de 20 de octubre de 2014, Sección 14.ª
- SAP de Madrid de 10 de diciembre de 2015, Sección 14.ª

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008). *Derecho Civil*, T. II, vol. 1.º, *Derecho de Obligaciones*, Barcelona.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1956). *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R. y VALLADARES RASCÓN, E. (1980). Comentario al artículo 1452, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, T. XVI, Vol. 1.º, 279-289.

CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992). *La mora del acreedor*, Barcelona.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987). La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1341-1422.

— (1988). *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*, Madrid.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. (1978) *La mora,* Madrid.

— (1990) *La retención de cosa ajena*, Barcelona.

CANO MATA, A. (1969). La consignación, *Anuario de Derecho Civil*, 753-775.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1978). *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. III.

CATTANEO, G. (1973). La mora del creditore, en *Commentario del Codice Civile,* dirigido por A. Scialoja y G. Branca, Bolonia-Roma.

CRISTOBAL MONTES, A. (1986). *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid.

DE DIEGO LORA, C. (1952). *La consignación judicial*, Barcelona.

DÍEZ PICAZO, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1995). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid.

— (2001). *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid.

ENNECCERUS, L. (1954). *Tratado de Derecho Civil*, T. II, vol, 1.º, 2.ª ed., traducida por Pérez González y Alguer, Barcelona.

EYRE VALERA, F. (1946). Notas referentes al pago de las obligaciones por consignación judicial, *Revista Jurídica de Cataluña*, julio-agosto, 21-65.

FALZEA, A. (1947). *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milán.

GARCÍA CANTERO. G. (1991). Comentario al artículo 1452, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, T. XIX, Madrid, 77-92.
— (1991). Comentario al artículo 1505, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, T. XIX, Madrid, 471-478.
GARCÍA GOYENA, F.L. (1974). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza.
GARCÍA PASTOR, M. (1999). La mora en las obligaciones recíprocas: una nueva propuesta, *Revista de Derecho Privado*, 579-595.
GONZÁLEZ PORRAS, J.M. (1991). Comentario al artículo 1185, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, T. XVI-1.º, Madrid, 353-363.
GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1999). El vigente régimen de la resolución del inquilinato por incumplimiento de la obligación de pago de la renta. *Aranzadi Civil,* núm. 3, 2271-2288.
LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (2011). *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1.º, *Derecho de obligaciones*, Barcelona.
LAMARCA MARQUÉS, A. (2001). *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia.
LARENZ, K. (1984). *Lehrbuch des Schuldrechts*, T. I, Munich.
LINARES NOCI, R. (1989). Algunas consideraciones sobre el ofrecimiento de pago, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 413-447.
LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012). *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid.
LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. (1994). *Mora debitoris*, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio, *Anuario de Derecho Civil*, 5-29.
LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. (2016). Ofrecimiento de pago y consignación. *Notariado,* núm. 66.
LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1986). Comentario al artículo 1589, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, T. XX-3.º, Madrid, 263-269.
— (1986). Comentario al artículo 1590, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, T. XX-3.º, Madrid, 269-273.
MORENO QUESADA, B. (1976). Problemática de las obligaciones de hacer, *Revista de Derecho Privado*, 467-502.
MOREU BALLONGA, J.L. (2006). El artículo 1452, párrafo 3.º, del Código Civil y la mora del acreedor, en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez,* 489-538.
NART. I. (1951). Pago por consignación, *Revista de Derecho Privado*, 207-214.
NATOLI. U. y BIGLIAZZI-GERI, L. (1975). *Mora accipiendi e mora debendi*, Milán.
NUÑEZ BOLUDA, M.ª D. (1982). Notas para un estudio sobre la consignación, *Revista General de legislación y Jurisprudencia,* 179-192.
PASCUAL ESTEVILL, L. (1986). *El pago*, Barcelona.
PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J. (1954). *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus y Lehmann*, vol. 1.º, Barcelona.
SABATER BAYLE, E. (1989). Contribución al estudio de la mora del acreedor, *Actualidad Civil,* 1997-2025.
SCUTO, M. (1905). *La mora creditore*, Catania.

TONDO, M (1970). Obbligazione in generale, adempimento e mora del creditore, artículos 1173-1217, en *Commentario teorico-practico al Códice Civile*, Roma.
VAQUER ALOY, A. (1997). *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid.
— (2019), *El ofrecimiento del pago*, Argentina.

NOTAS

[1] CABALLERO LOZANO, J.M. (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 14.

[2] PASCUAL ESTEVILL, L. (1986) *El pago*, Barcelona, 366-367.

[3] ENNECCERUS, L. (1954) *Tratado de Derecho Civil,* T. II, vol, 1.º, 2.ª ed., traducida por Pérez González y Alguer, Barcelona, 290.

[4] NATOLI U. y BIGLIAZZI-GERI, L. (1975) *Mora accipiendi e mora debendi*, Milán, 29.

[5] El Código Civil español no hace referencia a la distinción entre ofrecimiento real y ofrecimiento verbal, de aquí que CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 189 y 190, mantenga que «la oferta real es, como regla general, la procedente en las obligaciones cuya prestación sea un objeto de entregar en el domicilio del acreedor. En este tipo de oferta se incluyen las prestaciones de dar o de hacer que se resuelven en un dar, cuando el acreedor ha de esperar, primero, y recibir o aceptar, después, la cosa que se le entregará en su domicilio, que obviamente, tendrá el carácter de mueble. La oferta verbal, en cambio, procede en los siguientes casos: dar cosas muebles en lugar distinto al domicilio o establecimiento del acreedor; entregar bienes inmuebles; obligaciones que consisten en un puro hacer del deudor; obligaciones de hacer que se resuelven en un dar o viceversa, si lo que omite el acreedor es la cooperación en el hacer del deudor; cooperación previa o preliminar del acreedor, tanto en las de dar como en las de hacer. Como puede verse, este tipo de oferta suple la imposibilidad de la oferta real». Junto a estos supuestos de oferta verbal, estaría el caso de que el acreedor manifestara anticipadamente su rechazo a recibir la prestación.

[6] Afirma CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 240, que «La doctrina italiana considera que el precepto citado establece una *condictio iuris* de eficacia de la oferta, representada por la sentencia de convalidación de la oferta formal o la sucesiva aceptación de esta por parte del acreedor; los efectos se retrotraen al día en que se agota el procedimiento en que se desarrolla la oferta», y cita, dentro de la doctrina italiana a: NATOLI. U. y BIGLIAZZI-GERI, L. (1975) *Mora accipiendi e mora debendi,* Milán, 137 y 113 y sigs.; TONDO, M. (1970) Obbligazione in generale, adempimento e mora del creditore, Articulos 1173-1217, *en Commentario teorico-practico al Códice Civile*, Roma, 466; FALZEA, A. (1947) *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milán, 271.

[7] En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J. (1978) *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. III, Madrid, 206, nos dice que «los efectos parecen fundarse en el principio de que el deudor no debe sufrir perjuicio por la mora del acreedor»

[8] CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 243.

[9] CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987) «La mora del acreedor», *Anuario de Derecho Civil*, 1393.

[10] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008) *Derecho Civil*, T. II, vol.1.º, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 160.

[11] CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 243.

[12] CATTANEO, G. (1973) «La mora del creditore», en *Commentario del Codice Civile*, dirigido por A. Scialoja y G. Branca, Bolonia-Roma, p 53.

[13] CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1988) *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*, Madrid, 49.

[14] CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987) La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1416.

[15] SABATER BAYLE, E. (1989) Contribución al estudio de la mora del acreedor, *Actualidad Civil*, 2017.

[16] LAMARCA MARQUÉS, A. (2001) *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia, 95 y 96.

[17] DÍEZ PICAZO, L. (1996) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 602: «La mora del acreedor compensa y excluye la mora del deudor. Aunque el deudor se encuentre retrasado en el cumplimiento, el retraso deja de serle imputable»; CASTÁN TOBEÑAS, J. (1978) *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. III, Madrid, 206: «La mora del acreedor excluye la del deudor»; VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, 122: «el ofrecimiento impide o extingue la *mora solvendi*»; LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, (2011) *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1.º, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 183; CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987) La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1393; SABATER BAYLE, E. (1989) Contribución al estudio de la mora del acreedor, *Actualidad Civil*, 2016: uno de los efectos propios de la situación de *mora accipiendi* es que: «La *mora accipiendi* excluye la *mora solvendi*»; LAMARCA MARQUÉS, A. (2001) *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia, 97 y 98: La mora del acreedor tiene también la virtualidad de hacer cesar la mora del deudor; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012) *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 469: «Entre otras consecuencias, la constitución en mora del acreedor traerá consigo: 1. Que el retraso en cumplimiento no hará nacer (o hará desaparecer) la mora del deudor».

[18] CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. (1978) *La mora,* Madrid, 87.

[19] CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992*) La mora del acreedor*, Barcelona, 281.

[20] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008) *Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 161.

[21] Sobre la mora en las obligaciones recíprocas ver: GARCÍA PASTOR, M. (1999) La mora en las obligaciones recíprocas: una nueva propuesta, *Revista de Derecho Privado*, 579-595.

[22] Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1962, de 12 de junio de 1962, de 31 de octubre de 1968, de 12 de junio de 1969, de 27 de diciembre de 1982, de 30 de mayo de 1986, de 23 de febrero de 1996, de 8 de noviembre de 2004, de 18 de octubre de 2007, de 3 de octubre de 2018, de 17 de mayo de 2019, sentencia de 28 de junio de 1995 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra; o sentencias de 10 de febrero de 1994 de la Audiencia Provincial de Baleares, de 9 de noviembre de 1998 de la Audiencia Provincial de Málaga, de 22 de julio de 1999 de la Audiencia Provincial de Cáceres o de 30 de marzo de 2001 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

[23] VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, 114 y sigs.; CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987). La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1394 y sigs.; SABATER BAYLE, E. (1989). Contribución al estudio de la mora del acreedor, *Actualidad civil*, 2017 y sigs.; CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 286 y sigs. LAMARCA MARQUÉS, A. (2001). *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia, 96 y 97.

[24] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008) *Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 161.

[25] DÍEZ PICAZO, L. (1996) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 602.

[26] CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. (1978) *La mora,* Madrid, 87 y 88.

[27] LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, (2011) *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1.º, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 183.

[28] CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 287.

[29] En el mismo sentido se pronuncia GARCÍA CANTERO. G. (1991) «Comentario al artículo 1505, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, T. XIX, Madrid, 476: Se trata de dos posibles actitudes, cada una de la cuales, por separado, da origen a la resolución automática del contrato; o bien el comprador no colabora con el vendedor en la entrega o bien no paga, es decir, incurre en mora en un doble concepto o bien no se ha presentado a recibir la cosa, o bien, presentándose, no ha ofrecido al mismo tiempo el precio.

[30] GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1999) El vigente régimen de la resolución del inquilinato por incumplimiento de la obligación de pago de la renta *Aranzadi Civil*, núm. 3, 2282 y 2283.

[31] VAQUER ALOY, A. (2019) *El ofrecimiento de pago*, Argentina, 85.

[32] LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1986) Comentario al artículo 1589, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, T. XX-3.º, Madrid, 268, mantiene que el dueño incurre en mora «Cuando transcurre el plazo

fijado para la entrega de la obra y, ultimada esta por el contratista y puesta a disposición del dueño, no la acepta este sin motivo».

[33] MOREU BALLONGA, J.L. (2006) El artículo 1452, párrafo 3.º, del Código Civil y la mora del acreedor, en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, 497, mantiene que «contra lo que habitualmente se explica, la mora a que alude el artículo 1452, párrafo 3.º, no es un retraso del comprador en recoger la cosa comprada que se le ha ofrecido ya o puesto a su disposición, lo que resulta en principio inconcebible si se ha de tratar, como en el claro sentido literal del precepto, de una obligación genérica todavía no especificada y pendiente todavía de la *mensura*, sino, como en uno de los dos supuestos regulados en la Ley de Partida 5.ª.5.24, una incomparecencia a tiempo del comprador a las operaciones especificatorias de separación bilateral cuando estas hubieran sido expresamente pactadas al perfeccionarse la venta»; GARCÍA CANTERO, G. (1991). Comentario al artículo 1452, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, T. XIX, Madrid, 89, sostiene que «Para las fungibles que se pesan. Cuentan o miden, la realización de cada una de estas operaciones supone la transformación de la obligación en específica, y a partir de ese momento *res perit emptori*; en esta última hipótesis, la mora del comprador lleva aparejada la automática asunción del riesgo».

[34] En este sentido: CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987) La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1402 y sigs., después de destacar algunos precedentes históricos, sostiene que no se precisa la consignación para que el acreedor moroso soporte el riesgo del perecimiento fortuito de la cosa debida, según se desprende de las aplicaciones concretas que aparecen en los artículos 1185, 1452, último párrafo, 1589 y 1590 del Código Civil; VAQUER ALOY, A. (2019) *El ofrecimiento del pago*, Argentina, 100: En cuanto al vigente Código Civil español, proporciona suficientes argumentos para defender que el desplazamiento del riesgo de perecimiento de la cosa debida debe ligarse al ofrecimiento —en tanto que constituye en mora al acreedor— y no a la consignación; GONZÁLEZ PORRAS, J.M. (1991). Comentario al artículo 1185, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, T. XVI-1.º, Madrid, 363: la falta de cooperación del acreedor implica el que el riesgo de pérdida del objeto se desplace al acreedor, no siendo, en mi opinión, indispensable que se realice la consignación.

[35] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008) *Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 160; DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2001) *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 205: Se modifica el sistema normal del riesgo por la pérdida de la cosa o por la imposibilidad sobrevenida fortuita, que pasa a cargo del acreedor; VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, 130 y sigs.; LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, (2011) *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1.º, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 183; CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987) La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1402 y sigs.; SABATER BAYLE, E. (1989) Contribución al estudio de la mora del acreedor, *Actualidad Civil*, 2019 y sigs.: El ofrecimiento (presupuesto para la *mora accipiendi*) transfiere los riesgos de la cosa al acreedor; CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 256 y sigs.; LAMARCA MARQUÉS, A. (2001) *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia, 98 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS, J. (1978) *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. III, Madrid, 206 y 207: Pasa a cargo del acreedor el riesgo o caso fortuito que pesase antes sobre el deudor. —aunque no existe en nuestro Código una regla general en este sentido, se infiere así de los artículos 1185 (relativo al caso de deuda procedente de delito o falta), 1452, párrafo 3.º (compraventa) y 1589 (arrendamiento de obra); LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012) *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 469: Entre otras consecuencias, la constitución en mora del acreedor traerá consigo: 3. Que, en general, la imposibilidad sobrevenida de la prestación sin culpa del deudor operará en perjuicio del acreedor, quien —pese a no recibir la prestación habrá de cumplir con las obligaciones que tuviera para con el deudor: GONZÁLEZ PORRAS, J.M. (1991) Comentario al artículo 1185, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, T. XVI-1.º, Madrid, 362: ofrecida por el deudor la cosa al que la debía recibir y negándose sin razón a recibirla (son palabras del art. 1185 CC), se produce un desplazamiento de los riesgos de pérdida de la cosa debida.

[36] De igual modo, CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 261 y 262.

[37] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008) *Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 160 y 161. También LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1986) Comentario al artículo 1590, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, T. XX-3.º, Madrid, 272, mantiene que el dueño ha de probar que la pérdida o destrucción ha sobrevenido no por caso fortuito, sino por culpa del contratista.

[38] CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 269.

[39] Así lo entienden también: PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J. (1954) en Enneccerus, L. *Tratado de Derecho Civil,* T. II, vol, 1.º, 2.ª ed., Barcelona, 248; y Moreno Quesada, B. (1976) Problemática de las obligaciones de hacer, *Revista de Derecho Privado*, 488; LAMARCA MARQUÉS, A. (2001) *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia, 100: «Para el caso en que la imposibilidad fortuita de una prestación se dé durante la mora del acreedor, el deudor quedará libre de toda responsabilidad y, si se trata de una relación obligatoria recíproca, el vínculo se mantiene y el riesgo de la pérdida fortuita es a cargo del acreedor, teniendo el deudor derecho a la contraprestación prevista»

[40] CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 270.

[41] CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 276.

[42] Tradicionalmente la doctrina mayoritariamente era partidaria del ofrecimiento de pago realizado por un tercero: CRISTÓBAL MONTES, A. (1986) *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 200-201: «en nuestro sistema, el tercero puede realizar el pago con conocimiento, sin noticia y aun contra la expresa voluntad del deudor (art. 1158 CC), y si puede cumplir la prestación debida no se alcanza a ver cómo se le puede prohibir o coartar la realización de un simple acto formal tendente a conformar un subrogado del cumplimiento, aunque solo fuera por simple apelación al principio ad maiori ad minus»; VAQUER ALOY, A. (2019) *El ofrecimiento de pago*, Argentina, 58: admite la legitimación del tercero salvo cuando la prestación tenga carácter personalísimo y atendiendo en todo momento a la infranqueabilidad del nivel de la designación de la prestación; CANO MATA, A. (1969) La consignación, *Anuario de Derecho Civil*, 758-760; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1995) *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 189; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, R. y VALLADARES RASCÓN, E. (1980) Comentario al artículo 1176 en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart, T. XVI, Vol. 1.º, 285; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008) *Derecho Civil*, T. II, vol.1.º, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 165.

[43] LINARES NOCI, R. (1989) Algunas consideraciones sobre el ofrecimiento de pago, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 415 y 416, mantiene que tratándose de obligaciones genéricas de dar, «no parece, en principio, obstáculo alguno para que sea un sujeto distinto del deudor el que pueda, si lógicamente se cumplen los demás requisitos, llevar a cabo el ofrecimiento de pago al acreedor con cosas pertenecientes al género al que se refiere la obligación constituida, que no podrá ser, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1167 del CC, caso de no haberse expresado la calidad y circunstancias, de la calidad inferior…cuando el ofrecimiento de pago lo realice un tercero, el mismo supone, si está bien hecho, una especificación del género con el que se había de cumplir la obligación, por cuanto: 1. Si el ofrecimiento de pago resultó adecuadamente ejecutado y el acreedor lo rechaza, este se colocará en mora».

[44] CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 280.

[45] CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 280 y 281.

[46] CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987) La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1409.

[47] GARCÍA GOYENA, FL (1974) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 595.

[48] LAMARCA MARQUÉS, A. (2001) *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia, 110.

[49] CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987) La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1412. Igual razonamiento mantiene LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, (2011) *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1.º, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 183.

[50] SABATER BAYLE, E. (1989) Contribución al estudio de la mora del acreedor, *Actualidad Civil*, 2022.

[51] LARENZ, K. (1984) *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, Munich, 368 y 369.

[52] CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987) La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1412.

[53] CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 305.

[54] LAMARCA MARQUÉS, A. (2001) *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia, 110.

[55] PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J. (1954) en Enneccerus, L. *Tratado de Derecho Civil*, T. II, vol, 1.º, 2.ª ed., Barcelona, 301.

[56] CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987) La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1415 y 1416.

[57] CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 323.

[58] CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. (1990) *La retención de cosa ajena*, Barcelona, 44, 45 47 y 54.

[59] CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 290 y 291.

[60] CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 292.

[61] LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, (2011) *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1.º, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 104.

[62] CASTÁN TOBEÑAS, J. (1978) *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. III, Madrid, 207, mantiene, por el contrario, «que desde que se hace la consignación se extingue la obligación de pagar intereses (sentencia de 12 de junio de 1969)».

[63] CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987) La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1399.

[64] LAMARCA MARQUÉS, A. (2001) *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia, 109.

[65] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012) *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 469.

[66] VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, 127.

[67] EYRE VALERA, F. (1946), Notas referentes al pago de las obligaciones por consignación judicial, *Revista Jurídica de Cataluña*, julio-agosto, 28.

[68] VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, 127.

[69] CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 298 y 299.

[70] LAMARCA MARQUÉS, A. (2001) *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia, 109.

[71] La doctrina también ha recogido esta consecuencia de la mora del acreedor: ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008) *Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2011, 161; DÍEZ PICAZO, L. (1996) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 602 «El deudor en la prestación de dar puede quedar liberado de la obligación mediante la consignación»; VAQUER ALOY, A. (1997) *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*, Madrid, pp.135 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS, J. (1978) *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. III, Madrid, 207, «El deudor puede obtener su total liberación mediante la consignación de la cosa debida». LAMARCA MARQUÉS, A. (2001) *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia, 111 y sigs.; CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 327 y sigs.; CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987) La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1416 y sigs.; SABATER BAYLE, E. (1989) Contribución al estudio de la mora del acreedor, *Actualidad Civil*, 2017.

[72] LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012) *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 469, mantiene que «El ofrecimiento de pago es un presupuesto lógico de la consignación y, además, un modo razonable de evitar consignaciones injustificadas ante la autoridad judicial».

[73] En igual sentido se pronuncian: CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987) La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1418: «Esta eficacia liberatoria de la consignación no parece que pueda extenderse más allá del momento en que tuvo lugar la práctica del depósito, sin que a tenor de los artículos 1.176 y 1.117 del Código Civil exista base para retrotraer su eficacia al momento del ofrecimiento de pago»; y LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. (2016) Ofrecimiento de pago y consignación *Notariado*, núm. 66: «los efectos de la consignación se producen cuando esta es declarada bien hecha por el juez o se acepta por el acreedor,

pero los mismos se retrotraen al momento en que los bienes se hubiesen consignado, ya que la dilación no puede ser imputable al deudor sino que debía ser imputable al retraso en la recepción por el acreedor».

[74] Sobre la devaluación monetaria en caso de mora ver: LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. (1994). *Mora debitoris*, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio, *Anuario de Derecho Civil*, 5-29.

[75] CASTÁN TOBEÑAS, J. (1978). *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. III, Madrid, 374 y 375.

[76] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1956). *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 510.

[77] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008). *Derecho Civil*, T. II, vol.1.º, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 163 y 164.

[78] NART. I. (1951). Pago por consignación, *Revista de Derecho Privado,* 213.

[79] CANO MATA, A. (1969) La consignación, *Anuario de Derecho Civil*, 761.

[80] LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. (2016) Ofrecimiento de pago y consignación *Notariado*, núm. 66.

[81] CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1987). La mora del acreedor, *Anuario de Derecho Civil*, 1421.

[82] NUÑEZ BOLUDA, M.ªD. (1982) Notas para un estudio sobre la consignación, *Revista General de legislación y Jurisprudencia,* 187.

[83] DE DIEGO LORA, C. (1952) *La consignación judicial*, Barcelona, 74.

[84] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008) *Derecho Civil*, T. II, vol.1.º, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 167 y 168; MORENO QUESADA, B. (1976) Problemática de las obligaciones de hacer, *Revista de Derecho Privado,* 484.

[85] M. ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008) *Derecho Civil*, T. II, vol.1.º, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 163.

[86] CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 342 y 343.

[87] Así lo entiende CABALLERO LOZANO, J.M.ª (1992) *La mora del acreedor*, Barcelona, 342 y 343, siguiendo a SCUTO, M. (1905) *La mora creditore*, Catania, 246.

1.6. Responsabilidad civil

La responsabilidad civil en la cirugía estética

Civil Liability in Plastic Surgery

por

ESTHER MONTERROSO CASADO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad a Distancia de Madrid

RESUMEN: El presente trabajo aborda la doctrina jurisprudencial relativa a la delimitación de la responsabilidad civil en los daños causados por mala praxis médica en los supuestos de cirugía estética. Serán objeto de análisis la normativa aplicable y las cuestiones jurídicas que son objeto de mayor controversia judicial, entre otras, el contenido y la extensión del deber de información sobre los riesgos de la intervención y las consecuencias de su incumplimiento, la naturaleza jurídica de la obligación y su evolución jurisprudencial en relación a la obligación de medios, y la teoría del daño desproporcionado como presunción de culpa del cirujano, salvo prueba en contrario.

ABSTRACT: This paper analyzes the jurisprudential doctrine regarding the delimitation of the civil liaility in the damages caused by medical malpractice in plastic surgery. For this, the applicable regulations and the legal issues of greatest judicial controversy such as: the extension of the duties of information on the risks of the intervention and the consequences of the breach of that duty, the legal nature of the obligation and its jurisprudential evolution in relation to the obligation to provide means, and the theory of disproportionate harm as presumption of malpractice of the surgeon unless proven otherwise.

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad médica. Cirugía estética. Consentimiento informado. Obligación de medios. Obligación de resultados.

KEY WORDS: Medical liability. Plastic surgery. Informed consent. Obligation to provide means. Obligation to produce results.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLE AL CIRUJANO Y AL CENTRO DE CIRUGÍA ESTÉTICA: 1. La responsabilidad civil contractual. 2. La responsabilidad civil extracontractual. 3. La responsabilidad civil en el derecho de consumo.—III. LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN CIRUGÍA ESTÉTICA: 1. La mastopexia como caso relevante de responsabilidad. 2. Análisis de la STS de 30 de noviembre de 2021. —IV. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA.—V. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA: OBLIGACIÓN DE MEDIOS FRENTE A RESULTADOS.—VI. LA TEORÍA DEL DAÑO

DESPROPORCIONADO EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA.—VII. CONCLUSIONES. —VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Las intervenciones de cirugía estética pueden tener beneficios para aquellas personas que buscan cambiar algún aspecto de su físico que les hace sentir incómodas, pero a veces esconden un deseo de aceptación social o lograr un modelo de belleza autoimpuesto, intentando unas veces corregir algún aspecto, otras una necesidad interna de mantener o afianzar una buena imagen, o simplemente tratar de evitar el natural envejecimiento. No son pocas las ocasiones en las que las personas, en esa búsqueda de la continua y deseada belleza exterior, no son conscientes (o a pesar de serlo) de los riesgos de estas operaciones que, en muchos casos, van más allá de unos molestos efectos secundarios. Las consecuencias de estas intervenciones pueden dar lugar no solo a unos resultados insatisfactorios, sino también a lesiones y secuelas, e incluso, en el peor de los casos, conllevar el fallecimiento del sujeto, que desgraciadamente termina sacrificando su vida por una imagen. Es posible que nos venga, entonces, a la mente el sumamente bello Narciso, de la mitología griega, que terminó ahogado en su autocontemplación, al enamorarse de su propia imagen reflejada en el agua.

En este trabajo abordaremos las consecuencias jurídicas que entraña ese resultado en la responsabilidad civil de los sujetos intervinientes, analizando los aspectos más relevantes que la jurisprudencia tiene en cuenta para estimar la existencia o no de dicha responsabilidad. Para ello, en primer lugar, se delimitará la normativa aplicable en la responsabilidad imputable al cirujano y al centro médico. A continuación, tomando como referencia la STS de 30 de noviembre de 2021, se analizarán los aspectos que resultan más relevantes en las reclamaciones judiciales por daños derivados de una cirugía estética: el defecto de información sobre los riesgos de la intervención; la naturaleza jurídica de la obligación, si es de medios o de resultados; y la teoría del daño desproporcionado.

II. LA DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLE AL CIRUJANO Y AL CENTRO DE CIRUGÍA ESTÉTICA

A la hora de delimitar la responsabilidad por los daños causados en una intervención quirúrgica estética debemos establecer el ámbito de actuación en el que nos encontramos y si resultan aplicables las reglas generales de responsabilidad civil o el derecho de consumo, teniendo en cuenta que los criterios de imputación de la responsabilidad difieren en la responsabilidad civil contractual, extracontractual, por productos defectuosos y por la prestación de servicios sanitarios.

1. La responsabilidad civil contractual

La responsabilidad civil contractual tiene su presupuesto en el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato en la relación médico-paciente, que se fundamenta en un acuerdo de voluntades, concretamente,

en un contrato de servicios médicos celebrado entre el sujeto que desea someterse a una intervención para corregir un aspecto físico de su cuerpo y el centro médico privado donde generalmente se realizan, con carácter general, este tipo de intervenciones, y por cuyo incumplimiento se genera una responsabilidad civil. Precisamente, mediante cláusulas contractuales se va determinando el contenido de la prestación y del servicio médico, con el alcance y delimitaciones de su cumplimiento. De tal forma que dicha responsabilidad procederá si la inobservancia e incumplimiento se deriva de la falta de realización de la intervención de cirugía estética o la deficiente e incompleta ejecución de la prestación pactada en las condiciones previstas en el contrato, y sujetas a las reglas de temporalidad, identidad, integridad. Por este motivo, se indica que este régimen de responsabilidad contractual se rige por el criterio de la llamada culpa contractual, que consiste en una omisión de la diligencia (propia o de los dependientes) que impide el cumplimiento normal de una obligación[1]. Bajo esta premisa, se responde por el mero incumplimiento, resultando de aplicación lo pactado por las partes y, en segundo lugar, las disposiciones establecidas en el artículo 1101 y siguientes del Código Civil (CC), que imponen la indemnización de los daños y perjuicios causados a «los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas».

Respecto a la prueba, el paciente que contrata esa cirugía solo necesitará acreditar el incumplimiento de la obligación, mientras que el deudor deberá probar las causas por las que el incumplimiento no le es imputable. No obstante, no basta con el mero incumplimiento, sino que es necesario que se hayan producido daños y que estos se acrediten por parte de quien los reclama. Los daños y perjuicios, a cuya indemnización obliga todo incumplimiento contractual culpable, son no solamente los materiales o económicos, en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante (art. 1106 CC), sino también los daños morales que directamente se deriven de aquel y que, en el caso de resultados claramente inestéticos de la intervención, podrían tener relevancia.

Esta acción de responsabilidad contractual puede tener su origen en un arrendamiento de servicios, que será lo habitual, o de obra, si así se pacta, y por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto (art. 1544 CC). De este modo, en la cirugía estética hay que tener presente que no siempre la relación existente será la de arrendamiento de servicios ya que es posible encontrarnos en algún supuesto ante un contrato de ejecución de obra (*locatio conductio operis*), en el que cirujano o la clínica que suscriben el contrato se comprometería con el cliente a realizar una obra o un trabajo determinado mediante el pago de un precio, de este modo, se requeriría la consecución de un resultado esperado. En este caso, la responsabilidad tendrá lugar por no realizarse el resultado pactado ya que se promete un resultado y su buena ejecución técnica. La anterior jurisprudencia situaba a la cirugía estética en mayor medida dentro de la obligación de resultado del contrato de obra[2], sin embargo, como veremos, a menos que expresamente se determine de ese modo, actualmente se considera como un arrendamiento de servicios. La diferencia entre uno y otro tiene trascendencia, en la naturaleza de la obligación que se origina.

2. La responsabilidad civil extracontractual

La responsabilidad civil extracontractual en el ámbito médico tiene su origen en la causación de un daño sin que medie una relación contractual previa o, preexisiendo esta, sea ajeno a ese ámbito porque el contrato se haya celebrado con la persona que realiza la actuación, como sucede con el cirujano cuando el paciente suscribe un contrato con la clínica o el centro médico, y es esta la que encomienda la intervención a un especialista, sea o no su empleado.

Debido a esta ausencia de relación contractual, la responsabilidad nace por transgredir no una obligación, sino un deber genérico de conducta: no lesionar los derechos e intereses de otro. En este caso, se aplican, con carácter general, las normas establecidas en el artículo 1902 y siguientes del Código Civil, así como las leyes especiales existentes en la materia. El plazo de prescripción será de un año desde el conocimiento del daño (art. 1968 CC), frente al plazo establecido en el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual, que es de cinco años (art. 1964 CC).

Aunque la culpa o negligencia constituye el criterio principal de imputación respecto a la responsabilidad por hecho propio, es preciso analizar si, ante la ausencia de una normativa de responsabilidad civil específica en esta materia, existe una interpretación judicial que, aunque parta de este criterio, lo diluya de tal forma que se acerque a una imputación más objetiva de la responsabilidad, en qué medida y bajo qué presupuestos. Estos aspectos serán analizados cuando abordemos las resoluciones jurisprudenciales sobre la materia.

3. La responsabilidad civil en el derecho de consumo

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU), ampara a los perjudicados como consecuencia de los daños causados por productos defectuosos y de los daños causados por otros bienes y servicios.

En relación a la prestación de servicios, el artículo 147 del TRLGDCU acude al criterio de la responsabilidad por culpa del prestador del servicio derivados del incumplimiento de las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos, y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio. Sin embargo, a continuación, el artículo 148 recoge un régimen especial de responsabilidad objetiva, siempre que se haga un correcto uso de los servicios, de aquellos cuya «propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecidos, incluya necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario»; y, por otro lado, establece un elenco de servicios que, en todo caso, tendrán dicha consideración, entre los que se encuentran los servicios sanitarios. La justificación de este régimen deriva de las características que deben reunir dichos servicios, estableciendo una obligación de garantía; de manera que la responsabilidad surge por el incumpliendo de estas garantías (de eficacia o seguridad) y controles (técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad).

De esta manera, podría resultar de utilidad esta normativa a la hora de imputar responsabilidad en la prestación de un servicio de cirugía estética por parte de una clínica o centro médico. Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad profesional del cirujano se rechaza la aplicación de la normativa específica en materia de consumo y, por lo tanto, el criterio de imputación de la responsabilidad objetiva. En este sentido, la STS de 24 de mayo de 2012 recoge la reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala que «ha venido admitiendo la invocación de los preceptos de la Ley de Consumidores y Usuarios por el defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios, si bien advierte que los criterios de imputación de la expresada ley deben proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario, sin alcanzar los daños imputables directamente a los actos médicos». Por consiguiente, la responsabilidad establecida en la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS de 4 de marzo de 2013, 5 de enero y 26 de abril de 2007). En términos similares, en relación a la aplicación de esta legislación, se manifiestan las SSTS de 29 de junio y 3 de julio de 2013, indicando que «este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*». En este contexto, el criterio de imputación de la responsabilidad del cirujano seguirá siendo subjetivo.

Del mismo modo, en los casos de responsabilidad por daños causados por un producto sanitario defectuoso utilizado en la prestación del servicio, supongamos en el caso de prótesis mamarias o en el instrumental quirúrgico, al productor se le aplica el régimen de responsabilidad contenido en la TRLGDCU (arts. 137 y sigs.), mientras que al cirujano solo se le imputará la responsabilidad si contraviene la *lex artis* sin que pueda ser tampoco declarado responsable de los daños ocasionados por un producto sanitario defectuoso.

III. LAS RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN CIRUGÍA ESTÉTICA

1. La mastopexia como caso relevante de responsabilidad

Un reciente estudio, elaborado por el Colegio de Médicos de Barcelona y la Cátedra de Responsabilidad Profesional Médica y Medicina Legal de la UAB, ha puesto de relieve que la mastopexia (procedimiento quirúrgico para elevar y mejorar la forma de las mamas caídas) constituye uno de los actos más comunes en cirugía estética de mayor litigiosidad, donde se concluye que el defecto de información, así como la estimación jurídica de una obligación de medios o de resultados, son elementos clave en este tipo de reclamaciones[3]. Sin embargo, en el análisis no se tiene en cuenta la evolución jurisprudencial relativa a la naturaleza de la obligación de estas intervenciones ni tampoco que las clínicas en los últimos años han ido ampliado sus documentos de información, con un mayor número de cláusulas y advertencias sobre los riesgos, para que la mera firma no termine siendo de adhesión a la expectativa de ese resultado que se vende y evitar, al menos formalmente, que queden relativizados los riesgos u obviados los posibles resultados insatisfactorios en la información suministrada por la clínica

o el cirujano. No obstante, la realidad de cómo se llevan a cabo estas prácticas, en muchos casos, tendría que dar lugar a un específico estudio y a una posible reflexión que, sin duda, supera los límites de este trabajo.

Respecto a la praxis médica, las contracturas capsulares, infecciones post-operatorias, así como los perjuicios antiestéticos (cicatrices marcadas, asimetría o ptosis acentuada) constituyen las causas más comunes. En la mayoría de los casos la reclamación por dicha actuación va acompañada de un reproche por defecto de información, por lo que los tribunales a veces condenan a abonar una indemnización (concretamente, en casi la mitad de los casos analizados) por un defecto en la información suministrada al paciente, aunque siempre existiera un documento de consentimiento informado.

2. Análisis de la STS de 30 de noviembre de 2021

Precisamente, uno de estos casos que constituyen un ejemplo de este tipo de supuestos y donde se observa la disparidad de criterio de los órganos judiciales es el resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre 2021, recurso 5955/2018, que estima el recurso de casación interpuesto ante la resolución de la Audiencia Provincial, Sección 4.ª, de 17 de octubre de 2018, absolviendo a la clínica demandada en un caso de cirugía estética. Esta resolución va a permitirnos analizar los deberes de información en la cirugía voluntaria o satisfactiva, la naturaleza jurídica de este tipo de obligación (de medios o de resultados) y su incidencia en la obligación relativa al consentimiento informado, así como los supuestos de aplicación de la teoría del daño desproporcionado como presunción de culpa.

El supuesto objeto de enjuiciamiento es el de una intervención quirúrgica de aumento de mamas, mediante la implantación de dos prótesis PIP (Poly Implant Prothèse). Los resultados fueron en principio satisfactorios, pero al tener conocimiento de las deficiencias de fabricación descubiertas en dichos productos, y presentar la paciente además una ptosis mamaria grado III y un desplazamiento de la prótesis derecha, acudió de nuevo a la clínica donde fue intervenida (cinco años después de la primera intervención) para reemplazarlas y proceder a su elevación (mastopexia). Tras esta segunda intervención, la actora presentó asimetría mamaria con cicatrización inestética en ambas mamas.

La demandante, varios días antes de esta segunda intervención, concretamente el 7 de febrero de 2011, firmó las hojas del consentimiento informado. En relación a la retirada de los implantes mamarios se le advertía, como riesgos de la intervención, la posibilidad de cicatriz cutánea anormal tanto en la piel como en los tejidos profundos y de la posibilidad de necesitar tratamientos adicionales incluyendo cirugía para tratar la cicatrización anormal, y que si ocurrieran complicaciones podría ser necesaria la cirugía adicional u otros tratamientos. En relación con la práctica de la mamoplastia de aumento, se hacía referencia a que podía ocurrir asimetría mamaria después de la cirugía si las mamas no tienen el mismo tamaño o forma antes de la cirugía. También se indicaba que en casos raros podían darse cicatrices anormales, así como que también era posible un desplazamiento insatisfactorio o mala calidad de las cicatrices, pudiéndose necesitar cirugía adicional para mejorar los resultados. Por último, en relación con el documento de consentimiento para la mastopexia, se referencia la misma advertencia sobre las cicatrices cutáneas, además de cierto grado de asimetría mamaria y necesidad de cirugía adicional, incluso a largo plazo porque existen

muchas condiciones variables que pueden influenciar los resultados. Se dejaba también constancia de que «la práctica de la Medicina y la Cirugía no es una ciencia exacta y aunque se esperan buenos resultados, no hay garantía explícita o implícita sobre los resultados que pueden obtenerse».

La paciente interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, número 3 de Alicante, alegando que la operación no había dado el resultado previsto, reclamando una indemnización, que fue estimada por el juzgado, con fecha 4 de septiembre de 2017, aunque por un importe inferior al solicitado, condenando a la clínica al abono de 18 240 euros más costas. El juzgado consideró que si bien el consentimiento informado fue suscrito por la demandante, sin embargo, la demandada no demostró que le hubieran explicado debidamente los riesgos concretos de la intervención y que, por otra parte, nos encontrábamos ante un caso de medicina voluntaria, en la que la obligación del cirujano es de resultado, con cita de la STS de 11 de febrero de 2001. Esta resolución fue recurrida por la demandada, estimando parcialmente el recurso la Audiencia Provincial de Alicante, reduciendo el principal importe de la condena a la suma de 14.444 euros y dejando sin efecto la condena en costas. La Audiencia desestima las alegaciones relativas a la primera intervención y la implantación de las prótesis PIP porque la naturaleza de la misma no era la causa de las pretensiones de la actora ni se apreciaba responsabilidad alguna por negligencia. Estima, sin embargo, la condena por el resultado obtenido, apoyándose en la teoría del daño desproporcionado, al haberse constatado su defectuoso resultado por asimetría mamaria con cicatrización inestética en ambas mamas. Para la valoración de este extremo se apoya en el informe del cirujano, unos días después de la intervención, donde aprecia «deformación pecho izquierdo que se ve de menor tamaño con + caída» y propone una nueva intervención para «retirar glándula de pecho izquierdo de la parte posterior de la areola y sustituirla con una prótesis mayor». A la Audiencia este informe le resulta revelador de la incorrecta realización de la intervención en los términos a que se refiere la llamada teoría del daño desproporcionado, y coincide con las apreciaciones de la primera instancia en que los resultados apreciados y probados no son aceptables en la práctica de esta modalidad de la medicina, «no presidida por la necesidad y el fin curativo sino por la voluntariedad y el fin satisfactivo».

IV. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA

El defecto de información en el documento de consentimiento informado antes de la intervención estética constituye, como hemos visto, uno de los motivos principales de reclamación de la responsabilidad civil. Entre los deberes del cirujano y de la clínica o centro médico cobra especial relevancia la información suministrada al paciente (o cliente). En este sentido, no solo existe la obligación de utilizar los medios adecuados a la ciencia, sino de proporcionar información al paciente sobre el diagnóstico, pronóstico y opciones de tratamiento, cómo va a efectuarse, cuál será su duración y los riesgos inherentes al mismo. De hecho, el consentimiento informado, calificado como un derecho humano fundamental y básico (SSTS de 12 de enero y 11 de mayo de 2001), constituye un elemento clave en el ejercicio de la actuación de estos profesionales.

Téngase en cuenta, por lo tanto, que la falta de información implica una conducta culposa susceptible de responsabilidad ya que su ausencia constituye base suficiente del reproche culpabilístico del médico. En este sentido, la juris-

prudencia ha señalado que el deber de informar al paciente se presenta como un deber profesional necesario y opera tanto en los supuestos de culpa contractual como extracontractual (STS de 31 de marzo de 2004). Cuestión distinta es que no se pueda equiparar, como veremos, esta culpa con la mala praxis en la realización de la intervención quirúrgica, ni tampoco la indemnización que provenga de esta omisión.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica determina las obligaciones en el ámbito de la información y la documentación clínicas con el objeto de proporcionar información suficiente al paciente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos. Una vez que el paciente recibe dicha información previa adecuada, se entiende que existe un consentimiento informado libre y voluntario para realizar dicha intervención en el ámbito de la sanidad (art. 8). En virtud de lo expuesto, el médico deberá previamente facilitar la información básica acerca de: las consecuencias relevantes o de importancia originadas por la intervención; los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención, y las contraindicaciones (art. 10). Deber que tendría acentuarse en el caso de intervenciones estéticas realizadas a menores; y, ello, en consonancia con lo regulado en el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, sobre el consentimiento de los menores de dieciséis años o emancipados[4], que deben prestar su propio consentimiento, si bien «cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo».

Si el cirujano cumple con el deber de informar al paciente de los riesgos y, a pesar de los mismos, obtiene su consentimiento, no se le podrá atribuir responsabilidad si el resultado obtenido tras la intervención estética proviene de esa posibilidad. Sin embargo, se podrá entender que el consentimiento estaba viciado o resultó defectuoso si no le suministró toda la información exigida, máxime en los casos de cirugía voluntaria «en las que la libertad de opción por parte del paciente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa» (STS de 2 de julio de 2002). En estos casos, nos seguimos encontrando ante una obligación de medios intensificada de tener que informar tanto del posible riesgo de la intervención como de la posibilidad de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, por lo que se exigiría un mayor nivel de diligencia a la hora de suministrar información al paciente para prestar su consentimiento en presencia de una intervención quirúrgica meramente estética. A tal efecto, señala la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2015, citando doctrina anterior, que: «Los efectos que origina la falta de información, dice la sentencia de 4 de marzo de 2011, y reitera la de 16 de enero de 2012, están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa (SSTS de 12 de febrero, 23 de mayo, 29 de junio y 28 de noviembre de 2007, o 23 de octubre de 2008). Además, señala, recogiendo

numerosos supuestos particulares resueltos por la jurisprudencia, que tiene ver con distintos factores como son los riesgos previsibles, independientemente de su probabilidad o porcentaje de casos; los riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención; padecimiento y condiciones personales del paciente; complicaciones o resultados adversos previsibles y frecuentes que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio; alternativas terapéuticas significativas; contraindicaciones; características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma; o necesidad de la intervención.

En el caso enjuiciado por la STS de 30 de noviembre de 2021, que es objeto principal de análisis en el presente trabajo, nos encontramos con que la asimetría y las cicatrices resultantes de la intervención se consideran que conforman riesgos de la intervención, que figuran descritos en el consentimiento informado suscrito por la demandante. La demandada señaló que no se había incumplido la *lex artis* debido a que la paciente fue debidamente informada de la intervención que se le iba a practicar, así como de sus riesgos con sujeción al protocolo de la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética. Además, se argumentó que con la misma información ya había sido operada previamente en una primera intervención. Sin embargo, la parte recurrida se opuso a este motivo dado que la sentencia de la Audiencia respetó los hechos determinados por el juzgado de primera instancia, debiéndose considerar que no hubo explicación verbal y detallada de los riesgos que podrían derivarse de la intervención, sino más bien lo contrario porque se le garantizó el resultado, y la recurrente no tenía constancia de haber suscrito el consentimiento informado.

El Alto Tribunal determina que la Audiencia Provincial no construye el fallo condenatorio sobre defectos en el consentimiento informado, que no aprecia, sino que considera que la demandante fue debidamente ilustrada de los riesgos de la primera intervención, que son los mismos de la segunda operación realizada, y tras recoger los artículos 8 y 10 del texto de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, centra a la voluntad de la paciente como elemento principal en la relación con el médico, en los siguientes términos: «Durante muchos años el ejercicio de la medicina respondió a una concepción paternalista, conforme a la cual era el médico quien, por su experiencia, conocimientos y su condición de tercero ajeno a la enfermedad, tomaba las decisiones que, según su criterio profesional, más le convenían al estado de salud y al grado de evolución de la enfermedad de sus pacientes, con la unilateral instauración de tratamientos e indicación de intervenciones quirúrgicas. No obstante, frente a dicho paternalismo, se ha consagrado normativamente el principio de autonomía de la voluntad del paciente, concebido como el derecho que le corresponde para determinar los tratamientos en los que se encuentran comprometidos su vida e integridad física, que constituyen decisiones personales que exclusivamente le pertenecen. Desde esta perspectiva, se produce un cambio radical en el rol de las relaciones médico-paciente, limitándose aquel a informar del diagnóstico y pronóstico de las enfermedades, de las distintas alternativas de tratamiento que brinda la ciencia médica, de los riesgos que su práctica encierra, de las consecuencias de no someterse a las indicaciones pautadas, ayudándole, en definitiva, a tomar una decisión, pero sin que ninguna injerencia quepa en la integridad física de cualquier persona sin su consentimiento expreso e informado, salvo situaciones límites de estado de necesidad terapéutico, en las que no es posible obtener un consentimiento de tal clase. Como explica la sentencia de 4 de marzo de 2011: «La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal no

es quien le informa sino él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses. Únicamente cuando el enfermo, con una información suficiente y una capacidad de comprensión adecuada, adopta libremente una decisión con respecto a una actuación médica, se puede concluir que quiere el tratamiento que se le va a dispensar. En este sentido, la sentencia de 23 de julio de 2003 señala que: «la información pretende iluminar al enfermo para que pueda escoger con libertad dentro de las opciones posibles, incluso la de no someterse a ningún tratamiento o intervención quirúrgica». De este modo, la STC 37/2011, de 28 de marzo, señala que el artículo 15 CE comprende: «decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal […] Ahora bien, para que esta facultad de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues solo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento». En definitiva, la privación de información equivale a la privación del derecho a consentir adecuadamente.

En relación al consentimiento informado en el caso concreto de medicina voluntaria o satisfactiva y la diferencia con la necesaria o terapéutica, se considera que tiene repercusiones en la obligación del médico, derivada de la prestación de la *lex artis ad hoc,* de obtener el consentimiento de sus pacientes, exigiéndose un mayor rigor en la formación del consentimiento informado en los supuestos de medicina voluntaria (SSTS de 27 de septiembre de 2010, 20 de enero de 2011, 17 de junio de 2015 y 15 de febrero de 2017). En este sentido, se indica que «la jurisprudencia ha proclamado un mayor rigor en los casos de la medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se actúa sobre un cuerpo sano para mejorar su aspecto estético, controlar la natalidad, colocar dispositivos anticonceptivos, llevar a efecto tratamientos odontológicos o realizar implantes capilares entre otras manifestaciones, en contraste con los casos de la medicina necesaria, asistencial o terapéutica, en los que se actúa sobre un cuerpo enfermo con la finalidad de mantener o restaurar la salud, todo ello con las miras puestas en evitar que prevalezcan intereses crematísticos a través de un proceso de magnificación de las expectativas y banalización de los riesgos, que toda intervención invasiva genera. De esta forma, se quiere impedir que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una exigencia relativa, toda vez que no sufre un deterioro en su salud que haga preciso un tratamiento o intervención quirúrgica, con fines terapéuticos de restablecimiento de la salud o paliar las consecuencias de la enfermedad». O dicho en palabras de la sentencia de 13 de abril de 2016: «Estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesidad de la misma, y ello, sin duda, como precisa la Sentencia de 21 de octubre de 2005, obliga a mantener un criterio más riguroso a la hora de valorar la información, más que la que se ofrece en la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención …».

Para el Tribunal Supremo la materialización de un riesgo típico informado y consentido como lo eran la asimetría y las cicatrices no es fuente de responsabilidad civil del cirujano, salvo que se hubiera apreciado una mala praxis en

la ejecución de la técnica quirúrgica. Sin embargo, en este análisis nos resulta relevante dos cuestiones que podrían haberse tenido en cuenta. La primera de ellas es que parece faltar una información específica sobre la anatomía de la mujer para valorar e informar del posible resultado. Al no figurar expresamente descrita la situación que presentaba antes de la operación, podría considerarse que no estaban adecuadamente informados los riesgos específicos atendiendo a su anatomía ya que, precisamente, en relación con la práctica de la mamoplastia de aumento, se indicaba en el documento de consentimiento informado recogido que podía ocurrir asimetría mamaria si estas «no tienen el mismo tamaño o forma antes de la cirugía». Por lo tanto, en ese incremento de la diligencia sobre la información debería describirse si en la paciente se daba esa circunstancia y en qué medida.

Y, en segundo lugar, que la obligación de información que incumbe al cirujano es independiente de la obligación de desplegar una adecuada técnica en la intervención realizada, por lo que se tratan de dos obligaciones distintas, que no deben asociarse: la de información y la de diligente intervención técnica, cuyo incumplimiento entiendo que genera también distintas consecuencias ya que, en el primer caso, es preciso hallar una relación causal entre la falta de consentimiento y el daño sufrido por la paciente como causa «indirecta» del daño, por ejemplo, en el caso de que el consentimiento de esa cirugía estética se hubiera realizado sin que se tuviera una información específica y personalizada, efectuándose la intervención diligentemente, pero aconteciendo uno de los riesgos típicos (o atípicos) de la misma en base a esas circunstancias personales. En este caso, entiendo que sí podría existir una responsabilidad imputable al cirujano, pero no por la deficiencia en la prestación quirúrgica dispensada que implicara una falta de diligencia, ya que efectivamente no consta. Se trataría de un daño indemnizable por la vulneración del derecho de elección del paciente ya que, en este tipo de intervenciones quirúrgicas voluntarias, el deber de información acerca de los riesgos se hace más relevante debido a que la libertad de opción por parte del cliente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa (STS de 2 de julio de 2002, ya citada). Razón por la que no solo existe la obligación de utilizar los medios adecuados a la ciencia médica, sino de proporcionar una mayor información (de forma exhaustiva) al paciente sobre los riesgos de la intervención. De lo contrario, se produce una vulneración del derecho de elección del paciente, que debería indemnizarse como daño causado por la pérdida de este derecho, ya que la paciente podría haber decidido no someterse a la misma. Además, en el caso concreto, entiendo que se podría diferenciar sobre la información suministrada, por un lado, sobre las posibles cicatrices y, por otro lado, sobre el riesgo de asimetría, que es donde podría resultar más imprecisa la información, atendiendo a los riesgos de la anatomía concreta que presentaba la paciente, que parece no quedar suficientemente reflejada.

V. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA: OBLIGACIÓN DE MEDIOS FRENTE A RESULTADOS

Con carácter general, en cualquier intervención quirúrgica, nos encontramos ante una obligación de medios: suministrar todos los cuidados necesarios al paciente en consonancia con el estado de la ciencia y de la denominada *lex artis ad hoc* ya que, lo contrario, sería prescindir de la idea subjetiva de culpa. De

esta manera, y aunque no se encuentre determinado expresamente por la ley, se considera que la obligación del médico no constituye una obligación de resultado (lograr la salud del paciente), sino de medios: proporcionarle con diligencia y dedicación todos los cuidados necesarios en consonancia con el estado de la ciencia y de la denominada *lex artis ad hoc*[5]. En consecuencia, un resultado desfavorable (por ejemplo el fallecimiento de una persona o no lograr los resultados previstos con un tratamiento o en una intervención) no significa, a priori, una actuación de manera negligente. No obstante, la naturaleza de esta obligación no se resuelve en respuestas absolutas, dado que las singularidades del supuesto pueden influir en esta consideración.

A este respecto, debemos aclarar el cambio de la línea jurisprudencial que ha ocasionado que en los últimos años se hayan producido resoluciones dispares, especialmente en los juzgados de primera instancia y de apelación, como ha sucedido en el caso del que trae causa la reciente sentencia que estamos analizando. En un primer momento, la jurisprudencia venía diferenciando entre la medicina asistencial o curativa, donde regía una obligación de medios, y la llamada medicina satisfactiva, en los que se incluía los casos de cirugía estética, donde existía una tendencia a exigir una obligación de resultado, es decir, el cumplimiento de un contrato de obra (STS de 29 de octubre de 2004, 11 de mayo de 2001 o 14 de noviembre de 1996, entre otras), lo que implicaba una distinta concepción de la responsabilidad[6]. Sirva de ejemplo la STS de 26 de marzo de 2004 que admitía que: «Cuando se produce la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfectiva el paciente es cliente y la obligación es de resultado por ubicarse el acto médico en una especie de *locatio operis*». Y, del mismo modo, la STS de 26 de abril de 2007, recogiendo jurisprudencia anterior, señalaba que «en estos supuestos la relación participa en gran medida del arrendamiento de obra, pues sin perder por completo su identidad jurídica de arrendamiento de servicios, se aproxima a dicho arrendamiento al presentarse como protagonista el resultado a lograr, lo que propicia la exigencia de una mayor garantía en la consecución del mismo, pues si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para lograr la finalidad buscada».

Sin embargo, en los últimos años, nuestro Tribunal Supremo incide en el componente aleatorio de las intervenciones médicas en cualquier técnica de cirugía, pudiendo ser las meras alteraciones biológicas las causantes de los riesgos o complicaciones. Y, de esta manera, las sentencias de 13 de abril de 2016 y de 3 febrero de 2015, recogiendo la sentencia de 7 de mayo de 2014 (que a su vez cita las SSTS de 20 de noviembre de 2009, 3 de marzo de 2010 y 19 de julio 2013), han aclarado esta cuestión, estableciendo expresamente que, en cualquier especialidad médica, nos encontramos con una obligación de medios, incluso en los supuestos de medicina voluntaria: «La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos

y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis,* cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS de 12 de marzo de 2008 o 30 de junio de 2009)».

De este modo, se determina que, con carácter general, los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan una garantía del resultado perseguido. En este sentido, la cirugía estética o plástica, aunque tienen como objetivo un resultado, no por ello conlleva la garantía de dicho resultado y no se le debe imputar ese fracaso al médico prescindiendo de la idea subjetiva de culpa ya que la imputación de la responsabilidad médica no se rige por un criterio objetivo. A tal efecto, resultan ilustrativas, en relación a una intervención médica en la que se implantan unas prótesis mamarias, dos sentencias del Tribunal Supremo. La primera de ellas de 15 de febrero de 2017 que indica que «la única imputación significada resulta ajena a la actividad médica asistencial, que es de medios y no de resultado, sin objetivación de la responsabilidad pues no estamos ante un contrato de obra en que su objeto contractual esencial no es el proceso seguido para la realización de una obra, sino precisamente el resultado de ese proceso, es decir, la obra ejecutada». Y la segunda de fecha de 13 de abril de 2016 que recoge la doctrina reiterada relativa a que «los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que solo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS de 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006, 23 de mayo de 2007 y 19 de julio de 2013)».

Por lo tanto, el Tribunal únicamente considera que podría apreciarse esa obligación de resultado cuando se haya pactado o garantizado, independientemente de que nos encontremos o no ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria. Cuestión distinta es que, en estos supuestos, se acentúe la obligación de informar al paciente sobre los riesgos como pone de manifiesto dicha resolución y previamente hemos analizado. En este sentido, se podría calificar como «obligación de medios acentuada o cualificada» al considerar que la relevancia del deber de información al paciente constituye un criterio distintivo real entre medicina satisfactiva y curativa a efectos de determinar la responsabilidad[7].

Y, en consonancia con esta exigencia expuesta, la sentencia de 30 de noviembre de 2021 entra a valorar el motivo de casación alegado por la recurrente de que la resolución de la Audiencia se basa en la antigua doctrina que distinguía entre medicina curativa-medios satisfactiva-resultados frente a la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (y, en concreto, la emanada de sus sentencias de STS de 15 de febrero de 2017, 13 de abril de 2016, 3 de febrero de 2015, 9 de septiembre de 2014, 7 de mayo de 2014, 19 de julio de 2013, 28 de junio de 2013, 3 de marzo de 2010, 30 de junio de 2009 y 20 de noviembre 2009), en las que se reconoce que la responsabilidad del profesional médico en la cirugía satisfactiva es de medios y no de resultados. Recuerda

a este respecto el alto Tribunal que la cirugía estética o plástica no conlleva la garantía del resultado y recoge, en este sentido, la sentencia de 13 de abril de 2016, que señala que aunque ese resultado sea el principal objetivo de toda intervención médica, voluntaria o no, y lo que se espera, «el fracaso no es imputable al facultativo por el simple resultado, como aquí se ha hecho, prescindiendo de la idea subjetiva de culpa, a la que no atiende la sentencia que pone a cargo del profesional médico una responsabilidad objetiva contraría a la jurisprudencia de esta Sala». La sala recuerda que no se ha cansado de repetir que la distinción entre obligación de medios y resultados no es posible mantenerla en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice (SSTS de 23 de mayo de 2007, 30 de junio de 2009, 20 de noviembre de 2009, 20 de noviembre de 2008 y 19 de julio de 2013, 3 de febrero de 2015); pues, en ambos casos, «el médico se compromete a utilizar los conocimientos y técnicas que ofrece la medicina, bajo los riesgos típicos, que discurren al margen del actuar diligente y que, además, están sometidos a cierto componente aleatorio, en tanto en cuanto no todas las personas reaccionan de la misma forma ante los tratamientos dispensados». Trae a colación, además, la sentencia ya analizada de 7 de mayo de 2014, que reproduce la más reciente de 3 de febrero de 2015, con cita de anteriores sentencias que hemos recogido para los supuestos de medicina voluntaria, que indicaba que la responsabilidad del profesional médico al ser de medios no puede garantizar un resultado concreto, precisamente porque las intervenciones médicas están sujetas al componente aleatorio propio, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares y el fracaso puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas.

Y, en este sentido, advierte, como ya lo hizo en la STS de 13 de abril de 2016, que «una cosa es que la jurisprudencia no sea vinculante y que motivadamente puedan los tribunales apartarse de la misma y otra distinta que el tribunal de instancia la ignore, y se resuelva en contra de ella, como ocurre en este caso».

VI. LA TEORÍA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA

Como regla general, en una reclamación judicial de responsabilidad civil médica, el paciente deberá probar la existencia del daño; el nexo causal entre la conducta del médico y dicho resultado; y respecto a la culpa, una actuación negligente. Sin embargo, en el caso en el que se produce un daño desproporcionado se admite una apreciación de la culpa derivada de ese resultado si no queda desacreditado por prueba en contrario.

El daño desproporcionado es aquel que se produce cuando se presenta un resultado atípico con la actuación, es decir, acontece cuando «un acto médico produce un resultado anormal, insólito e inusualmente grave en relación con los riesgos que normalmente comporta y con los padecimientos que trata de atender o incompatible con las consecuencias de una terapia normal»[8]. La jurisprudencia lo define en la STS de 24 de noviembre de 2016, que recoge la de 19 de julio de 2013, como aquel «no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria». Y, en la misma línea, también se habían pronunciado las SSTS de 23 de mayo y 8 de noviembre de 2007, 20 de noviembre de 2009 y

23 de octubre de 2015, que lo concretan como el «no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional médico-sanitaria», debiendo el profesional médico, en estos casos, en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, «probar las circunstancias en que el daño se produjo si se presenta en la esfera de su actuación profesional y no es de los que habitualmente se originan sino por razón de una conducta negligente, cuyo enjuiciamiento debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recae sobre el que causa un daño no previsto ni explicable, de modo que la ausencia u omisión de la misma puede determinar la imputación».

Se constata, por lo tanto, un daño desproporcionado «cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, existe una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado que ha de desvirtuar el interviniente y no el paciente, justificando su adecuada actividad en una impuesta inversión de la carga de la prueba» (STS de 25 noviembre de 2010).

La jurisprudencia presume, entonces, la culpabilidad del médico («culpa virtual» o «faute virtuelle») en los supuestos en los que se ha producido un daño anormal, a lo que comparativamente es usual, entre la intervención médica y el resultado. Se requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente; que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado, aunque no se conozca el detalle exacto; y la infracción del artículo 1101 del Código Civil (si se aprecia la responsabilidad como contractual) o de los artículos 1902 y 1903 (en el caso de que se aprecie responsabilidad extracontractual).

De este modo, en la doctrina del daño desproporcionado «a través de una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias se afirma que el médico no ha actuado de acuerdo con los datos actuales de la ciencia y con una conducta profesional diligente»[9].

En consonancia, la culpabilidad del autor se desprende de la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma), que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia. Si bien, la jurisprudencia actual prefiere referirse a este supuesto como un parámetro de enjuiciamiento de la conducta del médico o una presunción desfavorable al buen hacer. Y, en este sentido, la STS de 24 noviembre de 2016 establece que: «La doctrina del daño desproporcionado (STS de 6 de junio de 2014) permite no ya deducir la negligencia, ni establecer directamente una presunción de culpa, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una explicación cuya exigencia se traslada a su ámbito, pues ante la existencia de un daño de los que habitualmente no se produce sino por razón de una conducta negligente, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que ya entonces se presume». Por otro lado, la STS de 23 de octubre de 2008 señala la obligación que incumbe al profesional en tales casos: «En el caso de daño desproporcionado, o resultado «clamoroso», el profesional médico está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria (STS de 10 de junio de 2008). Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida (SSTS de 16 de abril de 2007, 30 de abril de 2007, 14 de mayo de 2008), de modo que la ausencia u

omisión de explicación puede determinar la imputación (STS de 23 de mayo de 2007), creando o haciendo surgir una deducción de negligencia (SSTS de 16 y 30 de abril de 2007)».

En esta situación, debe ser el médico el que pruebe que ese daño no fue debido a su actuación por encontrarse en mejor posición para justificar su conducta Ahora bien, aunque pudiera parecer que nos encontramos ante un nuevo criterio de imputación de la responsabilidad, la jurisprudencia señala que no lo es tal. A tal efecto, la STS de 27 de diciembre de 2011 indica que: «El daño desproporcionado no es un criterio de imputación. Es aquel no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria». Del mismo modo, las SSTS de 5 de enero y 27 de febrero de 2007 ponen de manifiesto que tampoco implican una inversión de la carga de la prueba, sino la constatación de una falta de diligencia, señalando que «esta doctrina no comporta, al menos en sentido propio, la de un criterio de imputación por responsabilidad objetiva ni la aplicación de una regla procesal de inversión de carga de la prueba en supuestos no previstos en la ley procesal, sino el reconocimiento de que la forma de producción de determinados hechos es susceptible de evidenciar en principio, con sujeción a reglas de experiencia, la concurrencia de la falta de medidas de diligencia, prevención y precaución exigible según las circunstancias (de especial intensidad en los casos de actividades creadoras de riesgos extraordinarios), solo susceptible de ser refutada por parte de quien tiene en sus manos el dominio de la actividad y la proximidad y disposición de los instrumentos aptos para justificar lo ocurrido, en la forma que en la actualidad recoge el artículo 217.6 LEC, por lo que no resulta de aplicación, por desproporcionado que parezca el daño, si prueba que no fue debido a su negligencia (SSTS de 23 de marzo de 2001, 24 de noviembre de 2005), al no poder atribuírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (STS de 13 de julio de 1987)». Por lo tanto, estos supuestos de responsabilidad derivados de un daño desproporcionado suponen una presunción de culpa de la que cabe prueba en contrario que justifique el resultado anómalo.

De esta manera, la jurisprudencia ha venido desestimado la existencia de un daño desproporcionado cuando el daño era previsto y explicable dentro de la realización de esa intervención, como consecuencia de una conducta ajena a la negligencia del facultativo, que cumplimentó la información sobre sus riesgos (STS de 23 octubre de 2015) o si hubo un correcto cumplimiento de la información facilitada al paciente en una situación de especial necesidad quirúrgica, aunque fuera estética (en este caso, unos implantes dentales tras un cáncer de mandíbula), respecto de la que no cabe exigir una información acerca de todos y cada uno de los riesgos eventuales y potenciales que pueden producirse (STS de 24 noviembre de 2016). Por lo tanto, el hecho de que se produzca un daño anómalo no significa que el médico deba responder automáticamente, sino que únicamente se estimará su responsabilidad si no queda acreditada una justificación sobre el mismo. En virtud de lo expuesto, si el daño resultante es típico, aunque sea infrecuente, no es desproporcionado. Del mismo modo, cuando hay una causa que explica y justifica el resultado, se excluye la aplicación de las consecuencias de esta doctrina.

En el caso concreto de la STS de 20 de noviembre de 2021, aunque para la Audiencia Provincial de Alicante el informe del cirujano tras la intervención resultara revelador de la incorrecta realización de la intervención en los términos a que se refiere la llamada teoría del daño desproporcionado, la Sala considera que no constituye tal porque había sido previamente advertido y constituía un riesgo típico de la intervención practicada. En este sentido, recoge la sentencia de 12 de abril de 2016, en la que se señala que «[…] la doctrina del daño desproporcionado o enorme, entendido como aquel suceso no previsto ni explicable en la esfera de la actuación del profesional médico que le obliga a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el «*onus probandi*» de la relación de causalidad y la presunción de culpa (STS de 23 de octubre de 2008, y las que en ella se citan)». Del mismo modo, recoge el pronunciamiento de la sentencia de 24 de noviembre de 2016, que reproduce también las sentencias de 30 de junio de 2009 y 27 de diciembre de 2011, en idénticos términos. Y que añade que, siendo así, «no puede existir daño desproporcionado, por más que en la práctica lo parezca, cuando hay una causa que explica el resultado, al no poder atribuírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (STS de 19 de octubre de 2007, 30 de junio de 2009, 28 de junio de 2013».

Por otro lado, tampoco considera, tras la valoración de las fotografías aportadas en su momento, que existiera un resultado clamoroso, que hiera los sentidos, sino que acreditan una cierta asimetría y cicatrices tolerables. De este modo, y dando por válido el consentimiento de ambos riesgos, desestima la existencia de un daño desproporcionado, al considerar que constaba información sobre el mismo, concluyendo que «no puede calificarse como daño desproporcionado el resultado indeseado o insatisfactorio, encuadrable en el marco de los riesgos típicos de una intervención de cirugía estética, debidamente informados y consentidos por la paciente, como son la asimetría de las mamas y las cicatrices inestéticas. No nos hallamos ante un resultado excepcionalmente anómalo o clamoroso, manifiestamente inesperado en relación con la concreta intervención quirúrgica dispensada, que evidencie, por tal circunstancia, la presunción racional de que algo ha fallado (*res ipsa loquitur*: los hechos hablan por sí mismos), y que sea de entidad tal, que implique una inversión de la carga de la prueba en contra del cirujano que practicó la operación sobre las causas del resultado producido, cuando previamente se advirtió de la posibilidad de que, pese a una adecuada técnica quirúrgica, unas disfunciones de tal clase se pueden producir, toda vez que no cabe garantizar el resultado, como así igualmente se reflejó, de forma expresa, en la información suscrita».

En definitiva, el alto Tribunal fundamenta la absolución de la recurrente en el consentimiento informado, que considera que ha sido plenamente prestado, centrándose también en su resolución en advertir el error cometido por los juzgadores anteriores respecto a la naturaleza jurídica de la obligación en los supuestos de medicina estética. Si bien, como ya se ha apuntado, hubiera sido deseable, desde el inicio de enjuiciamiento de este caso por los órganos

correspondientes, que se hubiera valorado si existió algún defecto respecto a la información de los riesgos específicos de la paciente.

VII. CONCLUSIONES

I. Existe un componente aleatorio en las intervenciones de cualquier técnica de cirugía, pudiendo ser las meras alteraciones biológicas las causantes de los riesgos o complicaciones, por lo que con carácter general debe admitirse que la obligación médica en cualquier clase de cirugía es de medios, a menos que se haya pactado expresamente un determinado resultado.

II. La medicina estética no comporta una garantía del resultado perseguido. En este sentido, la cirugía estética o plástica, aunque tienen como objetivo un resultado, no por ello conlleva la garantía de dicho resultado, por lo que no se le debe imputar ese fracaso al médico, prescindiendo de la idea subjetiva de culpa. La imputación de la responsabilidad médica, tanto en el caso de la cirugía necesaria como voluntaria, no se rige por un criterio objetivo.

III. Solo podría apreciarse una obligación de resultado cuando se haya pactado o garantizado la misma, independientemente de que nos encontremos o no ante un supuesto de medicina estética.

IV. La distinción entre medicina necesaria y medicina voluntaria resulta de especial relevancia en la exigencia de un mayor nivel de diligencia a la hora de suministrar información al paciente para prestar su consentimiento en presencia de una intervención quirúrgica meramente estética.

V. La cirugía estética conlleva una obligación de medios intensificada de tener que informar tanto de los posibles riesgos de la intervención como de la posibilidad de que con la misma no se obtenga el resultado buscado.

VI. El deber de información en la cirugía estética debe ser, si cabe, más preciso para que el paciente pueda conocer los eventuales riesgos, valorarlos y con base en esa información prestar su consentimiento o desistir de someterse a esa intervención.

VII. Esos riesgos deben comprender también los específicos en función de las circunstancias y la anatomía de la persona, y no deben quedar minimizados los riesgos excepcionales, aunque resulten remotos, debido a que existe un mayor margen de libertad para optar por el rechazo de la intervención.

VIII. Si media el consentimiento informado y acontece uno de los riesgos previstos en la intervención se descarta la existencia de negligencia y también la posible aplicación de la doctrina del daño desproporcionado (entendido como aquel resultado no previsto ni explicable en la esfera de la actuación del cirujano que le obliga a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria).

IX. El defecto, el vicio o la falta de información en el consentimiento informado constituye una conducta culposa susceptible de responsabilidad ya que transgrede una obligación profesional del médico que ocasiona un daño. Ahora bien, no se puede equiparar esta culpa con la obligación de desplegar una adecuada técnica en la intervención estética realizada. El daño indemnizable que proviene de esta omisión del deber de información sobre los riesgos corresponderá a la vulneración del derecho de elección del paciente.

X. No puede tener la consideración de daño desproporcionado y, por lo tanto generar responsabilidad civil, el resultado indeseado o insatisfactorio

que ha sido previamente advertido y que constituye un riesgo típico de la intervención de cirugía estética, siempre que hayan sido debidamente informado, y asumido consciente y voluntariamente por el paciente.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- 30 de noviembre de 2021
- 15 de febrero de 2017
- 24 de noviembre de 2016
- 13 de abril de 2016
- 23 de octubre de 2015
- 3 de febrero de 2015
- 9 de septiembre de 2014
- 6 de junio de 2014
- 7 de mayo de 2014
- 19 de julio de 2013
- 3 de julio de 2013
- 29 de junio de 2013
- 28 de junio de 2013
- 4 de marzo de 2013
- 24 de mayo de 2012
- 16 de enero de 2012
- 27 de diciembre 2011
- 4 de marzo de 2011
- 20 de enero de 2011
- 25 de noviembre de 2010
- 27 de septiembre de 2010
- 3 de marzo de 2010
- 20 de noviembre de 2009
- 30 de junio de 2009
- 20 de noviembre de 2008
- 23 de octubre de 2008
- 10 de junio de 2008.
- 14 de mayo de 2008
- 12 de marzo de 2008
- 28 de noviembre de 2007
- 8 de noviembre de 2007
- 19 de octubre de 2007
- 29 de junio de 2007
- 23 de mayo de 2007
- 30 de abril de 2007
- 26 de abril de 2007
- 16 de abril de 2007
- 27 de febrero de 2007
- 12 de febrero de 2007
- 5 de enero de 2007
- 4 de octubre de 2006
- 24 de noviembre de 2005

- 21 de octubre de 2005
- 29 de octubre de 2004
- 7 de abril de 2004
- 31 de marzo de 2004
- 26 de marzo de 2004
- 23 de julio de 2003
- 22 de julio de 2003
- 2 de julio de 2002
- 11 de mayo de 2001
- 23 de marzo de 2001
- 11 de febrero de 2001
- 12 de enero de 2001
- 28 de junio de 1997
- 11 de febrero de 1997
- 14 de noviembre de 1996
- 25 de abril de 1994
- 13 de julio de 1987

Tribunal Constitucional

- 28 de marzo de 2011

Audiencia Provincial

- Alicante, Sección 4.ª, de 17 de octubre de 2018

IX. BIBLIOGRAFÍA

ARBESÚ GONZÁLEZ, V. (2016). *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética* Madrid: Dykinson.

CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (2017). *La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo.* Madrid: Thomson Reuters.

GALÁN CORTÉS, J.C. (2015). La responsabilidad civil médico-sanitaria. En J.A. Seijas Quintana (coord.). *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales.* Madrid: Sepin.

— (2007). *Responsabilidad civil médica,* 2.ª ed, Navarra: Aranzadi.

GÓMEZ RUFIÁN, L. (2015). Cirugía estética y responsabilidad civil: análisis sistemático de una compleja jurisprudencia. *RJUAM,* núm. 32, 2015-II, 185-215.

MANJÓN RODRÍGUEZ, J.B. (2013). Configuración jurídica y evolución jurisprudencial en la prestación de servicios de cirugía estética: información, responsabilidad y publicidad. *Derecho y Salud*, Vol. 23, extra, 22-229.

MONTERROSO CASADO, E. (2018). Responsabilidad civil médica: análisis de los criterios de imputación. En Monterroso E. (dir.). *Responsabilidad profesional.* Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2018). La responsabilidad civil sanitaria. En *La responsabilidad civil profesional.* Madrid: CEF.

PONS-CASTELLANOS, J. (2019). Análisis de las reclamaciones por presunta responsabilidad profesional médica relacionadas con la mastopexia. *Revista Española de Medicina Legal,* vol. 45, núm. 4, 143-146.
SÁNCHEZ GARCÍA, M. (2013). El daño desproporcionado. *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 8, 240-258.

NOTAS

[1] Véase MONTERROSO CASADO, E. (2018). Responsabilidad civil médica: análisis de los criterios de imputación. En Monterroso E. (dir.). *Responsabilidad profesional.* Valencia: Tirant lo Blanch, 96-97.

[2] De este modo, señalaba la STS de 26 de marzo de 2004 que cuando se produce la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfectiva el paciente es cliente y la obligación es de resultado por ubicarse el acto médico en una especie de *locatio operis*». Y, en la misma línea, la STS de 26 de abril de 2007 admitía que «en estos supuestos la relación participa en gran medida del arrendamiento de obra, pues sin perder por completo su identidad jurídica de arrendamiento de servicios, se aproxima a dicho arrendamiento al presentarse como protagonista el resultado a lograr, lo que propicia la exigencia de una mayor garantía en la consecución del mismo, pues si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para lograr la finalidad buscada (sentencia de 28 de junio de 1997, que citaba también otras en el mismo sentido, y más directamente las sentencias de 22 de julio de 2003, 21 de octubre de 2005 y 4 de octubre de 2006, y 22 de julio de 2003)».

[3] En el estudio se analizaron las reclamaciones efectuadas entre 2009 y 2018, Se obtuvieron 50 sentencias en las que la mayoría de las reclamaciones se basaron en un defecto de información y/o mala praxis clínica. En 26 casos se desestimaron las pretensiones de la actora. La media del *quantum* indemnizatorio en las 24 resoluciones condenatorias fue de 22 583 euros, incluyendo en la mayoría de los casos al reembolso del importe satisfecho en concepto de las intervenciones practicadas, al daño moral (calculado según el prudente arbitrio del juez, o en concordancia con el reclamado por la parte actora) y finalmente las secuelas sufridas con la ayuda de la aplicación del baremo vigente en el momento de los hechos. PONS-CASTELLANOS, J. (2019). Análisis de las reclamaciones por presunta responsabilidad profesional médica relacionadas con la mastopexia. *Revista Española de Medicina Legal,* vol. 45, núm. 4, 143-146.

[4] MANJÓN RODRÍGUEZ: J.B. (2013) Configuración jurídica y evolución jurisprudencial en la prestación de servicios de cirugía estética: información, responsabilidad y publicidad. *Derecho y Salud*, Vol. 23, extra, 225.

[5] Véanse al respecto: ARBESÚ GONZÁLEZ, V. (2016) *La responsabilidad civil en el ámbito de la cirugía estética* Madrid: Dykinson, 59 y sigs. GALÁN CORTÉS, J.C. (2015). La responsabilidad civil médico-sanitaria. En J.A. Seijas Quintana (coord.). *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales.* Madrid: Sepin, 339-342.

[6] Señala al respecto GÓMEZ RUFIÁN, L. (2015). Cirugía estética y responsabilidad civil: análisis sistemático de una compleja jurisprudencia. *RJUAM,* núm. 32, 2015-II, 204: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido evolucionando desde la concepción de la obligación jurídica desde una de resultados (vinculada al contrato de obra y a una concepción de la responsabilidad de pseudo objetiva) a una referida a la obligación de medios (vinculada, en ese caso, al arrendamiento de servicios y a la responsabilidad subjetivo-culpabilística)»,

[7] CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (2017). *La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo.* Madrid: Thomson Reuters, 452-458.

[8] SÁNCHEZ GARCÍA, M. (2013). El daño desproporcionado. *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 8, 224.

[9] GALÁN CORTÉS, J. C (2007). *Responsabilidad civil médica,* 2.ª ed, Navarra: Aranzadi, 186. En este sentido, señala el autor que «antes ciertos datos empíricos puede deducirse la culpa médica no probada de modo directo, cuando las circunstancias y el sentido común indican que el hecho dañoso no hubiera tenido lugar de no mediar culpa profesional», 184.

1.7. Concursal

La venta extrajudicial de finca hipotecada. Cuestiones sustantivas. Especial referencia a la vivienda habitual*

The extrajudicial sale of a mortgaged property. Substantive issues. Special reference to habitual residence

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora titular de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: La venta extrajudicial de finca hipotecada presenta una naturaleza diversa a la de un procedimiento jurisdiccional de ejecución en la medida en que supone el despliegue de un pacto privado entre acreedor y deudor que facilita a aquel el ejercicio del *ius vendendi* o *ius distrahendi*, facultad estructural del derecho de hipoteca, a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria controlado por el notario. Este funcionario público ha de intervenir necesariamente en el procedimiento para asegurar los intereses del acreedor, del deudor y del hipotecante, así como de terceros titulares de derechos posteriores a la hipoteca que se ejecuta. También por exigencias de la prohibición del pacto comisorio que contiene el Código Civil. Para poder abrir un procedimiento de venta extrajudicial es preciso que la obligación garantizada consista en una obligación pecuniaria y que la cuantía de esta esté determinada al iniciarse la venta extrajudicial; además es preciso que se haya hecho constar en la escritura de hipoteca y en el Registro de la Propiedad la cláusula de venta extrajudicial con sus requisitos formales y de contenido; que se haya pactado el vencimiento anticipado de la obligación y que la deuda se liquide con arreglo a las estipulaciones pactadas en la escritura de constitución de hipoteca (en caso de amortizaciones progresivas, de interés variable y de interés moratorio).

ABSTRACT: The extrajudicial sale of a mortgaged property has a different nature from that of a jurisdictional enforcement procedure insofar as it involves the deployment of a private agreement between creditor and debtor that facilitates the exercise of the ius vendedi or ius distrahendi, structural power of the mortgage right, through a voluntary jurisdiction procedure controlled by the Notary. This public official must necessarily intervene in the procedure to ensure the interests of the creditor, the debtor and the mortgagor, as well as third-party holders of rights

* Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación «La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y disciplinar» con referencia PID2021-124953NB-I00, dirigido por la catedrática de Derecho civil, Dra. Matilde CUENA CASAS.

subsequent to the mortgage that is executed. Also due to the prohibition requirements of the commission agreement contained in the Civil Code. In order to open an extrajudicial sale procedure, it is necessary that the guaranteed obligation consists of a pecuniary obligation and that the amount thereof is determined at the beginning of the extrajudicial sale; it is also necessary that the extrajudicial sale clause with its formal and content requirements have been recorded in the mortgage deed and in the Property Registry; that the early expiration of the obligation has been agreed and that the debt is settled in accordance with the stipulations agreed in the mortgage constitution deed (in the case of progressive amortizations, variable interest and default interest).

PALABRAS CLAVE: Venta extrajudicial. Vivienda habitual. Tasación. Domicilio del hipotecante. Apoderamiento para el otorgamiento de la escritura de venta.

KEY WORDS: Extrajudicial sale. Habitual residence. Appraisal. Domicile of the mortgager. Power of attorney for the granting of the deed of sale.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL.—III. NORMATIVA SUPLETORIA DE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY HIPOTECARIA Y EN EL REGLAMENTO HIPOTECARIO.—IV. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL.—V. LEGALIDAD DE LA CLÁUSULA DE VENTA EXTRAJUDICIAL.— VI. REQUISITOS DE ORDEN SUSTANTIVO PARA LA APERTURA DE ESTE PROCEDIMIENTO: 1. Ámbito de aplicación del procedimiento. 2. Requisitos de admisibilidad del procedimiento: *A) El pacto de venta extrajudicial:* a) Requisitos formales. b) Requisitos materiales o de contenido. *B) El vencimiento anticipado de la obligación. C) La liquidación de la deuda con arreglo a las estipulaciones pactadas en la escritura de constitución de hipoteca.*—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Para el cobro del crédito hipotecario el acreedor dispone de diferentes procedimientos, con importantes diferencias entre sí. Por un lado, el procedimiento declarativo ordinario, conducente a una sentencia que habrá de ser objeto de ejecución ulterior y en el que el acreedor ejercita la acción personal derivada del crédito. Por otro lado, el acreedor también puede acudir al procedimiento de ejecución ordinaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con el único fundamento del derecho de crédito documentado en la escritura pública, siempre que esta reúna los requisitos para ser considerada título ejecutivo de acuerdo con el artículo 517.2.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Pero los más genuinamente hipotecarios, los realmente especiales, son el procedimiento de ejecución judicial directa, que se tramita con las especialidades de los artículos 681 a 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la venta extrajudicial del artículo 129 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 a través de los cuales el acreedor ejercita la acción real hipotecaria[1].

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL

La venta extrajudicial tiene sus orígenes en el Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915 (concretamente, en su artículo 201) y cuenta con el precedente del procedimiento extrajudicial notarial para la realización de la prenda con desplazamiento de la posesión del artículo 1872 del Código Civil[2].

El procedimiento fue contemplado por una norma con rango de ley a raíz de la Ley de 30 de diciembre de 1944 sobre reforma de la Ley Hipotecaria y posteriormente pasó al Texto Refundido de 8 de febrero de 1946 (art. 129 LH).

No obstante, su regulación se continuó manteniendo básicamente en el Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, destacando la reforma del mismo realizada por el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Hipotecario en materia de ejecución extrajudicial de hipotecas, que puso por extenso la regulación al modificar los artículos 234, 235 y 236 del Reglamento Hipotecario y añadir los artículos 236-a hasta 236-p.

Con anterioridad a la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, diversas sentencias del Tribunal Supremo consideraron que el procedimiento era inconstitucional (con una inconstitucionalidad sobrevenida) por vulnerar los artículos 24 y 117 de la Constitución española, o sea, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías, así como la exclusividad de los Tribunales en su potestad jurisdiccional de ejecución, llegando a declarar la tácita derogación por la Constitución Española del artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria y de los artículos mencionados del Reglamento Hipotecario[3].

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 reinstauró el procedimiento que pasó a denominarse venta extrajudicial y aclaró la admisibilidad de la misma como fruto de la autonomía de la voluntad y como mecanismo de realización de la garantía acordado por acreedor y deudor para que aquel pudiera ejercitar el *ius vendendi* o *ius distrahendi, que es una facultad estructural del derecho real de hipoteca (arts. 1858 y 1255 CC), en caso de incumplimiento por el deudor.* La venta extrajudicial no sería pues otra cosa que la actuación, controlada por el notario, de ese *ius distrahendi* documentada en un acta y la posterior escritura de venta[4].

A pesar de esta nueva orientación que el legislador pretendió dar a la venta extrajudicial como cauce de realización de la garantía distinto de un procedimiento jurisdiccional de ejecución, la regulación contenida en el Reglamento Hipotecario, al que remitía la nueva redacción del artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria, nunca fue reformada[5].

La crisis hipotecaria del año 2008 y posteriores puso de manifiesto las debilidades de la regulación contenida en el Reglamento Hipotecario, el cual preveía la celebración de tres subastas presenciales, la última sin sujeción a tipo, pudiendo adjudicarse el acreedor hipotecario la vivienda habitual del deudor por un precio irrisorio (al no existir un porcentaje mínimo de adjudicación). Es por este motivo que el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos estableció en su artículo 12 normas específicas para la venta extrajudicial cuando el bien hipotecado fuese la vivienda habitual del deudor, determinando que en tal caso la realización del bien se verificaría a través de una única subasta y regulando esta[6].

Pero la regulación actual de la venta extrajudicial proviene fundamentalmente de la reforma operada en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria por la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que le dotó de la configuración actual y pretendió fomentar este modo de realización de la garantía hipotecaria (RDGRN

de 25 de febrero de 2014). No obstante, el legislador de 2013 anunció nuevamente una reforma del Reglamento Hipotecario que todavía no se ha llevado a cabo y que dificulta la determinación de la normativa aplicable, dado que si bien aspectos sustantivos (es decir, presupuestos) de la tramitación de la venta extrajudicial han sido contemplados en el nuevo artículo 129 de la Ley Hipotecaria e igualmente aspectos esenciales de la tramitación notarial de la venta, se ha producido también una tácita derogación de diversos preceptos del Reglamento Hipotecario por la Ley 1/2013 y por el nuevo artículo 129 de la Ley Hipotecaria, así como por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así cabe mencionar los relativos a la triple subasta presencial, pues el artículo 129.2.d) de la Ley Hipotecaria estableció la necesidad de que la venta se realizase mediante una sola subasta, de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, siendo los tipos y condiciones de la subasta los determinados en la Ley de Enjuiciamiento Civil (precepto este que supuso también la tácita derogación del artículo 12 del Real Decreto Ley 6/2012)[7].

Hay que remarcar que la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, aunque introdujo expresamente en la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 la regulación del expediente de subasta notarial en el Capítulo V del Título VII de la Ley (arts. 72 a 77) no afectó a la vigencia del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y de su desarrollo reglamentario, prueba de lo cual fue la posterior reforma por Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario del artículo 2.a) del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, en lo relativo al tipo de subasta.

III. NORMATIVA SUPLETORIA DE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY HIPOTECARIA Y EN EL REGLAMENTO HIPOTECARIO

La cuestión que se plantea es cuál es la normativa supletoria del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y de los artículos 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario, teniendo presente las derogaciones tácitas existentes según lo explicado antes. La Dirección General de los Registros y del Notariado (ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) ha marcado unas pautas orientativas en cuanto a la aplicación de los cuatro textos concurrentes a la regulación de la venta extrajudicial (Ley Hipotecaria, Reglamento Hipotecario, Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley del Notariado) señalando que el Reglamento Hipotecario no se entiende derogado en cuanto no contradiga la regulación introducida por la Ley 1/2013 en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria y la regulación de Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo interpretarse sus normas de conformidad con los principios que inspiran aquellas. Y que la Ley de Enjuiciamiento Civil se aplicará de forma supletoria para las materias que adolecen de regulación en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria y en el Reglamento Hipotecario, relegando la regulación del expediente notarial contenida en la Ley del Notariado, a un plano meramente orientativo de la interpretación y aplicación del resto de normativa (RRDGRN de 25 de febrero de 2014 y 2 de enero de 2019).

IV. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL

La nueva naturaleza que atribuye el legislador a la venta extrajudicial justificaría en principio la constitucionalidad de la misma. Así, junto a la acción real

hipotecaria ejercitable por vía judicial, que tiene su fundamento en el ejercicio coercitivo por el ordenamiento de la responsabilidad del deudor, y que supone como toda acción un derecho subjetivo público frente al Estado que este ha de satisfacer con una tutela jurisdiccional concreta, cabría el ejercicio del *ius vendendi* del acreedor, como facultad privada de este, sobre la base del previo consentimiento prestado por el deudor para la venta de la finca, por un cauce que podría calificarse como de jurisdicción voluntaria controlado por un funcionario, el notario, que no tiene potestades jurisdiccionales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, al estar estas reservadas a jueces y tribunales por el artículo 117 de la Constitución española[8].

La sujeción de la venta extrajudicial al control de legalidad por parte del notario tendría como finalidad equilibrar los distintos intereses en juego: los del acreedor, los del deudor incumplidor, los del propietario de la cosa hipotecada y los intereses de los eventuales terceros que acrediten derechos sobre el bien, posteriores a la hipoteca que se realiza. Igualmente, obedecería a razones de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y de orden público, pues aunque el ejercicio del *ius vendendi* supondría el ejercicio de una facultad privada, dada la proscripción del pacto comisorio (arts. 1859 y 1884 CC), este no podría ejercitarse por su titular de forma unilateral y privada sino ante notario, con formalidades públicas y con fundamento en la escritura de hipoteca inscrita en el Registro de la Propiedad (art. 130 LH) (RDGRN de 28 de noviembre de 2012 *[RJ* 2013, 706] y RDGRN de 18 de septiembre de 2013)[9].

Podemos decir que el notario desempeña un papel similar al que el letrado de la Administración de Justicia desempeña en el procedimiento de ejecución judicial hipotecaria, cuyas competencias en materia de ejecución hipotecaria se han incrementado notablemente de manera que salvo el despacho de la ejecución, la oposición a la ejecución y algún incidente como la pieza de ocupantes del artículo 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o el lanzamiento y su posible suspensión (art. 675 LEC y 1 de la Ley 1/2013), es objeto de control por dicho funcionario. Del mismo modo, el notario controla la tramitación de la venta extrajudicial y cualquier controversia que pueda surgir durante la misma deberá resolverse judicialmente (así en materias como la liquidación de las deudas y posibles remanentes, que el bien objeto del procedimiento es necesario o no para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, en caso de que este haya sido declarado en concurso o el control de cláusulas abusivas). Igualmente el lanzamiento derivado de la venta extrajudicial deberá producirse en sede judicial[10].

Por otro lado, existen diferencias sustanciales entre la tramitación de la venta extrajudicial y el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria. Así, el notario no tiene la posibilidad de examinar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas; el requerimiento de pago debe efectuarse con arreglo a la normativa reguladora de la venta extrajudicial contenida en el Reglamento Hipotecario y no con arreglo a las normas de notificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y no es posible expedir la certificación de dominio y cargas a instancia de quien no figura como titular registral de la hipoteca (a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento judicial en que se aplican las normas de sucesión procesal del artículo 17 y 540 LEC, que exigen la presentación de documento fehaciente en que conste la misma) por impedirlo el principio de tracto sucesivo (ya que el título de adquisición del rematante o adjudicatario se integra por el título de constitución de la garantía que indica la persona diversa del titular registral del dominio que ostenta el *ius vendendi* y la escritura de transmisión que debe ser otorgada por el dueño o por

el mandatario designado en la escritura de constitución (art. 234 RH), de manera que habría un problema de tracto sucesivo si la cesión del crédito hipotecario cuya inscripción es constitutiva (arts. 145 y 149 LH) no figurase inscrita al expedirse la certificación de cargas, pues el procedimiento habría sido instado y el *ius vendendi* ejercido por persona distinta de quien según la inscripción está legitimada para ello, lo que sería contrario al principio de legitimación registral (art. 38 LH), a su reflejo formal que es el principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y al artículo 130 LH[11].

Dada pues esta naturaleza del procedimiento de venta extrajudicial diversa de la ejecución judicial hipotecaria podría afirmarse la constitucionalidad de la venta extrajudicial, al no lesionarse el artículo 24 y 117 de la Constitución española. Además existen otros ejemplos en el ordenamiento jurídico que diluyen la necesidad de presencia judicial en la realización de derechos como el arbitraje, la vía de apremio en materia fiscal, la expropiación forzosa o la ejecución de la garantía prendaria del artículo 1872 del Código Civil[12].

No obstante, se ha señalado que las dudas sobre la constitucionalidad seguirían vigentes en cuanto la igualdad de las partes puede verse en entredicho al imponerse al deudor como condición general de la contratación para el acceso al préstamo hipotecario la sumisión a la venta extrajudicial y en cuanto al no poder el notario verificar de oficio el control de abusividad, se obliga al deudor a salir y entrar en la venta extrajudicial si quiere plantear la oposición por dicho motivo en sede judicial, abriendo el incidente del artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que al dilatar y encarecer el procedimiento empujaría al consumidor a no hacer valer todos sus derechos frente a las cláusulas abusivas, lesionándose así el principio de igualdad de armas procesales (art. 14 y 24 CE) y mermándose los derechos que al consumidor confiere la Directiva 93/13[13].

V. LEGALIDAD DE LA CLÁUSULA DE VENTA EXTRAJUDICIAL

También se ha planteado la invalidez de la cláusula de venta extrajudicial por su posible abusividad, alegándose que es una condición general de la contratación que priva al deudor de beneficios propios de *ius cogens*, al evitar el control de oficio de la nulidad por el órgano judicial, al obligar al deudor a plantear un procedimiento declarativo con arreglo al artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (por remisión del art. 236-o RH) para alegar la abusividad de cláusulas del contrato, sin que ello suspenda la venta extrajudicial, al privarle de la posibilidad de la rehabilitación del préstamo hipotecario con arreglo al artículo 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y al privarle de la posibilidad de hacer uso del beneficio de justicia gratuita para nombrar abogado que le asista durante el procedimiento. Pero estas tachas de nulidad se han planteado en relación con procedimientos de venta extrajudicial tramitados antes de la reforma operada en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria por Ley 1/2013 (que incorporó como causa de suspensión de la venta extrajudicial la acreditación ante el notario de haber planteado el deudor el incidente judicial para la declaración de abusividad de las cláusulas del contrato) por lo que la solución que procedería dar hoy a la cuestión de la validez de la cláusula de venta extrajudicial ha señalado el Tribunal Supremo que sería negativa dada la existencia de tal reforma (STS, Sala de lo Civil, Pleno, núm. 483/2016, de 14 de julio *[RJ* 2016, 3399]).

VI. REQUISITOS DE ORDEN SUSTANTIVO PARA LA APERTURA DE ESTE PROCEDIMIENTO

1. Ámbito de aplicación del procedimiento

Sentada la constitucionalidad de la venta extrajudicial y la validez del pacto tras la reforma operada en el procedimiento por Ley 1/2013, que cumple con el principio de efectividad comunitario (que la legislación procedimental no haga excesivamente difícil o imposible el ejercicio de los derechos que al consumidor confiere la Directiva 93/13), expondremos a continuación los requisitos de orden sustantivo para la apertura de este procedimiento. En primer lugar, mencionaremos el ámbito de aplicación del procedimiento.

Tras la Ley 1/2013 el ámbito de la venta extrajudicial se ha circunscrito al caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada, lo que determina que la obligación asegurada solo puede ser una obligación pecuniaria (no una obligación de cualquier tipo)[14].

La norma precisa que la obligación garantizada es una obligación de dar y pecuniaria, quedando excluida de su ámbito de aplicación las obligaciones de hacer o no hacer o de dar cosa distinta de dinero[15].

El artículo 129.2.c) de la Ley Hipotecaria precisa aún más al señalar que es preciso que la hipoteca esté constituida en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada. Ello parecería excluir la venta extrajudicial en caso de hipotecas de máximo como la hipoteca en garantía de cuenta corriente o la hipoteca en garantía de obligaciones futuras o en garantía de los resultados de la gestión de ciertos cargos como tutores[16].

Sin embargo ello no es así. Ya que lo verdaderamente importante es que la cuantía de la obligación se encuentre inicialmente determinada al inicio de la venta extrajudicial y esa determinación conste en el Registro de la Propiedad. Es decir, bastaría que se previese en la escritura de hipoteca de máximo la forma de convertir dicha hipoteca en hipoteca ordinaria y como se hará constar registralmente la existencia y cuantía de la obligación futura por medio de nota marginal (arts. 143 LH y 238 RH)[17].

En este sentido las RRDGRN de 23 de enero *(RJ* 2012, 3254) y 20 de junio de 2012 *(RJ* 2012, 10067) y 28 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 3300) señalaron que «si se pretende la constancia registral de la referencia a la posibilidad de utilizar el procedimiento extrajudicial, ha de hacerse con la salvedad de que sea siempre que en la escritura de constitución *conste el pacto de determinación de la forma de la constancia registral de la existencia y cuantía de la obligación futura por medio de la nota marginal de los artículos 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento*, al margen de la inscripción de hipoteca de que se trate, *ya que, en caso contrario, podría inducir a confusión de que la cláusula [relativa a la venta extrajudicial] legitimaba para el ejercicio del procedimiento sin más trámites ni requisitos y sin base registral previa respecto a la determinación de la obligación garantizada*»[18].

2. Requisitos de admisibilidad del procedimiento

En segundo término expondremos los requisitos de admisibilidad del procedimiento: la incorporación del pacto de venta extrajudicial a la escritura de constitución de hipoteca y la constancia del mismo en el Registro de la Propie-

dad; el vencimiento anticipado de la obligación y la liquidación de la deuda con arreglo a las estipulaciones pactadas en la escritura.

A) El pacto de venta extrajudicial

Este pacto ha de cumplir unos requisitos formales y unos requisitos materiales o de contenido. Hacen referencia a esta cláusula, tanto el artículo 129.2 b) de la Ley Hipotecaria como el artículo 234 del Reglamento Hipotecario.

a) Requisitos formales

De acuerdo con el artículo 129.2.b) de la Ley Hipotecaria y 234.2 del Reglamento Hipotecario es imprescindible para abrir la venta extrajudicial ante notario que en la escritura de constitución de hipoteca se haga constar una estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción a este procedimiento. Dicha cláusula deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura y deberá «*señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución*».

Este requisito formal de que el pacto figure de forma separada de las restantes estipulaciones de la escritura responde a la finalidad de dar mayor transparencia material a dicha estipulación, favoreciendo el conocimiento de las consecuencias que conlleva su aplicación. La Ley 5/2019 habría normativizado la transparencia material y la habría extendido a cláusulas distintas de las que definen el objeto principal del contrato, como es el caso de las cláusulas ejecutivas, de manera que el notario en el acta previa al otorgamiento de la escritura de préstamo debería informar y destacar dicho pacto y su significación procesal[19].

b) Requisitos materiales o de contenido

En cuanto a los requisitos materiales o de contenido de la cláusula de venta extrajudicial se trata de cuatro requisitos:

1.º. Que el valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no sea distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni sea inferior en ningún caso al valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

2.º. Que en el pacto de venta extrajudicial conste el domicilio señalado por el hipotecante para la práctica de requerimientos y notificaciones, que no podrá ser distinto del fijado para la ejecución judicial directa (art. 234.1.2.º RH).

3.º. Que en el pacto se haga constar expresamente el carácter de vivienda habitual o no que pretende atribuirse a la finca que se hipoteque [art. 129.2.b) LH y artículo 21. 3 LH].

4.º. Que en el pacto se indique la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante (art. 234.1.3 RH).

Desarrollaremos a continuación estos cuatro requisitos de contenido del pacto de venta extrajudicial.

1.º. Que el valor en que los interesados tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no sea distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni sea inferior en ningún caso al valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

La cuestión que se plantea es si esta norma es aplicable solo a los contratos de crédito inmobiliario garantizados con hipoteca que entren dentro del ámbito de aplicación de los artículos 1 y 2 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, o bien es aplicable a todo préstamo hipotecario[20].

Para la DGRN existen dos tipos de normas imperativas. Por un lado, la normativa reguladora del mercado hipotecario (Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario y Orden ECO 805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras) que establecen ciertas limitaciones al importe del capital prestado en el sentido de que no supere determinados porcentajes del valor de tasación del bien hipotecado, para que dicha hipoteca pueda respaldar la emisión de bonos o cédulas hipotecarias (lo que tiene por finalidad proteger a los inversores en el mercado secundario). Y por otro lado, las normas del artículo 129.2.a) de la Ley Hipotecaria y del artículo 682.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, previstas a efectos ejecutivos (RDGRN de 8 de mayo de 2019 *[RJ* 2019, 2272] y RDGSJFP núm. 2954/2021, de 11 de febrero).

En este sentido la RDGSJFP núm. 2954/2021, de 11 de febrero ha señalado que el tipo lo establecen libremente los interesados (acreedor, deudor e hipotecante no deudor) para evitar el trámite del avalúo propio de la ejecución ordinaria (arts. 637 a 639 LEC) lo que permite dotar de celeridad a la venta extrajudicial; y que la Ley 1/2013 estableció para toda hipoteca la necesidad de que el tipo fijado para la subasta no fuese nunca inferior al 75% de la tasación realizada con arreglo a la legislación reguladora del mercado hipotecario (antes la fijación del tipo era libre), ello cualquiera que fuese el prestatario, el hipotecante no deudor o la naturaleza del bien hipotecado y aunque la hipoteca se constituyese a favor de personas físicas o jurídicas diversas de las indicadas en el artículo 2 de la Ley 2/1981 que son las únicas habilitadas para emitir títulos hipotecarios en el mercado secundario (con lo que desvinculó la tasación de la emisión de títulos hipotecarios).

La reforma operada por la Ley 5/2019 en el artículo 129.2.a) de la Ley Hipotecaria únicamente habría servido para indicar que el tipo para la subasta en la venta extrajudicial debe coincidir con el cien por cien de la tasación realizada con arreglo a la normativa reguladora del mercado hipotecario y habría mantenido en lo demás la filosofía de la Ley 1/2013. Es por ello que cabe concluir que el artículo 129.2.a) de la Ley Hipotecaria es aplicable a toda hipoteca.

De manera que para poder inscribir los pactos de ejecución judicial directa y de venta extrajudicial es imprescindible acreditar al registrador de la propiedad a través de la certificación pertinente la tasación de la finca realizada conforme a la Ley 2/1981 (o sea, según las normas de la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, que prohíbe tener en cuenta posibles revalorizaciones futuras del bien), y que el tipo fijado para ambos procedimientos es equivalente al cien por cien de dicha

tasación. De lo contrario, al tratarse el artículo 129.2.a) de la Ley Hipotecaria y el artículo 682.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de normas imperativas, su infracción produciría la nulidad de la estipulación y la imposibilidad de acceso al Registro *de la hipoteca*, salvo consentimiento expreso de acreedor y deudor para la inscripción sin tal cláusula (RRDGRN de 18 de febrero de 2014 *[RJ* 2014, 1787], 12 de septiembre de 2014 *[RJ* 2014, 4914] y 30 de septiembre de 2014 *[RJ* 2014, 5504]).

Ahora bien, si se trata de un contrato de crédito inmobiliario con garantía hipotecaria sobre inmuebles de uso residencial, o sobre otro tipo de inmuebles pero que cumpla con la finalidad e intervención de un consumidor exigidas por el artículo 2.1.b) Ley 5/2019, la tasación sería exigible incluso aunque no se fijase tipo de subasta de cara a la ejecución hipotecaria o a la venta extrajudicial. De manera que en estos casos ya no podría inscribirse la hipoteca sin el certificado de tasación mediante el expediente de no hacer referencia en el contrato a tales vías ejecutivas. O dicho en otros términos, con la Ley 1/2013 la tasación no era requisito de la hipoteca, pero sí lo es con la Ley 5/2019 al ser un requisito para evaluar la solvencia del potencial prestatario (art. 19)[21].

Por otro lado, la modificación del apartado 2.a) del artículo 129 de la Ley Hipotecaria ha supuesto la tácita derogación de lo dispuesto en el artículo 682.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como aclara la RDGSJFP núm., 937/2021, de 23 de diciembre pues lo contrario supondría aceptar una interpretación extraña según la cual dependiendo de que la cláusula de venta extrajudicial acompañe o no a los pactos para la ejecución judicial directa, el valor de tasación del bien sería distinto para esta, lo cual también sería inadmisible desde el punto de vista de la protección del consumidor y la interpretación de las normas con arreglo a este principio constitucional (art. 51 CE y art. 5 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial)[22].

En cuanto a las hipotecas constituidas antes de la Ley 5/2019 y la consiguiente reforma del artículo 129.2.a) de la Ley Hipotecaria para elevar el tipo de subasta del 75 % al 100 % del valor de tasación del inmueble, y en las que el tipo esté fijado entre ese 75 y 100 % del valor de tasación, cabe pensar que deberá revisarse al alza el tipo hasta llegar al mínimo legal (lo que ha sido doctrina de los tribunales en relación con la reforma de 2013 y su exigencia de un tipo mínimo del 75 %) o bien cabe pensar que el notario no puede hacer esta revisión del tipo, debiendo seguirse la subasta con el tipo pactado antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2019[23].

2.º. Que en el pacto de venta extrajudicial conste el domicilio señalado por el hipotecante para la práctica de requerimientos y notificaciones, que no podrá ser distinto del fijado para la ejecución judicial directa (art. 234.1.2.º RH).

De acuerdo con el artículo 234.1.2.º del Reglamento Hipotecario, «la tramitación de la ejecución extrajudicial prevista por el artículo 129 de la Ley requerirá que en la escritura de constitución de la hipoteca se haya estipulado la sujeción de los otorgantes a este procedimiento y que consten las circunstancias siguientes:

… 2.º El domicilio señalado por el hipotecante para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones. La determinación del domicilio, que no podrá ser distinto del fijado para el procedimiento judicial sumario, podrá modificarse posteriormente con sujeción a lo previsto en el artículo 130 de la Ley».

De acuerdo, pues, con el artículo 234.1.2.º del Reglamento Hipotecario el pacto de venta extrajudicial debe contener la consignación de un domicilio del hipotecante a efectos de notificaciones y requerimientos.

Aunque el precepto solo menciona al hipotecante y no al deudor el Tribunal Supremo (STS de 19 de julio de 1994 *[RJ* 1994, 7800] y 1 de junio de 1995 *[RJ* 1995, 4589] y de 12 de enero de 2015 *[RJ* 2015, 437]), y la DGRN (RDGRN núm. 7034/2016, de 20 de junio de 2016) han entendido que debe hacerse mención también del domicilio del deudor a efectos de notificaciones y requerimientos, ya que la exigencia del artículo 234.1.2.º del Reglamento Hipotecario debe ir referida a todas las personas intervinientes que deban ser requeridas de pago y el artículo 236-c del Reglamento Hipotecario señala que si de la certificación registral no resultan obstáculos a la realización hipotecaria solicitada, el notario practicará un requerimiento de pago al deudor. Además han señalado que el requerimiento de pago practicado en el domicilio fijado en la escritura de constitución de hipoteca es un trámite esencial para la validez del procedimiento y cuya infracción determina la nulidad de todo el procedimiento incluida la adjudicación del inmueble hipotecado. Y que si bien es posible fijar un solo domicilio para el requerimiento de pago de hipotecante y deudor, coincidente con el señalado a efectos del procedimiento judicial directo, no deben quedar dudas acerca de los términos de tal determinación única. Hay que tener en cuenta también que la fijación del domicilio tiene la doble finalidad de asegurar al acreedor frente a dilaciones indebidas por cambios de residencia o mala fe del deudor y, por otro lado, garantizar al deudor el exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas. Ya que la naturaleza real de la acción ejercitada no es obstáculo para que el obligado principal al pago sea requerido de pago a fin de evitar con el cumplimiento la realización de los bienes afectos[24].

Si el pacto de venta extrajudicial no cumpliese las exigencias indicadas, tradicionalmente se había entendido que la hipoteca era inscribible sin dicho pacto (bastando para ello el consentimiento del acreedor a la inscripción parcial) y que el acreedor podía acudir para la realización de la garantía a la ejecución ordinaria o al declarativo pero recientemente la DGRN (RRDGRN de 18 de febrero de 2014 *[RJ* 2014, 1787], 12 de septiembre de 2014 *[RJ* 2014, 4914] y 30 de septiembre de 2014 *[RJ* 2014, 5504] ha cambiado su criterio entendiendo que la cláusula de venta extrajudicial constituye un elemento delimitador del contenido esencial del derecho real de hipoteca como procedimiento ejecutivo que le es propio y que aunque el uso del mismo es potestativo para el acreedor no le es indiferente a la parte prestataria ya que tratándose de vivienda habitual goza de los beneficios del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en caso de adjudicación al acreedor, beneficio del que carece en el resto de procedimientos y que le pudo llevar a consentir el pacto. Por ello es necesario el consentimiento expreso del deudor hipotecario para poder inscribir la hipoteca sin el pacto de ejecución judicial directa y de venta extrajudicial (arts. 19 bis y 322 LH). Este obstáculo puede removerse con una mera instancia personal (art. 110 RH) o con una simple diligencia notarial conforme al artículo 153 del Reglamento Notarial que dejen constancia del consentimiento de las partes para la inscripción sin dicha cláusula.

3.º Que en el pacto se haga constar expresamente el carácter habitual o no que pretende atribuirse a la finca que se hipoteque [art. 129.2.b) LH y art. 21. 3 LH]. Se presumirá, salvo prueba en contrario, con arreglo al artículo 129.2.b) de la Ley Hipotecaria que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución.

En efecto, el artículo 129.2.b) de la Ley Hipotecaria señala que «*la estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipula-*

ciones de la escritura y deberá señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución». Por su parte, el artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria señala que «*en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución*». Ambos artículos deben su redacción a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Esta exigencia de los artículos 129.2.b) y 21.3 de la Ley Hipotecaria alcanza no solo a la vivienda habitual del deudor sino también del hipotecante no deudor (RDGRN de 19 de diciembre de 2013), según ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado con apoyo en la regulación del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, que extiende su ámbito de aplicación a los hipotecantes no deudores respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario[25].

Si inicialmente la vivienda no era habitual y adquiere este carácter posteriormente, la consideración de tal en la venta extrajudicial no puede depender de su constancia mediante nota marginal (pues la modificación del carácter del inmueble puede no haberse hecho constar en el Registro) sino que corresponde al deudor la prueba de tal extremo (presentando certificado de empadronamiento, recibos de los suministros de agua, luz, gas…), siendo el notario el que decida en el propio procedimiento, pudiendo las partes en todo caso cuestionar la decisión del notario mediante incidente de oposición en vía judicial[26].

La importancia que tiene esta manifestación en la escritura de constitución de préstamo hipotecario y en concreto en el pacto de venta es trascendental dadas las diferentes normas que se aplican en la venta forzosa del bien según se trate de vivienda habitual o no (porcentajes de adjudicación del art. 671 LEC, art. 693.3 LEC; art. 579.2 LEC, Real Decreto Ley 6/2012; arts. 1 y 1 bis de la Ley 1/2013, etc.).

En relación con las escrituras de préstamo hipotecario de fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 (15 de mayo de 2013), que introdujo esta exigencia en el artículo 21 y en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, la afirmación de que se trata de vivienda habitual exige prueba por quien lo alegue, pudiendo determinarse dentro de la propia acta de tramitación de la venta extrajudicial por el notario, que puede solicitar pruebas al efecto (en el requerimiento de pago dirigido al deudor y al hipotecante no deudor), basarse en registros administrativos (consulta del Padrón Municipal), o basarse en presunciones (p.e., el bien era privativo y para la hipoteca del mismo se ha exigido el consentimiento de ambos cónyuges *ex* art. 1320 CC; se consigna en la escritura que la finalidad del préstamo es la adquisición de vivienda habitual; en la comparecencia ante el notario de la escritura de préstamo hipotecario se indica como domicilio el inmueble a hipotecar). En todo caso, no sería preciso realizar la declaración del carácter habitual o no de la vivienda en juicio declarativo previo ya que no existiendo rectificación alguna del Registro a practicar carece de sentido la aplicación del artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Así lo ha entendido la RDGRN de 13 de febrero de 2014[27].

4.º. Que en el pacto de venta extrajudicial se indique la persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante (art. 234.1.3 RH).

En este caso, la falta de otorgamiento de tal poder no se considera un obstáculo para la inscripción del pacto de venta extrajudicial ya que en ausencia de apoderado el propio artículo 236.1.1 del Reglamento Hipotecario prevé que habrá de comparecer al otorgamiento de la escritura de venta el dueño, el cual puede ser persona distinta del hipotecante si se hubiese producido una transmisión[28].

Ahora bien, un poder no inscrito no vincula al tercer poseedor de la finca. Por el contrario, el poder inscrito vincula al tercer poseedor no siendo necesaria su colaboración para otorgar la escritura de venta. Pero si el hipotecante/propietario permanece, el apoderamiento incluso no inscrito sigue surtiendo efecto en la relación *inter partes*[29].

Hay que señalar que normalmente suele apoderarse a un representante legal de la entidad acreedora, lo que puede plantear la duda de la abusividad al colocar al deudor en situación de desigualdad[30].

En todo caso, la RDGSJFP de 5 de junio de 2020 señala que para la transmisión de inmuebles (también la derivada de la venta extrajudicial) se requiere el documento público por exigencias del artículo 1280 del Código Civil, por lo que en su opinión resultaría aplicable el artículo 708 Ley de Enjuiciamiento Civil, en su caso.

B) El vencimiento anticipado de la obligación

Junto con el pacto de venta extrajudicial, es preciso para proceder a la apertura de la venta extrajudicial que se haya producido el vencimiento anticipado de la obligación.

La DGRN exige la indicación expresa en el pacto de venta extrajudicial de que la hipoteca solo podrá ejecutarse por falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada, lo que supone excluir de la venta extrajudicial cualquier otra causa de vencimiento anticipado distinta del impago, aunque dicha causa esté pactada y conste inscrita en el Registro de la Propiedad[31].

En el ámbito del artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria, precepto introducido por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario es preciso para que se produzca el vencimiento anticipado de la obligación que el préstamo o crédito esté concluido por persona física; que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial (*cualquiera que sea la finalidad del préstamo*) o bien que el préstamo tenga por finalidad adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial. En estos casos el deudor perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado, pudiendo ejercitarse la acción hipotecaria, si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital o de los intereses

b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al 3% del capital concedido, o al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas equivalente, si la mora se produce dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. O bien que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al 7% del capital concedido, o al impago de 15 plazos mensuales o un número de cuotas equivalente, si la mora se produce dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que de no ser atendido reclamará el reembolso del préstamo[32].

La doctrina ha visto divergencias entre el artículo 24 de la Ley 5(2019 y el artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria reseñado (que prácticamente reproduce el contenido de aquel) y el ámbito de aplicación de la Ley 5/2019 (reseñado en su art. 2). El ámbito de aplicación de la Ley 5/2019 sería más amplio que el del vencimiento anticipado del artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria en la medida que incluye contratos de préstamo con la finalidad de adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir (tengan estos o no un uso residencial) y cuenten o no con garantía hipotecaria, siempre que el prestatario, fiador o garante sea un consumidor[33].

De manera que tratándose de un préstamo hipotecario concluido por persona física consumidora para la adquisición o conservación de un bien inmueble de uso no residencial, el vencimiento anticipado no se regiría ni por el artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria ni por el artículo 24 Ley 5/2019, aunque estemos en presencia de un contrato de crédito inmobiliario incluido en el ámbito de aplicación de esta última norma. Para aquellos contratos de crédito hipotecario (sean o no contratos de crédito inmobiliario) que estén excluidos del ámbito aplicación del artículo 24 Ley 5/2019 y del artículo 129.bis de la Ley Hipotecaria, el vencimiento anticipado se regiría por el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige un pacto inscrito en el Registro de la Propiedad pero sin indicar un número mínimo de cuotas que hayan de ser impagadas[34].

Cabe preguntarse si sería posible la apertura de la venta extrajudicial para una ejecución limitada a los plazos de capital o de intereses que hubieran vencido, quedando otros plazos por vencer, mediante la venta del inmueble y su transferencia al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte de crédito no satisfecho. De acuerdo con el artículo 693.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sería preciso que hubieran vencido tres plazos mensuales y que así se hiciese constar en la escritura y en el Registro. La cuestión es si esta normativa es aplicable en la venta extrajudicial. La doctrina ha señalado que si este pacto se contiene en la cláusula de la escritura referida a la ejecución judicial hipotecaria, no sería posible abrir la venta extrajudicial con apoyo en la misma dada la impermeabilidad entre procedimientos (de distinta naturaleza) y la exigencia de clausulados diferenciados para uno y otro por la DGRN. En cuanto a pactarlo como contenido específico de la venta extrajudicial no se considera que la cuestión sea clara ya que la regulación específica de la venta extrajudicial no contempla la venta de la finca con la subsistencia de la carga[35].

En cuanto al régimen transitorio de la Ley 5/2019 para las escrituras de préstamo hipotecario con cláusula de venta extrajudicial otorgadas antes de su entrada en vigor (y por lo tanto, con anterioridad a la existencia del art. 129 bis LH), aunque la Ley 5/2019 no se aplica retroactivamente a los contratos de préstamo hipotecario suscritos con anterioridad a su entrada en vigor, el apartado cuarto de esa disposición transitoria primera prevé la aplicación del artículo 24 a los contratos anteriores a su entrada en vigor que entren dentro del ámbito objetivo de aplicación de la ley y de dicho precepto y en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que el vencimiento anticipado de la obligación se produzca con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene el contrato le resulta más favorable. Si el vencimiento anticipado se hubiese producido con anterioridad a

la entrada en vigor de la Ley 5/2019, entonces no se podría aplicar el artículo 24 de la Ley 5/2019, con independencia de si se hubiera instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria o de venta extrajudicial para hacerlo efectivo y de si ese procedimiento estuviese suspendido o no[36].

No obstante, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019, consecuencia de la STJUE de 26 de marzo de 2019 que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo el 8 de febrero de 2017, en relación con el alcance de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, y consecuencia también de los tres Autos de 3 de julio de 2019 del TJUE, ha señalado unos criterios orientativos para resolver los procedimientos suspendidos como consecuencia del planteamiento de incidentes de oposición por abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y de la decisión judicial de quedar a la espera de la resolución por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por el Tribunal Supremo de la cuestión prejudicial planteada por este órgano.

El Tribunal Supremo ha señalado en la mencionada sentencia que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado conlleva la nulidad del contrato de préstamo hipotecario en su totalidad al afectar a la causa o finalidad económico-jurídica del mismo, de modo que el contrato residual respondería a una naturaleza y finalidad diversa de la que pretendieron inicialmente las partes. Como dicha nulidad conlleva efectos perjudiciales para el consumidor al impedir tramitar el procedimiento de ejecución judicial directa o la venta extrajudicial, que comportan beneficios de orden procesal y material para el consumidor (art. 579 LEC, tipo mínimo para la subasta y art. 693.3 LEC), el contrato de préstamo hipotecario debería integrarse permitiendo su subsistencia con la redacción que la Ley 5/2019 ha dado al artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto este que remite al artículo 24 de aquella y al 129 bis de la Ley Hipotecaria. De manera que:

— Los procedimientos en curso en los que el vencimiento anticipado tuvo lugar antes de entrar en vigor la Ley 1/2013 deben sobreseerse.

— Los procedimientos en que se dio por vencido el préstamo después de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 en virtud de una cláusula nula deben sobreseerse si el incumplimiento del deudor no reviste los requisitos de gravedad y proporcionalidad a que se refiere la STJUE de 14 de marzo de 2013. Si el incumplimiento del deudor revistiese la gravedad prevista en el artículo 24 de la Ley 5/2019 o 129 bis de la Ley Hipotecaria, el procedimiento podría continuar.

— Dictado auto de sobreseimiento (que tendría por efecto el cierre de la venta extrajudicial en curso suspendida), cabría abrir un nuevo procedimiento de venta extrajudicial en aplicación no ya de la cláusula declarada nula sino de la disposición legal (art. 24 LCCI o 129 bis LH), de modo que estos preceptos se aplicarían retroactivamente a los contratos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 5/2019 (16 de junio de 2019), pese a que tal interpretación pudiera originar alguna discordancia con la disposición transitoria primera, párrafo 4.º de la Ley 5/2019 (que literalmente impide tal retroactividad). Ello porque el TJUE permite integrar el contrato para evitar su nulidad con la redacción que tenga el precepto legal en que se inspiró la cláusula nula posterior a la celebración del contrato, y esta última redacción sería la dada por la Ley 5/2019[37].

Estos criterios serían aplicables a las ventas extrajudiciales que hubieran quedado suspendidas a la espera de las mencionadas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo.

C) La liquidación de la deuda con arreglo a las estipulaciones pactadas en la escritura de constitución de hipoteca

En último término, para que se proceda a la apertura de la venta extrajudicial es preciso que se proceda a la liquidación de la deuda con arreglo a las estipulaciones pactadas en la escritura de constitución de hipoteca.

Como hemos indicado antes, la venta extrajudicial solo puede aplicarse a hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada en el momento de abrirse la venta extrajudicial. Pero la ley también admite que se trate de obligaciones que exijan una liquidación mediante operaciones aritméticas sencillas. Así, en el caso de que el préstamo deba ser devuelto mediante amortizaciones progresivas y en el caso de que se hubieran pactado intereses variables. En este sentido se manifiesta el artículo 129.2.c) de la Ley Hipotecaria y el artículo 235.1 del Reglamento Hipotecario[38].

No es necesario incorporar a la escritura un pacto de liquidez que establezca un concreto procedimiento para hacer los cálculos. En este caso estaríamos en presencia de un pacto procesal ineludible para acudir a la venta extrajudicial en cuyo defecto el pacto de venta extrajudicial no podría inscribirse y el acreedor debería reclamar la deuda en el procedimiento ordinario. Lo que exige el artículo 129.2.c) de la Ley Hipotecaria es simplemente que la liquidación sea acorde con las estipulaciones pactadas por las partes en la escritura: así, con arreglo a las fechas estipuladas para el devengo de intereses remuneratorios, con arreglo al índice de referencia que permite determinar el interés variable, etc. [39].

La liquidación deberá plasmarse en documento fehaciente y aportarse junto con el requerimiento inicial del acreedor. Dicho documento resultará elaborado por el propio notario conforme al artículo 218 del Reglamento del Notariado. Estas previsiones del artículo 129.2.c) de la Ley Hipotecaria y 235.1 del Reglamento Hipotecario parten de la premisa de que el acreedor no cuenta con el consentimiento del deudor a la cantidad exigible y que por ello se le debe proveer de un mecanismo para integrar su título sin acudir al procedimiento ordinario pues si acreedor y deudor están conformes en la cantidad exigible no hay necesidad de integrar el título ejecutivo, pues bastará la escritura de constitución de hipoteca y el convenio de determinación de la deuda exigible para integrar el título ejecutivo y permitir abrir la venta extrajudicial[40].

En relación con la liquidación de los intereses de demora, la cuestión está actualmente regulada en el artículo 25 de la Ley 5/2019.

De acuerdo en el artículo 25 de la Ley 5/2019 «en el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario». Idéntica redacción contiene el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, en redacción dada por la Ley 5/2019.

En el caso de préstamos hipotecarios anteriores a dicha norma, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en sus STS de 22 de abril de 2015 y 3 de junio de 2016 y STS (Pleno) de 28 de noviembre de 2018, que para determinar la abusividad de la cláusula de intereses de demora debe atenderse a todos los posibles criterios de comparación de los intereses moratorios pactados

con respecto a las normas aplicables en defecto de pacto. De este modo cabe determinar si los mismos son desproporcionadamente altos y si el profesional podía razonablemente esperar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual. Así se debe tener en cuenta no solo el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria en redacción dada por Ley 1/2013, que establecía el límite de tres veces el interés legal del dinero, sino también el artículo 1108 del Código Civil; el artículo 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro; artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo al interés de demora procesal. De este modo, considerando que el interés de demora consiste en un recargo que se añade al interés remuneratorio pactado, el Tribunal Supremo considera que es abusivo un interés de demora que exceda del interés remuneratorio más dos puntos porcentuales, criterio acogido para los préstamos personales en la STS de 22 de abril de 2015 y luego para los préstamos hipotecarios por la STS de 3 de junio de 2016. Apreciada la nulidad de la cláusula de intereses de demora el Tribunal Supremo considera que se sigue devengando el interés remuneratorio pactado hasta el completo pago de la deuda, lo que no supone una integración del contrato (criterio avalado por la STJUE de 7 de agosto de 2018)[41].

Para las escrituras de préstamo hipotecario posteriores a la entrada en vigor de la Ley 5/2019, el artículo 25 de la misma y el artículo 114 de la Ley Hipotecaria (en redacción dada por dicha norma) señalan que en el caso de préstamo o crédito concluido por persona física y garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales. Si los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2019 son objeto de novación o subrogación tras el 16 de junio de 2019, fecha de entrada en vigor de la Ley 5/2019, y entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 25, en dicho caso este precepto sería aplicable dado lo dispuesto en la disposición transitoria primera, apartado 2[42].

VII. CONCLUSIONES

I. Los presupuestos materiales que permiten la tramitación de la venta extrajudicial son, por un lado, que la obligación asegurada sea una obligación pecuniaria cuya cuantía esté determinada al iniciarse el procedimiento de venta extrajudicial (lo que supone estar dentro del ámbito de aplicación del procedimiento) y por otro lado, que se cumplan los requisitos para la tramitación del mismo, esto es, que se haya incorporado a la escritura de préstamo hipotecario y al Registro de la Propiedad el pacto de venta extrajudicial con sus requisitos formales y de contenido, el vencimiento anticipado de la obligación y la liquidación de la deuda con arreglo a las estipulaciones pactadas en la escritura de préstamo hipotecario.

II. La venta extrajudicial es un procedimiento basado, por un lado, en el principio de autonomía de la voluntad de las partes en cuanto constituye el desenvolvimiento de un pacto privado realizado sobre la base del artículo 1255 del Código Civil. Por otro lado, en el principio de transparencia material ya que es esencial que el deudor conozca la significación procesal del pacto de venta extrajudicial en el momento de otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario. Y, finalmente, en el principio de seguridad jurídica en cuanto impide la

apropiación unilateral y privada del bien por el acreedor, asegurando los intereses de otros acreedores posteriores y del propio deudor en cuanto al sobrante.

III. Es un procedimiento que puede desjudicializar la realización forzosa del bien hipotecado, pero que plantea problemas de derecho aplicable, dados los numerosos textos legales que concurren a su regulación (Ley Hipotecaria, Reglamento Hipotecario, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley del Notariado, Ley 5/2019, etc.).

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/2011
- STJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y 94/17
- STJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17

- ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16
- ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C- 70/17
- ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-179/17

- STS de 19 de julio de 1994
- STS de 1 de junio de 1995
- STS de 12 de enero de 2015
- STS de 22 de abril de 2015
- STS de 3 de junio de 2016
- STS de 14 de julio de 2016
- STS (Pleno) de 28 de noviembre de 2018
- STS de 11 de septiembre de 2019

- RDGRN de 23 de enero de 2012
- RDGRN de 20 de junio de 2012
- RDGRN de 28 de noviembre de 2012
- RDGRN de 9 de marzo de 2013
- RDGRN de 9 de mayo de 2013
- RDGRN de 5 de julio de 2013
- RDGRN de 8 de julio de 2013
- RDGRN de 18 de septiembre de 2013
- RDGRN de 19 de diciembre de 2013
- RDGRN de 13 de febrero de 2014
- RDGRN de 18 de febrero de 2014
- RDGRN de 25 de febrero de 2014
- RDGRN de 12 de septiembre de 2014
- RDGRN de 30 de septiembre de 2014
- RDGRN de 20 de junio de 2016
- RDGRN de 2 de enero de 2019
- RDGRN de 22 de febrero de 2019
- RDGRN de 8 de mayo de 2019

- RDGSJFP de 5 de junio de 2020
- RDGSJFP de 11 de febrero de 2021
- RDGSJFP de 23 de diciembre de 2021

IX. BIBLIOGRAFÍA

ADAN DOMENECH, F. (2017). La venta extrajudicial del bien inmueble hipotecado. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 67, 83-134.

ALBALADEJO, M. (2016). *Derecho civil III. Derecho de bienes*. Madrid: Edisofer.

CABANAS TREJO, R. (2019). Algunas observaciones sobre la venta extrajudicial de inmueble hipotecado al hilo de la nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario. *Diario La Ley,* núm. 9464, 25 de julio de 2019, 1-25 (formato PDF).

— (2020). Algunos problemas de ejecución de la hipoteca en la LCCI. En *Reflexiones en la víspera de la entrada en vigor de la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (Mesas Redondas del Colegio Notarial de Madrid. 1, 2 y 3 de abril de 2019)*. Madrid: Dykinson, 81-93.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2019). Venta extrajudicial de finca hipotecada y dación en pago: una breve y contenida memoria explicativa de su reforma legal propuesta. En A. Domínguez Luelmo (coord.). *Vivienda e hipoteca*. Madrid: Tecnos, 593-635.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. *et alii.* (2019). Una propuesta de reforma legal sobre venta extrajudicial de finca hipotecada y dación en pago. *Boletín del Ministerio de Justicia,* núm. 2217, marzo de 2019, 3-24. Disponible en https://Dialnet-UnaPropuestaDeReformaLegalSobreVentaExtrajudicialD-6924826

CORDERO LOBATO, E. (2019). Capítulo XV. El valor de tasación para subasta. En A. Carrasco Perera (dir.). *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Cizur Menor Navarra: Aranzadi, (pp. 671-675).

FONT DE MORA RULLÁN, J.; MOYA DONATE, P; MIÑANA LLORENS, V.; BAÑON GONZÁLEZ, A; DE LA RÚA NAVARRO, A. M.ª y LONGAS POSTOR, B. (2018). Alternativas en orden a la ejecución de la garantía hipotecaria: problemas prácticos y dudas jurídicas. *Diario La Ley,* núm. 9217, 1-46 (formato PDF).

GARCÍA MÁS, F. J. (2014). Algunas reflexiones sobre la protección del deudor hipotecario: especial consideración de la intervención notarial. En. M.ª A. Alcalá (coord.). *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario*. Madrid: Dykinson, 69-89.

GARCÍA PÉREZ, R.M. (2021). El derecho real de hipoteca inmobiliaria (I). Sujetos, objeto y forma. En F. J. Sánchez Calero (coord.). *Curso de Derecho Civil III. Derechos Reales y Registral Inmobiliario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 377-409.

GOMÁ LANZÓN, F. (2014) El procedimiento extrajudicial notarial de venta de bien hipotecado: informe de situación. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. extraordinario 2014, 197-222.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2013). La venta extrajudicial ante Notario de la finca hipotecada: constitucionalidad y diferencias con la ejecución directa judicial. *El Notario del Siglo XXI*, núm. 51, 1-4 (formato PDF). Disponible en https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-51/3526-la-venta-extrajudicial-ante-notario-de-la-finca-hipotecada-constitucionalidad-y-diferencias-con-la-ejecucion-directa-judicial

IMAZ ZUBIAR, L. (2020). *La encrucijada notarial en la ejecución hipotecaria*. Barcelona: Atelier.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2016). Las cláusulas abusivas de intereses moratorios y vencimiento anticipado en la reciente jurisprudencia comunitaria y nacional. La integración *pro consumatore* de la cláusula de vencimiento anticipado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, 1677-1705.

— (2017). La ejecución del derecho de crédito: ejecución ordinaria e hipotecaria. En M. Cuena Casas (dir.). *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 639-679.
— (2019) (1). Breve exposición del *status quaestionis* de la cláusula de vencimiento anticipado, en espera de la sentencia del TJUE que resuelva la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 772, 1014-1040.
— (2019) (2). Breve introducción a la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 776, 3127-3154.
— (2020). El vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios tras la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la STS de 11 de septiembre de 2019. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 777, 589-621.
LÓPEZ LIZ, J. (1993). *El procedimiento extrajudicial notarial de ejecución hipotecaria*. Barcelona: Bosch.
MARÍN CALERO, C. (2018). *La ejecución extrajudicial de la hipoteca*. Valencia: Tirant lo Blanch.
— (2021). *La ejecución extrajudicial de la hipoteca*. Estudio de práctica notarial. Madrid: Fundación Notariado.
MARTÍNEZ DE SANTOS, A. (2016). *La hipoteca y su ejecución (opciones y alternativas procesales)*. Madrid: Fe d´erratas.
— (2018). *La hipoteca y su reclamación judicial.* Madrid: Wolters Kluwer.
MICÓ GINER, J. (2017). *Hipotecas y venta extrajudicial de inmuebles hipotecados*. Valencia: Tirant lo Blanch.
MILLÁN SALAS, F. (2022). Presupuestos de la mora del acreedor. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 790, 1195-1240.
PERNAS RAMÍREZ, P. (2021). *El principio de tracto sucesivo*. En J. Rams Albesa (dir.). *Tratado de Derecho Civil. Tomo X. La fe pública registral*. Madrid: Dykinson, 445-458.
SAENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019). *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

NOTAS

[1] *Cfr.:* CABANAS TREJO, 2019, 3. Sobre las opciones procesales del acreedor hipotecario, *vid*., MARTÍNEZ DE SANTOS, 2018, 41-62.

[2] Para un estudio de la evolución histórica y de los orígenes del procedimiento, *vid.*, LÓPEZ LIZ, 1993; IMAZ ZUBIAR, 2020, 15-53.

[3] GOMÁ LANZÓN, 2014, 200; ADAN DOMENECH, 2017, 86; GARCÍA MÁS, 2014, 71; CABANAS TREJO, 2019, 4.

[4] CABANAS TREJO, 2019, 4. GOMÁ LANZÓN, 2014, 200.

[5] Exposición de motivos de la Propuesta de reforma legal sobre venta extrajudicial de finca hipotecada y dación en pago, presentada por Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (catedrático de Derecho civil), Juan María DÍAZ FRAILE (registrador de la propiedad y catedrático acreditado de Derecho Civil), Javier FEÁS COSTILLA (notario en Sevilla), Natalia HERMOSO DE MENA (letrado de la Administración de Justicia en el Juzgado de Primera Instancia núm. 31 de Madrid y Javier MICÓ GINER (notario en Sabadell), como proponente de la reforma (CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2019, 618).

[6] *Cfr.,* GOMÁ LANZÓN, 2014, 209-210.

[7] GOMÁ LANZÓN, 2014, 211. GARCÍA MÁS, 2014, 71. CABANAS TREJO, 2019, 4. ADAN DOMENECH, 2017, 91-92.

[8] IMAZ ZUBIAR, 2020, 93.
[9] CABANAS TREJO, 2019, 1-3.
[10] *Cfr.:* IMAZ ZUBIAR, 2020, 88.
[11] GÓMEZ GÁLLIGO, 2013, 2. FONT DE MORA RULLÁN, J.; MOYA DONATE, P.; MIÑANA LLORENS, V.; BAÑON GONZÁLEZ, A.; DE LA RÚA NAVARRO, A.M.ª y LONGAS POSTOR, B., 2018, 34-35. Sobre el principio de tracto sucesivo, *vid.*, PERNAS RAMÍREZ, 2021, 445-458. *Vid:* RDGRN de 9 de mayo 2013; 19 de marzo de 2013; 5 de julio de 2013; 8 de julio de 2013.
[12] IMAZ ZUBIAR, 2020, 79-80.
[13] IMAZ ZUBIAR, 2020, 79-80, 82 y 83. MARTÍNEZ DE SANTOS, 2016, 51 y 55.
[14] ADAN DOMENECH, 2017, 93-94.
[15] Como señala ALBALADEJO, «las obligaciones asegurables con derecho real de garantía pueden ser de cualquier clase», por lo tanto cabe asegurar obligaciones pecuniarias o de otro tipo. Pero si la obligación asegurada no es pecuniaria lo que asegura la garantía es *la responsabilidad por incumplimiento*». En este caso, el artículo 129.1.b) LH exige para poder abrir la venta extrajudicial que se hubiera pactado en la escritura de constitución de hipoteca «solo para el caso de falta de pago del capital, o de los intereses de la *cantidad garantizada*» (ALBALADEJO, 2016, 415-416).
[16] ADAN DOMENECH, 2017, 94; ALBALADEJO, 2016, 415-416; GARCÍA PÉREZ, 2021, 384, 385 y 402-403.
[17] GOMÁ LANZÓN, 2014, 216.
[18] *Vid.,* RDGRN núm. 3666/2019, de 22 de febrero de 2019.
[19] CABANAS TREJO, 2019, 5. CABANAS TREJO, 2020, 91-93.
[20] CORDERO LOBATO, 2019, 673-674.
[21] CABANAS TREJO, 2020, 82-83.
[22] JIMÉNEZ PARÍS, 2019 (2), 3144-3145; CABANAS TREJO, 2020, 84.
[23] *Cfr.,* CABANAS TREJO, 2020, 84.
[24] *Cfr.,* ADÁN DOMÉNECH, 2017, 97-98.
[25] MICÓ GINER, 2017, 546-547.
[26] ADÁN DOMÉNECH, 2017, 100; MICÓ GINER, 2017, 560 y 561-562.
[27] MICÓ GINER, 2017, 555-556 y 559-560.
[28] CABANAS TREJO, 2019, 15.
[29] CABANAS TREJO, 2019, 15.
[30] ADAN DOMÉNECH, 2017, 100-101.
[31] CABANAS TREJO, 2019, 6.
[32] MILLÁN SALAS mantiene que a diferencia de la mora del deudor «en la mora del acreedor no se precisa un requerimiento del deudor al acreedor para que coopere en el cumplimiento de la obligación como presupuesto de la misma». (MILLÁN SALAS, 2022, 1228).
[33] SAENZ DE JUBERA HIGUERO, 2019, 283-284 y 287.
[34] CABANAS TREJO, 2019, 6. SAENZ DE JUBERA HIGUERO, 2019, 288.
[35] CABANAS TREJO, 2019, 6-7.
[36] SAENZ DE JUBERA HIGUERO, 2019, 288-289.
[37] *Vid.,* JIMÉNEZ PARÍS, 2019 (1), 1014-1040; 2019 (2), 3127-3154; 2020, 589-621.
[38] ADAN DOMENECH, 2017, 102.
[39] CABANAS TREJO, 2019, 8.
[40] ADAN DOMENECH, 2017, 103.
[41] SAENZ DE JUBERA HIGUERO, 2019, 291-295 y 296-299. *Vid.,* JIMÉNEZ PARÍS, 2016, 1677-1705.
[42] SAENZ DE JUBERA HIGUERO, 2019, 300.

2. MERCANTIL

La inscripción de la prenda en el libro registro de acciones nominativas

The registration of the pledge in the registry book of nominative shares

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Profesor de Derecho civil y abogado

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de octubre de 2021 considera que la inscripción de la prenda en el libro registro de acciones nominativos es un requisito constitutivo con presunto apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2006.

ABSTRACT: The judgment of the Provincial Court of Madrid of October 29, 2021 considers that the registration of the pledge in the registry book of nominative shares is a constitutive requirement with presumable support in the judgment of the Supreme Court of July 21, 2006.

PALABRAS CLAVE: Prenda. Libro registro acciones nominativas.

KEY WORDS: Pledge. Registry book of nominative shares.

SUMARIO: I. LA INSCRIPCIÓN DE LA PRENDA EN EL LIBRO REGISTRO DE ACCIONES NOMINATIVAS SEGÚN LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID Y LA CRÍTICA A LA SOLUCIÓN ADOPTADA.—II. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—III. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA INSCRIPCIÓN DE LA PRENDA EN EL LIBRO REGISTRO DE ACCIONES NOMINATIVAS SEGÚN LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID Y LA CRÍTICA A LA SOLUCIÓN ADOPTADA

La sentencia apelada del Juzgado Mercantil de Madrid núm. 11 que dio lugar al fallo del recurso de apelación por parte de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) núm. 391/2021 *(JUR* 2022, 31520) consideró que al constituirse la prenda sobre acciones nominativas no impresas no es necesario el desplazamiento posesorio, siendo eficaz la garantía prendaria por el mero acuerdo de voluntades y con efectos frente a terceros por constar en

instrumento público, produciendo la inscripción en el libro registro de acciones nominativas un mero efecto legitimador frente a la sociedad.

Se había discutido, por el contrario, en el proceso que se considera requisito de constitución de la prenda, conforme al artículo 1863 del Código Civil, el desplazamiento posesorio que, tratándose de acciones no impresas, debe entenderse producido por la inscripción en el libro registro de acciones nominativas, previa comunicación a la sociedad, conclusión a la que llega también la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de forma inexplicable, con apoyo presunto en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2016, reiteramos presunto, puesto que el Alto Tribunal no se pronunció en dichos términos, a nuestro modo de ver.

De esta forma, la Audiencia Provincial de Madrid trae a colación la referida sentencia del Alto Tribunal.

«*Sin perjuicio de la polémica doctrinal sobre los requisitos para la constitución de la prenda sobre acciones nominativas no impresas ni entregadas, lo cierto es que el Tribunal Supremo ha dado respuesta a la cuestión en sentencia de 21 de julio de 2006, invocada por el apelante. En la referida sentencia se precisa, al analizar un supuesto de prenda sobre acciones cuyos títulos no estaban impresos y entregados a los socios, que: «… ha sido discutida la función que cumple la entrega de la cosa, no ya para el nacimiento del derecho real de prenda…, sino para la perfección del contrato que lo origina.*

En todo caso, no cabe desconocer que los planteamientos favorables a una calificación del contrato como de naturaleza real encuentran apoyo en el tenor literal del artículo 1863 del Código Civil, que exige, para constituirlo, que se ponga en posesión del acreedor o de un tercero de común acuerdo la cosa que ha de quedar gravada. La entrega de la cosa es, pues, necesaria, no solo para el nacimiento del derecho real de garantía, sino, a la vista del artículo 1863 del Código Civil, respetuoso con la tradición romana, para la perfección del propio contrato que lo origina y que dicho texto legal tipifica… Sin embargo, la naturaleza real del contrato de prenda previsto en el Código Civil no significa que no sean válidas modalidades contractuales pignoraticias no posesorias, ya porque el propósito que llevó al legislador al tipificarlas fue precisamente mantener la cosa gravada en poder del deudor (art. 1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, que derogó los arts. 1863 bis a 1873 bis CC), ya porque, como consecuencia de la desincorporación cartular del valor mobiliario y su representación meramente contable, la entrega se haya sustituido en algún caso por una inscripción (art. 10 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores), ya porque estén expresamente admitidas formas negociales precontractuales de prenda o promesa de constituirla en el futuro, como fuentes solo de acción personal entre los contratantes (art. 1862 CC), ya porque sean tolerables contratos que cumplan funciones iguales a la prenda y tengan por objeto bienes incorporales, no susceptibles de posesión (sentencias de 25 de junio de 2001 y 26 de septiembre de 2002), ya porque el reconocimiento de la potencialidad normativa creadora de los particulares (art. 1255 CC: sentencia de 26 de septiembre de 2002) y el respeto a lo pactado (pacta sunt servanda) excluyen considerar, al margen de cuales sean las calificaciones procedentes, que no quede obligado quien, de acuerdo con el acreedor en constituir la prenda, se compromete a cumplir las formalidades posteriores que, unidas al consentimiento, sean necesarias para el nacimiento del derecho real de garantía y realización de valor en que consiste: entre ellas, la entrega de la cosa que se quiere pignorar.

Precisamente el artículo 57.2 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (de idéntico contenido que el vigente artículo 121 del texto refundido de la

Ley de Sociedades de Capital) reconoce efectos, aunque meramente obligatorios, al contrato de prenda de acciones cuyo objeto lo constituyan títulos representativos de las mismas todavía no entregados, al disponer que, cuando no consten impresos, el acreedor pignoraticio tendrá derecho, como consecuencia del contrato, a obtener de la sociedad una certificación de la inscripción de su derecho en el libro registro de acciones nominativas». Y con posterioridad, añade: «El artículo 57.2 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas se limita a admitir como sustitutivo de los títulos inexistentes su inscripción en el libro de acciones nominativas, sin negar otros efectos al contrato consensual».

No solo sin apoyo en la referida sentencia del Tribunal Supremo sino también de forma contraria a los requisitos de la prenda de acciones o de derechos se ha venido sosteniendo, la Audiencia Provincial de Madrid, llega a la siguiente afirmación categórica (FJ Segundo):

«En definitiva, conforme a la citada sentencia del Tribunal Supremo, el contrato produce solo efectos obligacionales y la constitución del derecho real de prenda sobre acciones no impresas exige la inscripción en el libro registro como sustitutivo de la necesaria entrega».

Como afirma la propia sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, el párrafo tercero del artículo 121.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital contempla expresamente la posibilidad de la prenda de acciones en caso de que los títulos no hayan sido impresos y entregados. En este caso, la única previsión que contiene la norma, en lo que ahora interesa, es que el acreedor pignoraticio tiene derecho a obtener de la sociedad certificación de la inscripción de su derecho en el libro registro de acciones nominativas, pero no se establecen los requisitos para la válida constitución de la prenda.

Conforme al artículo 121.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital «*La constitución de derechos reales limitados sobre las acciones procederá de acuerdo con lo dispuesto por el Derecho común*».

En este sentido y como ya analizamos en su momento al hilo del análisis de los problemas causales en los contratos de adquisición de acciones y participaciones sociales[1], igualmente tratamiento del problema analizado ha de realizarse —a nuestro juicio— en función de la naturaleza jurídica del régimen de circulación de las acciones y participaciones sociales, para demostrarnos el régimen al que ha de sujetarse la prenda de acciones, a saber, al propio de la prenda de créditos.

A este respecto, la doctrina clásica como GIRÓN TENA[2] ha caracterizado la relación socio-sociedad en las sociedades de personas no como un simple derecho subjetivo sino como una relación jurídica «de cooperación», según la terminología de FEDERICO DE CASTRO[3], ya que las sociedades están configuradas como organizaciones destinadas a la consecución de un fin común, por lo que el contenido de dicha relación jurídica de cooperación no solo viene conformado por un derecho subjetivo, sino por un conjunto de derechos, obligaciones, facultades y poderes de muy variada naturaleza, consistiendo la transmisión de la condición de socio en una verdadera transmisión de una relación jurídica, tanto en su lado activo, como en su lado pasivo, más que la transmisión de un singular derecho subjetivado y autónomo[4].

Por su parte, PERDICES HUETOS[5], entiende que existen dos fórmulas para arbitrar dicha circulación: la de cesión de contrato y transmisión del derecho tanto para las sociedades de personas como para las sociedades de capitales, cuando expone al respecto que: «Los cambios de socios pueden verificarse bien a través

de la novación subjetiva o cesión del contrato de sociedad (ars. 1203 y sigs. CC), o bien por medio de transmisión del derecho de participación en que se sustancia la posición de socio (arts. 1112 y 1526 y sigs. CC). La primera supone la extinción y posterior recreación en la persona del socio entrante de la participación del socio saliente; la segunda, por el contrario, implica lógicamente la permanencia y tráfico de la participación socio transmitente al adquirente, que sucede al primero. Estos mecanismos se han venido compartimentando en el orden societario: el primero, la cesión de contrato, se reserva para las sociedades de personas, y el segundo, la transmisión, para las de capital. En efecto, en las sociedades de personas, como correlato de sostener la exclusiva naturaleza de relación jurídica de la participación, se entiende que los cambios de socios se verificarían a través de una modificación o cesión de contrato. El consentimiento del resto de socios (art. 1696 CC, art. 143 CC) sería negocial y novatorio del contrato fundacional. Por el contrario, en las sociedades de capital, la indudable naturaleza del derecho subjetivo de la participación social en las mismas ha hecho de la transmisión, como en el resto de derechos subjetivos, el único recurso considerado por práctica y doctrina. Ciertamente, la diversidad de consecuencias entre una y otra vía es de escaso relieve, y de hecho, se desconocen en la práctica; sin embargo, tomar conciencia de su diversidad presenta una gran relevancia dogmática. A continuación se verá la necesidad de rechazar esa compartimentación, dado que, por un lado, en las sociedades de personas, la naturaleza de derecho patrimonial de sus participaciones permite una auténtica transmisión en sentido técnico, y que, por otro lado, en ocasiones, también es necesario el mecanismo de la recontratación para el relevo de socios en las sociedades de capital, caso de los estadios donde la condición de socio es intransmisible (arts. 62 LSA y 28 LSRL)».

De esta forma, para el supuesto de acciones nominativas cuyos títulos no se han emitido, su régimen de circulación es conforme a la cesión de créditos y derechos incorporales, de conformidad con lo previsto en el artículo 120.1 de la Ley de Sociedades de Capital, no siendo aplicable el principio de la legitimación por la posesión hasta ese momento, según el artículo 122 de la Ley de Sociedades de Capital, que al carecer de sustantividad propia en el Código Civil, ha de acudirse por tanto al entendimiento que ha efectuado nuestra Doctrina y Jurisprudencia de los requisitos de la prenda de créditos, en especial, en cuanto al innecesario desplazamiento posesorio requerido con carácter general en el artículo 1863 del Código Civil.

Pues bien, recordemos para alcanzar a entender el régimen de la conocida prenda de créditos las palabras de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de marzo de 2008 (BOE núm. 77 del sábado 29 de marzo de 2008), que afirma que es de sobra conocido que en nuestro ordenamiento jurídico la prenda de créditos es un producto de elaboración jurisprudencial. Así, no es ocioso recordar que hasta la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1997, nuestro Alto Tribunal había mantenido una tesis contraria a su admisibilidad, sea de modo absoluto o relativo. Es igualmente cierto que alguna doctrina sostiene que no había sido esa la tesis primitiva del Tribunal Supremo el cual de antiguo ya admitió una prenda de créditos (sentencia de 25 de noviembre de 1886, con expresa invocación de Las Partidas [Partida 5.ª, Ley 13.1] o bien la ulterior de 28 de diciembre de 1935]).

Continúa el Centro Directivo afirmando que expuesta muy sintéticamente la teoría general aplicable a la prenda posesoria, y admitida la prenda de crédito ya que «es un valor del patrimonio del [deudor] imponente» (STS de 19 de abril de 1997), los matices de tal prenda derivan, no de los requisitos de constitución de la

misma, sino del objeto gravado, que es un incorporal o intangible. Quiere decirse con ello que la prenda posesoria de crédito exige los mismos requisitos que si el bien gravado fuera corporal, otorgando, por tanto, al acreedor pignoraticio de un incorporal los mismos derechos y obligaciones que al que lo es de un corporal. Eso sí, la inexistencia de corporeidad obliga a que de alguna forma se manifieste la desposesión del deudor, para lo que surge el instituto de la notificación de la prenda al deudor cedido. Ahora bien, este requisito que tiende a alcanzar, en la medida de lo posible, la publicidad de esa prenda, no adquiere el rango de requisito de constitución de la misma. En otras palabras, dicha notificación es, desde la perspectiva fáctica, útil para el acreedor puesto que si la prenda no es notificada al deudor este podrá liberar pagando al acreedor primitivo y al acreedor pignoraticio no se le reconocerá legitimación a ningún efecto. Ahora bien, la inexistencia de esa notificación no priva a la prenda constituida de ninguno de los derechos antes analizados. No es, pues, un requisito de constitución, ni de eficacia «erga omnes»; tan es así, que la misma normativa concursal en su artículo 90.1.6.º de la LC en modo alguno exige esa notificación, ni siquiera a los efectos concurrenciales. Y, por ello, la doctrina señala la conveniencia de que en los casos de imposibilidad práctica de desplazamiento posesorio del objeto pignorado por ser este un intangible, se entregue, al menos, al acreedor pignoraticio la representación documental de tal incorporal, como puede ser el contrato del que se derivan los derechos de crédito pignorados o la libreta que sirve de soporte contable en caso de prenda de cuentas y depósitos bancarios, impidiendo además y de este modo al pignorante la restitución de lo pignorado en tanto la prenda no se libere por el íntegro cumplimiento de la obligación que garantiza; mas en cualquier caso, y se insiste en ello, tal notificación será útil para el acreedor por motivos fácticos, pero no alcanza el carácter de requisito constitutivo.

Es decir, el desplazamiento posesorio típico del tangible se conforma en la prenda de créditos en el requisito de la notificación al deudor cedido, pero este requisito funciona en realidad para evitar el pago de buena fe, *ex*. artículos 1164 y 1527 del Código Civil, ya que ni siquiera dicha comunicación al deudor cedido se exige como requisito constitutivo de la cesión de crédito ni siquiera cuando tiene causa de garantía como ocurre en la prenda, según se desprende de la propia normativa concursal, o sea, del anterior artículo 90.1.6 de la Ley Concursal, actual artículo 271.2 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, que expresamente prevé lo siguiente: *2. Si se tratare de prenda de créditos de la masa activa, será suficiente con que la constitución de la garantía conste en documento con fecha fehaciente anterior a la declaración de concurso.*

Así pues, debe concluirse desde estos momentos como dijo la sentencia de instancia (Juzgado Mercantil número 11 de Madrid (JUR/157607) que la inscripción de la prenda en el libro registro de la sociedad no es un requisito para la válida constitución de la prenda sino para que el acreedor pignoraticio se legitime frente a la sociedad, como se deduce de lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley de Sociedades de Capital. No hay norma legal que imponga expresamente la necesidad de inscripción constitutiva para la eficacia del derecho de prenda.

De todas formas, la existencia del artículo 121.2 de la Ley de Sociedades de Capital que prevé que *La inscripción en el libro-registro de acciones nominativas tendrá lugar de conformidad con lo establecido para la transmisión en el artículo anterior,* resultando que el artículo 120.1 de la Ley de Sociedades de Capital establece que: *Tratándose de acciones nominativas, los administradores, una vez*

que resulte acreditada la transmisión, la inscribirán de inmediato en el libro-registro de acciones nominativas, nos obliga, a exponer también qué significado tiene la inscripción en el libro registro de acciones nominativas de la transmisión de las mismas, puesto que de la remisión normativa antes citada, ha de concluirse que el mismo alcance ha de tener formalmente tanto en el caso de inscripción de la transmisión como de la prenda, adelantando ya nuestra conclusión al respecto que no es otra que la imposible inteligencia de carácter constitutivo alguno de dicha inscripción para ambos supuestos.

En nuestra doctrina mercantilista destaca el trabajo que sobre el particular con amplia recopilación de las opiniones al respecto hiciera el profesor RECALDE[6], cuyo trabajo cobra especial importancia también en relación con la materia que nos ocupa.

RECALDE razona categóricamente al respecto (*vid. op. cit.* p. 4) que: «Para poder ejercer los derechos que resultan de su condición de accionista el adquirente de una acción nominativa debe inscribirse en el libro registro. Pero esa inscripción no es un requisito para la eficacia de la transmisión. Frente a las dudas que se suscitaron en el pasado, desde hace tiempo se encuentra consolidada la idea de que la transmisión de una acción nominativa no requiere la transcripción del transfert en el libro. La acción se transmite como consecuencia del negocio traslativo y del endoso. Para la titularidad material de las acciones es irrelevante la inscripción en el libro registro, que, por tanto, carece de un valor constitutivo. Y tampoco constituye un signo publicitario que pudiera fundamentar la tutela del tercero de buena fe que confiara en sus indicaciones. Frente a otros títulos-valor, la acción no se caracteriza porque para ser eficaz la transmisión deba inscribirse. La inscripción en el libro cumple solo fines organizativos y no intersubjetivos El libro registro de acciones nominativas limita su eficacia al ámbito del ejercicio de los derechos y obligaciones del accionista. Pero es indiferente desde el punto de vista de las relaciones entre el transmitente y el adquirente, o frente a los terceros. La transmisión de la acción se rige, por tanto, por el Derecho general de los títulos-valor. La acción nominativa puede circular también de acuerdo con las normas del Derecho común. Así sucede en una transmisión *mortis causa*, en el caso de una cesión cuando aún no se emitieron los títulos (art. 56.1. párr. 2.º LSA y art. 120.2. párr. 2.º LSC) o en el de una circulación impropia de las acciones prescindiendo del régimen de los títulos. Tampoco en estos casos es necesario el transfert en el libro registro. Pero el adquirente puede pedir la inscripción, al ser esta necesaria para la legitimación»[7].

Por su parte, FERNÁNDEZ DEL POZO[8] en un interesante trabajo comparatista opina también lo siguiente al hilo de lo anterior: «El sistema del libro registro de socios —como el del libro registro de acciones nominativas— no es un verdadero sistema registral; ni se puede decir en puridad que las participaciones circulen con arreglo a una Ley tabular o que la inscripción constituya una apariencia jurídica de la que puedan derivar derechos terceros confiantes de buena fe. Estamos ante un sistema privado en un doble sentido: en lo que hace a la función material que cumple dicho libro, la Ley tutela en exclusividad el interés de los consocios (en sus relaciones corporativas con la sociedad), y en lo que hace a la «publicidad formal»; la Ley no asegura el acceso a su contenido por terceros extraños a la sociedad… Tomemos el caso del comprador de participaciones sociales de una limitada. Para empezar, el socio *in fieri* no tiene acceso a la consulta del libro registro de participaciones, que acaso ni exista ni se lleve por la sociedad. En el caso de existir dicho libro y de que quien le quiera vender las citadas participaciones esté dispuesto a apoderarle para la consulta o en condiciones de exhibir

una certificación registral de su derecho —y aunque la fecha de expedición de las mismas sea muy próxima en el tiempo para no llevarnos sorpresa— nuestro eventual comprador de buena fe no tiene ninguna garantía de que no exista un derecho extratabular (no inscrito) con preferencia extrarregistral al suyo por estar basado en contrato con fecha fehaciente anterior: una venta anterior documentada en escritura pública, un embargo anterior no inscrito, una prenda con fecha fehaciente anterior, etc. Evidentemente, pueden pactarse en el contrato las cautelas convencionales que se quiera contra la evicción o la existencia de las cargas ocultas, además de los remedios legales que se establecen en Derecho de los contratos, pero esas cautelas no siempre son suficientes o eficientes y tal vez sean costosas (se puede pedir una fianza, pagar un procedimiento de *Due Diligence* sobre todo en compras de un paquete de control, etc.)».

O sea, ni la inscripción en el libro registro de socios o de acciones nominativas, en este caso, ni es constitutiva ni goza de publicidad material desde la perspectiva del tercero de buena fe, como acertadamente concluye FERNÁNDEZ DEL POZO, quien como ejemplo del fallo actual del sistema registral societario compuesto por el libro registro pone el ejemplo de la prenda con fecha fehaciente anterior.

Efectivamente, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 171/2008 de 28 de febrero de 2008 *(RJ* 2008, 2931), no deja lugar alguno a dudas sobre la inexistencia del carácter constitutivo de la inscripción en el libro registro de la transmisión de unas acciones cuando razona lo siguiente:

«*A esos datos deben vincularse algunas consideraciones jurídicas:*

La transmisión de las acciones nominativas impresas y entregadas se puede efectuar, en nuestro sistema, además de por endoso —negocio jurídico de transmisión integrado por la declaración cambiaria y la entrega del documento—, por otros medios compatibles con la existencia y el carácter de los títulos de que se trata —artículo 56.2.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas—.

En la llamada cesión ordinaria, como la que se dice en la demanda tuvo lugar entre D. Mauricio y Huelva Bussines General, SL, la traditio complementaria del contrato —artículo 609 del Código Civil (LEG 1889, 27)—, puede tener lugar del modo espiritualizado que admite el artículo 1462.2, en relación con el 1464, ambos del Código Civil.

De otro lado, la inscripción de la transmisión en el libro registro de acciones nominativas —artículo 55 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas— no tiene la condición de elemento constitutivo del efecto traslativo, el cual se produce sin intervención de la sociedad y conforme a las normas que regulan la circulación de los títulos.

Sin embargo, no hay duda de que cumple una función legitimadora del adquirente ante la sociedad —sentencias de 22 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1168) y 14 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2235) —, que opera con la fuerza de una presunción iuris tantum en las relaciones entre esta y el socio, en los aspectos activos —ejercicio de derechos sociales— y pasivo —exigencia de deberes y obligaciones de la misma naturaleza—. Así resulta del artículo 55.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206), conforme al que la sociedad solo reputará accionista a quien se halle inscrito en dicho libro.

CUARTO

La inscripción de la transmisión en el libro no es, sin embargo, automática, en contra de lo que parece suponer la recurrente. Antes bien, para que se produzca es necesario, por parte del adquirente, que lo solicite y que acredite la adquisición.

Mientras que a la sociedad le corresponde comprobar, bajo su responsabilidad, la regularidad aparente de una y otra —la sentencia de 22 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1168) hizo referencia al necesario control de esa legitimación del adquirente, mediante la comprobación de la normalidad de la transmisión—.

Los administradores, aunque el de registrar sea un acto reglado y el control que puedan ejercer se limite a los aspectos externos y aparentes de la titularidad afirmada por el solicitante de la inscripción, pueden oponerse a reconocer la legitimación tabular, ya sea por defectos de la solicitud, ya de la misma titularidad afirmada —por disconformidad con las reglas del tracto sucesivo o con la misma apariencia—. Pueden, por ello, los administradores exigir la exhibición de los títulos para llevar a cabo la verificación expuesta, previamente al reconocimiento de la legitimación del adquirente.

A esa exhibición de los títulos se refiere el artículo 56.2.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) para el caso de que se hubieran transmitido por endoso, con la finalidad de que los administradores comprueben la regularidad de la cadena de aquellos. Pero, con alcance general, también la exige el artículo 58 del mismo texto, al disponer que, tratándose de acciones nominativas, la exhibición de las mismas será precisa para obtener la inscripción en el libro correspondiente.

Exigencia que se justifica por lo antes expuesto y dada la posibilidad de que la circulación de los títulos haya seguido un camino no coincidente con las comunicaciones escritas. A ella se refiere el Tribunal de apelación, cuando indica que cabe que el adquirente por cesión ordinaria haya cedido posteriormente por endoso y perdido con ello su condición de titular.

En conclusión, sin que sean exhibidas a los administradores de Sevilla Fútbol Club, SAD, las acciones de que se trata —en poder de un tercero, acreedor pignoraticio— no cabe condenar a la sociedad demandada a registrar la transmisión que rechaza y a la que se refiere la demanda. Del propio modo que sin un registro previo del cambio de titularidad no cabe imponerle que reconozca a la sociedad ahora recurrente la condición de socio con causa en aquella.

Procede, por ello, desestimar la demanda».

Además, como pone de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2005 *(RJ* 2005, 4420), era necesario comunicar la transferencia de los títulos a la entidad mercantil, para gozar del derecho de asistencia a la Junta, pero no para la eficacia transmisiva, como no podía ser de otra forma que declaraba lo siguiente:

«SEGUNDO. Sobre la precisa consideración del carácter imperativo de las reglas que rigen las sociedades anónimas, en cuanto constituyan garantías en beneficio de terceros, y, presupuestos para la regularidad de la organización y funcionamiento de la propia sociedad, ha de consignarse que la legitimación de los titulares para asistir a las Juntas, en el caso de las acciones nominativas exige que estas consten inscritas a nombre de los mismos en el registro, con cinco días de antelación al que haya de celebrarse la junta: este registro no es otro que el «libro registro de acciones nominativas» regulado por el artículo 55 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206), que claramente determina que «la sociedad solo reputará accionista a quien se halle inscrito en dicho libro». Estatutariamente, sin embargo, están ampliadas las posibilidades de asistencia a la Junta, pues el artículo 17 dispone, que: «Será requisito necesario para que cada socio pueda asistir a las Juntas tener inscrita la titularidad de sus acciones en el Libro-Registro con dos días de antelación al menos a aquel en que haya de celebrarse esta o exhibir con igual antelación documento público de adquisición de quien en el Libro-Registro figura como titular».

Sentado lo anterior, ¿constituye realmente un precedente la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2006 *(RJ* 2006, 5139) en el que se podía basar la Audiencia Provincial de Madrid para alcanzar la conclusión a la que llega? Realmente, creemos que no.

Coincidimos con lo que al respecto expone CARRASCO PERERA[9] en su opinión sobre esta controvertida sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, cuando razona lo siguiente: «*El empleo y cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio del 2006 como precedente en el que sustentar la nueva doctrina de la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid son impertinentes al caso. La Sala parece no advertir que ni la sentencia del Tribunal Supremo versaba sobre un problema parecido al ahora suscitado ni sus declaraciones podían ser utilizadas en un sentido decisivo sobre el modo de constituir como derecho real la prenda sobre títulos accionariales nominativos no emitidos en forma de títulos ni anotaciones en cuenta. Porque el objeto de esta sentencia versaba sobre el cumplimiento de un precontrato consensual de prenda y la pretensión del acreedor a que se procediera a emitir los títulos. En palabras de la sentencia: En particular, el artículo 57 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas no niega al acreedor el derecho a exigir al accionista pignorante la entrega de dichos títulos, una vez sean impresos; esto es, que, conforme a lo convenido, despliegue la actividad precisa para que la sociedad cree los títulos y, hecho ello, para que se entreguen al acreedor o a un tercero.*

El mismo acreedor actor de la pretensión no pretendió nunca que existiera en su favor un derecho real de prenda nacido del mero acuerdo consensual. Al contrario, porque daba por admitido que esta prenda no existía, su pretensión tenía como objeto la constitución de la prenda por medio de la emisión y entrega de títulos. En ningún caso se pronuncia la Sala tampoco sobre si el artículo 57 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA) requiere inscripción de la prenda en el libro registro, sino sobre si la comunicación de la prenda a la sociedad —e incluso su inscripción en el libro citado— puede obstruir la pretensión de hacer constitutivo impetrada por el acreedor que solicita que se le entreguen los títulos emitidos de la prenda. En el fondo, el sutil demandado y socio pignorante pretendía que despachara sin más la demanda como carente de necesidad de tutela porque la prenda que quería tener el acreedor ya estaba eficazmente constituida por el mero consenso. La Sala se revuelve contra esta maligna artimaña. En efecto, el artículo 57 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas sancionaría que, cuando no consten impresos (los títulos), el acreedor pignoraticio tendrá derecho, como consecuencia del contrato, a obtener de la sociedad una certificación de la inscripción de su derecho en el libro registro de acciones nominativas. Es decir, el demandado debe, como poco, entregarle este certificado. Pero este debate resulta irrelevante cuando el actor no se contenta con obtener la inscripción correspondiente, que ni siquiera instó, sino que reclama la entrega física de títulos, a lo que tiene derecho por ende. El artículo 57.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas se limita a admitir como sustitutivo de los títulos inexistentes su inscripción en el libro de acciones nominativas, sin negar otros efectos al contrato consensual. Infiriendo consecuencias implícitas del argumento, concluiríamos que, si la prenda hubiera sido inscrita en el libro registro, el actor no hubiera podido exigir otra cosa que la certificación de la inscripción; pero, no estando inscrita, puede hacer valer una acción de cumplimiento del contrato (no del derecho real) para la emisión y entrega de los títulos. En la sentencia no se discutía nada más».

Por tanto y en nuestra opinión, precisamente el fundamento jurídico quinto de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2006, precisamente, nos invita a obtener una conclusión diferente a la que ha llegado la Audiencia Provincial de Madrid, cuando razona el Alto Tribunal lo siguiente:

«QUINTO

En el quinto motivo el precepto que se afirma violentado es el 1863 del Código Civil (LEG 1889, 27), que, afirma el recurrente, sanciona la naturaleza real del contrato de prenda, al haber atribuido el Tribunal de apelación eficacia vinculante a un contrato que no pasó del consentimiento de las dos partes y no se perfeccionó con la entrega de la cosa a pignorar.

El motivo no merece prosperar, conforme a lo que ya ha sido expuesto sobre la eficacia vinculante que, a la promesa de venta, atribuye el artículo 1862 del Código Civil y, al contrato de prenda de acciones sin entrega de los títulos representativos, el artículo 57.2 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206); y, de otro lado, ante la demostración de que los litigantes celebraron con efectos obligatorios, primeramente, un precontrato de prenda y, después, un contrato consensual por el que el recurrente quedó obligado a entregar los títulos al acreedor, una vez creados».

Es decir, en ningún momento el Tribunal Supremo afirma el carácter constitutivo de la inscripción de la prenda de acciones en el libro registro de acciones nominativas como exige la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que en estos momentos nos ocupa, por lo que efectivamente dicho precedente no puede ser considerado como tal a los efectos perseguidos por la Audiencia Provincial de Madrid y aún si así fuera, obviamente dicha exigibilidad no puede ser tenida en cuenta a modo de «*stare decisis*» ante la falta de sostenimiento y adecuación normativa de la misma.

II. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 6 de junio de 2005
- STS de 21 de julio de 2006
- STS de 28 de febrero de 2008
- SAP de Madrid (Sección 28) núm. 391/2021
- SJM número 11 de Madrid *(JUR* 157607)
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de marzo de 2008

III. BIBLIOGRAFÍA

DE CASTRO Y BRAVO. *Derecho Civil de España.* 1985, Editorial Civitas.

FERNÁNDEZ DEL POZO. La transparencia de las participaciones de las sociedades de responsabilidad limitada https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-mercantil/estudios-o-m/la-transparencia-de-las-participaciones-de-las-sociedades-de-responsabilidad-limitada/#libroregistro

GIRÓN TENA. *Derecho de Sociedades. Tomo I. Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias*. Madrid, 1976.

PAZ-ARES. *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993.

PERDICES HUETOS. *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*. Civitas, 1997.

RECALDE, A. Los efectos de la inscripción en el libro registro de acciones nominativas. Estudios Muñoz Planas, Cizur Menor, 2012.

REDONDO TRIGO. La causa en los contratos de compraventa de acciones a propósito de la sentencia del tribunal supremo de 21 de diciembre de 2009. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 720.

NOTAS

[1] REDONDO TRIGO. La causa en los contratos de compraventa de acciones a propósito de la sentencia del tribunal supremo de 21 de diciembre de 2009, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 720, 1903-1933.

[2] GIRÓN TENA. *Derecho de Sociedades. Tomo I. Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias.* Madrid, 1976, páginas 283 y siguientes.

[3] DE CASTRO Y BRAVO. *Derecho Civil de España.* 1985, Editorial Civitas, páginas 556 y 560, definía el concepto de relación jurídica y ejemplificaba la que ejercitan los socios de una persona jurídica del siguiente modo: «Puede decirse conforme a lo indicado, que relación jurídica es la "situación jurídica en que se encuentran las personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico" (…) c) Relaciones jurídicas de cooperación social; dentro de ellas, se pueden distinguir las sociales o relaciones resultantes de la situación de las personas como miembros de una persona jurídica…».

[4] En contra, PAZ-ARES. *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993, p. 1471.

[5] PERDICES HUETOS. *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones.* Civitas, 1997, pp. 34 y 35.

[6] RECALDE, ANDRÉS, Los efectos de la inscripción en el libro registro de acciones nominativas, *Estudios Muñoz Planas*, Cizur Menor, 2012.

[7] RECALDE (nota pie página 12, *op. cit.* p. 4) nos ofrece el siguiente apoyo de su razonamiento: EIZAGUIRRE, El régimen de las acciones: documentación y transmisión, en AAVV, Jornadas sobre el nuevo régimen de la sociedad anónima, Madrid 1991, 80 y 85; VELASCO SAN PEDRO, La documentación de la posición de socio, AAVV, *Derecho de sociedades anónimas I. La fundación*, Madrid 1991, 307, 321; RECALDE, voz «Título valor», en EJB, Madrid 1995, 6582; id., Comentarios LSA, artículo 55, 536, y artículo 56, 582; TAPIA SÁNCHEZ, voz «Libro registro de acciones», en *Diccionario de sociedades*, coord. Alonso Ledesma, 2006, 757; PÉREZ MILLÁN, RDM núm. 264-265, 2007, 421; PERDICES/VEIGA, *Comentario*, artículo 55, 175 y sigs. (aunque, en 183, admite la posibilidad de una «resurrección convencional por vía estatutaria del sistema del transfert») y artículo 56, 367; PERDICES, *El libro registro de socios*, 64; vigente la LSA 1951, ya GIRÓN, *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid 1952, 247; GARRIGUES/URÍA, *Comentario a la LSA*, Madrid 1953, 369. STS 28 de febrero de 2008 *RJ* 2008, 2931; SAP Navarra 15 de mayo de 1992, *AC* 1992, 795. La tesis que atribuye al transfert efectos constitutivos en la transmisión hoy es minoritaria (ALONSO ESPINOSA, «Problemas en materia de documentación y transmisión de acciones», *RDBB*, núm. 45, 1992, 78; MADRID PARRA, «Representación y transmisión de acciones. Cláusulas limitativas», *RDM* núm. 203-204, 1992, 147, 194; BOQUERA, La junta general de las sociedades capitalistas, 100; como *obiter dicta* en STS de 6 de junio de 2005, *RJ* 2005, 4420)».

[8] FERNÁNDEZ DEL POZO. La transparencia de las participaciones de las sociedades de responsabilidad limitada, https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-mercantil/estudios-o-m/la-transparencia-de-las-participaciones-de-las-sociedades-de-responsabilidad-limitada/#libroregistro

[9] CARRASCO PERERA. ¿Ineficacia de prenda de acciones nominativas no emitidas ni inscritas en el libro registro de la sociedad? (SAP Madrid 391/2021, Secc. 28.ª, de 29 de octubre del 2021). https://www.ga-p.com/publicaciones/ineficacia-de-prenda-de-acciones-nominativas-no-emitidas-ni-inscritas-en-el-libro-registro-de-la-sociedad-sap-madrid-391-2021-secc-28-a-de-29-de-octubre-del-2021/

3. URBANISMO

Declaración responsable y obra nueva

Responsible declaration and new building

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: El presente comentario se ocupa del origen y régimen normativo de la declaración responsable como técnica de intervención preventiva y su reflejo en la doctrina de la Dirección General según la resolución de 30 de marzo de 2022 sobre inscripción de una escritura de declaración de obra nueva acompañada por diversas declaraciones responsables e informes favorables emitidos por una Entidad Colaboradora Urbanística, destacando igualmente lo sostenido en las anteriores resoluciones dictadas en 2016 y 2018.

ABSTRACT: This commentary analyses the origin and regulatory regime of the responsible declaration as a preventive intervention technique and its reflection in the doctrine of the Directorate General according to the resolution of 30 March 2022 on the registration of a registration of a new building statement accompanied by various responsible declarations and favourable reports issued by a Collaborating Urban Development Entity, also highlighting what was held in the previous resolutions issued in 2016 and 2018.

PALABRAS CLAVE: Declaración responsable. Declaración obra nueva.

KEY WORDS: Responsible declaration. New building statement.

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN INICIAL.—II. ORIGEN Y MARCO NORMATIVO DE LA DECLARACIÓN RESPONSABLE: 1. Origen y marco normativo general de la declaración responsable. 2. La declaración responsable en la normativa autonómica de carácter urbanístico.—III. CONCEPTO Y NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LA DECLARACIÓN RESPONSABLE.—IV. LA POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL SOBRE LA DECLARACIÓN RESPONSABLE: 1. Las resoluciones de 28 de junio y 16 de noviembre de 2016. 2. Las resoluciones de 26 de febrero y 18 de septiembre de 2018.—V. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA DE 30 DE MARZO DE 2022.

I. CONSIDERACIÓN INICIAL

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha dictado, en el corto espacio de tiempo que va del 30 de marzo al 12 de mayo de 2022, cinco resoluciones de trascendencia urbanística en diverso grado en materia de declaración responsable (resolución de 30 de marzo de 2022), georreferenciación de fincas previamente reparceladas (resolución de 4 de abril de 2022), aprovechamiento urbanístico (resolución de 4 de mayo de 2022), parcelación urbanística (resolución de 9 de mayo de 2022) e inscripción de segregación (resolución de 12 de mayo de 2022).

De ellas se trata aquí la de 30 de marzo de 2022 referida a la inscribibilidad de una escritura de declaración de obra nueva de un edificio de oficinas y comercio que se vio acompañada por diversas declaraciones responsables e informes favorables de tales declaraciones emitidos por una Entidad Colaboradora Urbanística del Ayuntamiento de Madrid.

A tal fin, el comentario se ocupa brevemente del origen y régimen normativo de la declaración responsable, sucesivamente de las resoluciones de la Dirección General que desde el año 2016 han versado sobre esta técnica de control y, finalmente, sobre los términos de la resolución de 30 de marzo de 2022.

II. ORIGEN Y MARCO NORMATIVO DE LA DECLARACIÓN RESPONSABLE

1. Origen y marco normativo general

De acuerdo con el objetivo de eliminar los impedimentos recayentes sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, el proceso de trasposición de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los Servicios en el Mercado Interior, que entró en vigor el 28 de diciembre siguiente, vino dado por la exigencia de su incorporación al Derecho interno con antelación al 28 de diciembre de 2009[1].

Así tuvo lugar, en efecto, por medio de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en la que se recogió una aplicación amplia de los principios y disposiciones de la Directiva[2], y de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la anterior Ley, cuyo entrada en vigor se produjo un día antes de la fecha límite establecida por la Directiva.

Esta última Ley completó la trasposición de la Directiva y afectó, fiel a su denominación como ley ómnibus, a 48 leyes estatales, entre las que dos fueron especialmente significativas a los efectos urbanísticos en cuanto sentaban las bases por las que la licencia urbanística como típica autorización administrativa previa quedaba complementada con dos nuevas técnicas de intervención administrativa como son la declaración responsable y la comunicación previa[3].

Así tuvo lugar bajo la consideración de la necesaria reducción a su mínima expresión de la intervención administrativa en cuanto pudiera ser restrictiva para la libertad[4] sobre la base de la aplicación del principio de proporcionalidad[5] mediante la ponderación de «*cuál es la medida necesaria para la defensa del interés general concreto que la justifica, analizando si es la medida menos restrictiva para la libertad, y finalmente, valorando si la defensa de ese interés general justifica ese nivel de protección para la libertad*»[6].

Entre las modificaciones introducidas en el ordenamiento por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre dos fueron especialmente relevantes por su incidencia en materia de intervención administrativa en el orden urbanístico justamente mediante la plena incorporación de las dos técnicas aludidas, la declaración responsable y la comunicación previa.

De un lado, la modificación debida a la nueva redacción del artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, al configurar el «*sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable*» y «*a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma*» como uno de los medios de intervención de las entidades locales sobre la actividad de los ciudadanos.

De otro, la incorporación de un nuevo artículo 71 bis a la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sucesivamente sustituido por el artículo 69 de la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuyo texto es el siguiente:

«*1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que este manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.*

Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable. Las Administraciones podrán requerir en cualquier momento que se aporte la documentación que acredite el cumplimiento de los mencionados requisitos y el interesado deberá aportarla.

2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos o cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho.

3. Las declaraciones responsables y las comunicaciones permitirán, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente.

4. La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a una declaración responsable o a una comunicación, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable, la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado, o la comunicación, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación

jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un periodo de tiempo determinado por la ley, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.

5. Las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación, fácilmente accesibles a los interesados.

6. Únicamente será exigible, bien una declaración responsable, bien una comunicación para iniciar una misma actividad u obtener el reconocimiento de un mismo derecho o facultad para su ejercicio, sin que sea posible la exigencia de ambas acumulativamente».

Igualmente, desde el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015 (TRLSRU) existen dos relevantes llamadas a la figura de la declaración responsable.

Por una parte, su artículo 11.5 dispone el deber de la Administración de adoptar las medidas que fueran necesarias cuando se verificara que la edificación sobre la que operara su primera ocupación o utilización habilitada por declaración responsable no cumpliera los requisitos necesarios para el destino al uso previsto, asumiendo la responsabilidad por los perjuicios que pudieran ocasionarse a terceros de buena fe en el caso de que no las adoptara en el plazo de seis meses y sin perjuicio de la posible repercusión de los respectivos importes sobre el sujeto obligado.

Por otro, el artículo 28 siguiente dispone, al tratar de las escrituras de declaración de obra nueva terminada, que los notarios y registradores para su respectiva autorización e inscripción añadirán, a la exigencia de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de su finalización conforme a la descripción del proyecto, los documentos que acrediten que la comunicación previa o la declaración responsable, según el caso, «*ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad, sin que del Registro de la Propiedad resulte la existencia de resolución obstativa alguna*».

Finalmente resulta igualmente de interés referir la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios que, como dispone su artículo 1, se ocupa de «*la supresión de las licencias de ámbito municipal vinculadas con los establecimientos comerciales, sus instalaciones y determinadas obras previas*», a cuyo fin define los supuestos de inexigibilidad de licencia y su sustitución por declaraciones responsables o comunicación previa[7].

2. La declaración responsable en la normativa autonómica de carácter urbanístico

La normativa autonómica en materia de urbanismo ha ido igualmente incorporando la figura de la declaración responsable, siendo posible destacar las siguientes normas:

a) Los artículos 169 y 169 bis de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía que se ocupan, respectivamente, de los actos sujetos a licencia urbanística municipal y de los actos sujetos a declaración responsable o comunicación previa.

b) Los artículos 225 a 240 del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón.

c) Los artículos 105 bis a 105 quáter y 122 bis de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León y 314 bis a 314 quáter y 367 bis del Reglamento de Urbanismo.

d) Los artículos 143 y siguientes de la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura.

e) La regulación al efecto dispuesta en el artículo 5 de la Ley 2/2020, de 15 de octubre, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19.

f) La Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia en sus artículos 261 a 269.

g) Los artículos 190 a 197 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

h) Los artículos 213 a 224 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana.

i) En la Comunidad de Madrid ha de estarse a lo dispuesto en la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo (LSCM) según su modificación por medio de la Ley 1/2020, de 8 de octubre, para el impulso y reactivación de la actividad económica y, en el ámbito de la actividad comercial, a la Ley 2/2012, de 12 de junio de Dinamización de la Actividad Comercial en la Comunidad de Madrid, la cual, en términos y con medidas análogas a las dispuestas por la citada Ley 12/2012, de 26 de diciembre, tuvo por objeto la flexibilización y simplificación de los procedimientos administrativos y urbanísticos y la reducción de las limitaciones existentes para el inicio y el libre ejercicio de la actividad.

III. CONCEPTO Y NOTAS CARACTERÍSTICAS DE LA DECLARACIÓN RESPONSABLE

Tanto la declaración responsable como la comunicación previa constituyen técnicas de intervención preventivas que, a diferencia de la autorización administrativa, no requieren de un pronunciamiento expreso de carácter previo sin perjuicio del ejercicio por la Administración de sus potestades de comprobación con la posible reacción para el caso de disconformidad con el marco normativo aplicable.

Entre una y otra técnica, en todo caso, se da una diferencia relevante pues así como en la declaración responsable es el interesado el que prepara la documentación llamada a acreditar el cumplimiento de la normativa aplicable, en el caso de la comunicación previa corresponde a la Administración valorar la corrección de la documentación presentada.

Por otro lado, formulada la declaración responsable el procedimiento se considerará terminado con su sola presentación si es que la Administración no se opusiera o fijara condiciones o, en otro caso, con la resolución administrativa de oposición o establecimiento de condiciones[8].

A partir de lo anterior y tomando como referencia fundamental la regulación dispuesta en el artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los elementos más relevantes que caracterizan la declaración responsable son los siguientes:

a) La declaración responsable es un documento que ha de suscribir el interesado en el que, bajo su responsabilidad, han de contenerse de forma expresa, clara y precisa las siguientes manifestaciones[9]:

a') Que cumple los requisitos dispuestos en la normativa de aplicación por los que puede acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio.
b') Que se encuentra en disposición de la documentación acreditativa del indicado cumplimiento cuya puesta a disposición de la Administración efectuará en cuanto se le requiera a tal fin.
c') Que asume el compromiso de mantener el cumplimiento de dichas obligaciones en el tiempo que dure el referido reconocimiento o ejercicio.

b) La mera presentación de la declaración responsable legitima para el reconocimiento o ejercicio de un derecho más allá de las facultades de comprobación que corresponden a la Administración.

c) No podrá continuar el ejercicio del derecho en la medida en que se tome conocimiento de la inexactitud, falsedad u omisión esenciales de los datos o información de la declaración responsable o de su misma falta de presentación o de la documentación que fuera eventualmente requerida[10], en cuyo caso, en el ámbito propiamente urbanístico, habrá de estarse a lo dispuesto en el ya señalado artículo 11.5 del TRLSRU sobre la procedente adopción de medidas por la Administración que fueran necesarias para asegurar el cese de la ocupación o utilización de la edificación habilitadas por una declaración responsable con las consecuencias que en materia de responsabilidad contiene cuando no se adoptaran las mismas.

d) Por lo demás la declaración responsable participa del carácter declarativo propio de la licencia[11], de igual modo que, también como en el caso de esta última, sus efectos operan salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del derecho de tercero conforme establece el artículo 12.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955.

IV. LA POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL SOBRE LA DECLARACIÓN RESPONSABLE

1. Las resoluciones de 28 de junio y 16 de noviembre de 2016

La resolución de 28 de junio de 2016 fue la primera que se ocupó de la declaración responsable con motivo de la constancia registral de un acta de final de obra frente a la que el registrador consideró como defecto la falta de acreditación de la concesión de la licencia de primera ocupación o, en su defecto, la incorporación del documento de declaración responsable previamente presentado en el Ayuntamiento en fecha determinada con acreditación de esta circunstancia.

Por su parte el notario recurrente entendió suficiente que por el otorgante del título se hubiera declarado en él que la obra se había finalizado con el cumplimiento de todos los requisitos legales y con la existencia de una declaración

específica de finalización de obra notificada al Ayuntamiento con acreditación del correspondiente conocimiento de este por la incorporación de la primera página con el sello de entrada en sus dependencias.

A partir de lo anterior y toda vez que el artículo 214 de la citada Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana dispone la sujeción a declaración responsable de la primera ocupación de las edificaciones y las instalaciones una vez concluida su construcción y el 222 siguiente prevé su eficacia desde su presentación sin perjuicio de las correspondientes potestades municipales de comprobación, control e inspección atribuidas a las Administraciones públicas, la posición de la resolución desestimando el recurso y confirmando la nota de calificación queda expuesta en su Fundamento de Derecho Quinto con el siguiente alcance:

«*De la normativa expuesta, puede deducirse que el título administrativo habilitante a los efectos del artículo 28.1.b) del texto refundido de la Ley de Suelo, esto es, necesario para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable, en este caso, en el marco de la legislación de la Comunidad Valenciana, es el documento suscrito por el interesado, acompañado de la documentación requerida, y cuya presentación en la Administración competente se acredite, en el que aquel, manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente al reconocimiento o ejercicio, requisitos que, deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable. No parece imprescindible, a estos efectos, la utilización del modelo elaborado por la Administración, siempre y cuando conste acreditada la presentación del documento con tal carácter, de forma indubitada.*

En el presente expediente en el que únicamente se hace constar mediante diligencia, que se cumplió el requerimiento efectuado al notario, presentando copia simple del acta notarial en el Ayuntamiento, y como prueba de la actuación se incorpora copia de la primera página con el sello de entrada en la corporación municipal, no puede entenderse cumplidos los requisitos previstos para que el documento surta los efectos de declaración responsable, pues no consta indubitadamente su presentación con tal carácter, cuando no se utiliza el modelo elaborado por la Administración y contiene otros actos de diferente naturaleza, si no media una acreditación en tal sentido por la Administración municipal, pues como resulta de la normativa administrativa, tales requisitos deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa, constando de modo indubitado su carácter de declaración responsable».

En suma, la falta de acreditación de la presentación del documento de declaración responsable debidamente cumplimentado fue considerada en este caso el obstáculo que impidió que la documentación presentada «*surta los efectos*» que le eran propios de conformidad con la legislación estatal y la autonómica.

La anterior resolución es igualmente invocada en la posterior de 7 de noviembre de 2016 aun tratándose de un supuesto distinto por referirse a la procedencia o no de presentación de una declaración responsable cuando ya había transcurrido el periodo de tiempo del que disponía la Administración para el restablecimiento de la legalidad urbanística, es decir, cuando ya podía inscribirse la obra nueva terminada acreditando la antigüedad de la construcción y sin que del Registro resultara la incoación de un expediente de disciplina urbanística.

2. Las resoluciones de 26 de febrero y 18 de septiembre de 2018

Si bien las dos resoluciones de las que aquí se trata fueron respectivamente anuladas por las Secciones Undécima y Décima de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2020 y 30 de septiembre de 2021, la doctrina que en ellas se recoge resulta no obstante de interés siguiendo el criterio esgrimido en la posterior resolución de 30 de marzo de 2022 según la cual corresponde al registrador «*apreciar la validez de los actos dispositivos, atendiendo el ordenamiento jurídico aplicable, pero lo que en modo alguno podrá es enjuiciar la conformidad a ese ordenamiento de las normas que integran el mismo y que, por ende, tiene que aplicar*».

Así, según se expresa en el fundamento de derecho tercero de ambas resoluciones, «*la discusión versa sobre el régimen y el alcance de la normativa estatal, autonómica y local, a los efectos de concretar el título administrativo habilitante exigido a efectos de inscripción por el artículo 28.1 del texto refundido de la Ley de suelo y Rehabilitación, en el caso de una edificación destinada a uso comercial*», siendo el defecto opuesto por el registrador la exigencia de un acto administrativo municipal expreso de autorización, conformidad o aprobación referido a la edificación objeto de declaración de obra nueva en la escritura presentada.

Las dos resoluciones se refieren a una obra cuyo destino consistía en una actividad comercial minorista incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 2/2012, de 12 de junio, de Dinamización de la Actividad Comercial de la Comunidad de Madrid y de la entonces vigente ordenanza para la Apertura de Actividades Económicas en la Ciudad de Madrid de 28 de febrero de 2014[12], sosteniendo lo siguiente en relación con la interpretación de los preceptos del TRLSRU que se ocupan de los requisitos de inscripción de declaraciones de obra nueva:

a) La referencia contenida en el artículo 28.1 al «*acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística*» debe relacionarse con el anterior artículo 11.3 según el cual «*Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo*».

b) Lo anterior debe entenderse en el contexto de la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Constitucional 143/2017, de 14 de diciembre, en relación con el artículo 9 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 20 de junio de 2008 (actual art. 11 del TRLSRU) que exige algún tipo de intervención administrativa de control en relación con los actos de edificación dejando en todo caso al legislador autonómico la decisión sobre qué concreta técnica de control procede en cada caso según cuál sea el referido acto.

c) Sucesivamente y al amparo de la misma sentencia del Tribunal Constitucional, en la que se concluye con el carácter inconstitucional del silencio administrativo negativo del artículo 11.4 respecto de las construcciones o implantación de instalaciones en suelo urbano o urbanizable que estuvieran fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999 y con su carácter constitucional cuando se desarrollan en el medio rural.

d) Correlativamente, la autorización e inscripción de escrituras de obra nueva requiere la citada aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa al efecto dispuesto por el legislador autonómico, exigencia que no se cubre con la declaración responsable al no constituir un acto administrativo y al estar limitada, conforme al artículo 11.5 del TRLSRU, para garantizar que

la edificación reúne las condiciones necesarias para ser destinada al uso previsto en el planeamiento.

e) Concluyen así ambas resoluciones afirmando lo siguiente:

«*Es decir, se parte de la diferencia entre: el acto de edificación, que requiere acto administrativo expreso de autorización o aprobación, y no admite declaración responsable; y, las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación ya finalizada reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable, que sí permite su sustitución por la declaración responsable.*

Por lo que, expuestos estos argumentos sobre la interpretación que debe prevalecer desde el punto de vista de la normativa estatal sobre requisitos de inscripción, debe confirmarse el defecto opuesto por el registrador en el sentido de exigir un acto administrativo municipal expreso de autorización, conformidad o aprobación relativo a la edificación que es objeto de declaración en la escritura presentada».

V. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA DE 30 DE MARZO DE 2022

La resolución, que se dicta una vez había entrado en vigor la Ley 1/2020, de 8 de octubre, por la que se modifica la LSCM, para el impulso y reactivación de la actividad urbanística, se ocupa de la inscribibilidad de una escritura de declaración de obra nueva de un edificio destinado al uso de oficinas y comercio a la que se acompañaban diversas declaraciones responsables e informes favorables emitidos por una Entidad Colaboradora Urbanística del Ayuntamiento de Madrid.

La inscripción fue suspendida ante la ausencia de un acto expreso de conformidad, aprobación o autorización administrativa y por considerar a tal fin insuficientes las indicadas declaraciones responsables e informes favorables que se acompañaban por ser válidas como sustituto de la licencia de uso o actividad pero no de la licencia de obras necesaria para la inscripción de la declaración de obra nueva conforme al artículo 28 del TRLSRU.

La confirmación de la nota se efectúa así con el siguiente alcance:

a) Con base en el citado artículo 28, se afirma como «*indubitado*» la necesidad de acompañar el acto expreso de conformidad, autorización o aprobación administrativa que requiera la obra, rechazando su sustitución por una declaración responsable.

b) Adicionalmente otro requisito es la licencia de uso o de primera ocupación salvo que la legislación autonómica dispusiera su sustitución por declaración responsable que en todo caso requerirá de un acto expreso de conformidad, autorización o aprobación administrativa para la inscripción de la obra nueva.

c) Tratándose de un acto realizado en la ciudad de Madrid, la resolución refiere la ya mencionada ordenanza para la Apertura de Actividades Económicas de Madrid de 28 de febrero de 2014 para afirmar que el acta de comprobación favorable como acto de conformidad que daría cumplimiento al requisito del artículo 28 del TRLSRU debe proceder necesariamente del Ayuntamiento y, por lo tanto, no puede verse sustituida por la certificación de conformidad emitida por la Entidad Urbanística Colaboradora del Ayuntamiento.

d) La anterior posición sería igualmente válida con arreglo a la nueva ordenanza 6/2022, de 26 de abril, de Licencias y Declaraciones Responsables Ur-

banísticas del Ayuntamiento de Madrid al fundamentarla en la previsión en ambas normas reglamentarias consistente en que «*En cualquier momento de la tramitación, los servicios técnicos municipales podrán emitir un informe técnico y/o jurídico motivado, que prevalecerá sobre el emitido por las entidades colaboradoras*» y ello a pesar de que, como también disponía la anterior ordenanza (art. 7.3), la nueva equipara los efectos de las certificaciones, informes y actas emitidas por las entidades colaboradoras a los emitidos por los servicios técnicos municipales[13].

e) La interpretación anterior sostiene también la resolución que se vería confirmada por la siguiente redacción del artículo 159.5 de la LSCM tras su modificación por la Ley 1/2020, de 8 de octubre: «*La comprobación de la conformidad de la actuación con la normativa aplicable en los términos antes indicados resultará en la emisión por el ayuntamiento del correspondiente acto de conformidad cuando ello fuera necesario a los efectos previstos en la legislación que resulte de aplicación. En particular, a los efectos previstos en el artículo 28.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana*».

Con arreglo a lo anterior concluye la resolución afirmando que, a la vista del artículo 28 del TRLSRU, así como la licencia de obras no puede ser sustituida por una declaración responsable, sí puede serlo la de uso y que, por otro lado, la inscripción de la obra nueva declarada requiere, además de la aportación de las declaraciones responsables y de los informes favorables emitidos por la Entidad Urbanística Colaboradora, la de la conformidad municipal o la declaración de su innecesariedad.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- SAP de Madrid (Sección Undécima) de 19 de junio de 2020
- SAP de Madrid (Sección Décima) de 30 de septiembre de 2021
- RDGRN de 28 de junio de 2016
- RDGRN de 7 de noviembre de 2016
- RDGRN de 26 de febrero de 2018
- RDGRN de 18 de septiembre de 2018
- RDGSJFP de 30 de marzo de 2022

BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., Un nuevo Derecho administrativo para el mercado interior europeo, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007.

GARCÍA CARRO, M.A., *Impacto de la Directiva de Servicios en las Licencias Urbanísticas y de Actividades*, Ed. Aranzadi, S.A., 2013, p. 46.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., Declaración responsable o comunicación previa como sustitutivas de las licencias urbanísticas, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente,* núm. 337-338, p. 231.

GRANADOS RODRÍGUEZ, J.F., *Directiva de servicios, licencias urbanísticas y ejercicio de actividades*, Editorial Comares, Granada, 2012.

NOTAS

[1] GRANADOS RODRÍGUEZ, J.F., *Directiva de servicios, licencias urbanísticas y ejercicio de actividades*, Editorial Comares, Granada, 2012.

[2] GARCÍA CARRO, M.A., *Impacto de la Directiva de Servicios en las Licencias Urbanísticas y de Actividades*, Ed. Aranzadi, S.A., 2013, p. 46.

[3] Ambas técnicas, no obstante, estaban previamente presentes en el ordenamiento jurídico. Así, la comunicación previa sustituyó a la licencia para obras menores en el Reglamento catalán de Obras, Actividades y Servicios de 13 de junio de 1995, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, preveía la declaración responsable a fin de acreditar la ausencia de prohibición para alcanzar la condición de beneficiario o entidad colaboradora.

[4] FERNANDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., Un nuevo Derecho administrativo para el mercado interior europeo, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007.

[5] Estrechamente relacionado con el principio de proporcionalidad, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 dispone lo siguiente en su artículo 6: «*1. El contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que los justifiquen. 2. Si fueren varios los admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual*».

[6] GARCÍA CARRO, M.A., *Impacto de la Directiva …*, Ed. Aranzadi, S.A., 2013, p. 50.

[7] El preámbulo de la Ley destacó al respecto que con ella «*se avanza un paso más eliminando todos los supuestos de autorización o licencia municipal previa, motivados en la protección del medio ambiente, de la seguridad o de la salud públicas, ligados a establecimientos comerciales y otros que se detallan en el anexo con una superficie de hasta 300 metros cuadrados. Se considera, tras realizar el juicio de necesidad y proporcionalidad, que no son necesarios controles previos por tratarse de actividades que, por su naturaleza, por las instalaciones que requieren y por la dimensión del establecimiento, no tienen un impacto susceptible de control a través de la técnica autorizatoria, la cual se sustituye por un régimen de control ex post basado en una declaración responsable. (…) De esta manera, se podrá iniciar la ejecución de obras e instalaciones y el ejercicio de la actividad comercial y de servicios con la presentación de una declaración responsable o comunicación previa, según el caso, en la que el empresario declara cumplir los requisitos exigidos por la normativa vigente y disponer de los documentos que se exijan, además de estar en posesión del justificante del pago del tributo correspondiente cuando sea preceptivo*».

[8] GARCÍA CARRO, M.A., *Impacto de la Directiva…*, Ed. Aranzadi, S.A., 2013, p. 65.

[9] La legislación autonómica se mantiene en los mismos términos que la estatal. Así por ejemplo la nueva redacción dada al artículo 151.2.b de la LSCM por la Ley 1/2020, de 8 de octubre, para el impulso y reactivación de la actividad urbanística, se pronuncia en los mismos términos al disponer que por declaración responsable se entiende «*el documento en el que el interesado manifiesta bajo su responsabilidad, de forma clara y precisa que la actuación urbanística que pretende realizar cumple con los requisitos exigidos en la normativa urbanística y sectorial aplicable a dicha actuación, que dispone de la documentación acreditativa del cumplimiento de los anteriores requisitos y que la pondrá a disposición del ayuntamiento cuando le sea requerida, comprometiéndose a mantener dicho cumplimiento durante el tiempo que dure la realización del acto objeto de la declaración*».

[10] Siguiendo con el contraste entre la legislación estatal y la legislación madrileña en materia de suelo, resulta de interés destacar la previsión contenida en el artículo 157.2 de esta última en cuanto vincula el incumplimiento de los requisitos necesarios para el uso previsto en las declaraciones responsables urbanísticas de primera ocupación y funcionamiento de edificaciones de nueva planta y de casas prefabricadas, y de los edificios e instalaciones en general, con la aplicación del régimen previsto en el artículo 11.5 del TRLSRU.

[11] GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., Declaración responsable o comunicación previa como sustitutivas de las licencias urbanísticas, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 337-338, p. 231.

[12] La ordenanza 6/2022, de 26 de abril, de Licencias y Declaraciones Responsables Urbanísticas del Ayuntamiento de Madrid (BOCM de 17 de mayo de 2022) ha dispuesto, en relación con la ordenanza para la apertura de actividades económicas en la ciudad de

Madrid, de 28 de febrero de 2014, la derogación de los títulos: preliminar, I y II, el capítulo I del título IV, la letra f) del artículo 70.1, todas las disposiciones de la parte final y todos los anexos y la vigencia del título III, el capítulo II del título IV, el artículo 70.1 a), b), c), d) y e), el artículo 70.2 y los artículos 71 a 73, ambos inclusive.

[13] En el Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid de 24 de febrero de 2022 se ha publicado el Proyecto de Ley de medidas urgentes para el impulso de la actividad económica y la modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid cuyo artículo cinco plantea una relevante modificación de la LSCM, entre otras cuestiones mediante la adición de un nuevo capítulo V del título IV con el título de «*Régimen de la colaboración público-privada*», estableciendo en el que sería nuevo artículo 167.2, de modo coincidente con lo dispuesto en las ordenanzas indicadas que «*Las entidades privadas colaboradoras en el ámbito urbanístico en ningún caso tendrán carácter de autoridad, ni su actuación podrá impedir la función de verificación, inspección y control, propia de los servicios técnicos municipales*».

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia, *La afectación de bienes en el ámbito del derecho de la persona, la familia y la sucesión. Una propuesta de regulación para el derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, 230 pp.

por

CÉSAR HORNERO MÉNDEZ
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

El mundo se ha hecho pequeño. Desde luego, jurídicamente hablando ha sucedido así. Esto explica que aquello que nos parecía lejano o distante, extraño desde un punto de vista jurídico, ya no lo sea tanto. En esa cercanía obtenida por esta superación o acortamiento de las distancias hay que situar esa no tan nueva mirada sobre el *trust* que se viene produciendo en los países del Derecho civil continental. Esa suerte de patrimonio separado y afectado a un fin —todo a la vez, por utilizar nuestras categorías, las clásicas manejadas por DE CASTRO—, siempre se contempló como una figura genuina del *Common Law* y, sobre todo, intransferible e implanteable en los países del *Civil Law*. Desde hace tiempo, no es reciente, se viene asistiendo a un cambio de actitud y de disposición hacia el *trust* en nuestro entorno, en los países latinos (aunque no nos convenza mucho esta denominación), habiéndose pasado desde el completo rechazo —era un ejemplo recurrente para señalar la distancia insalvable, la imposibilidad de coincidencia en este punto, entre los dos grandes sistemas jurídicos occidentales— hasta quienes propugnan su incorporación, con las adaptaciones pertinentes, al ordenamiento jurídico propio. En este último grupo, el de los que se plantean la adopción del *trust*, hay quien se manifiesta con un entusiasmo propio, si se nos permite la exageración, de conversos, que ante su contemplación, lo confieso, cabe preguntarse cómo hemos podido llegar hasta aquí sin contar con esta panacea en nuestro Derecho privado. Sin ánimo de provocar (ni por supuesto de caricaturizar), tras la lectura de algunos de los trabajos y aportaciones de quienes se mueven en este registro, uno se interroga —no les diré que con angustia porque les mentiría—, sobre cómo hemos podido vivir sin contar con el *trust*.

A este grupo (pro-adopción del *trust,* puede denominarse) pertenece de forma destacada, por mérito propio, la Profesora Martín Santisteban, autora de la monografía objeto de esta reseña. Se trata, sin duda, de una de las mejores conocedoras y expertas sobre el *trust* con la que contamos en nuestro país, algo acreditado por su intensa dedicación al tema, fruto de la cual son las numerosas e importantes publicaciones que ha entregado sobre el mismo. Y entiendo que no solo es una profunda conocedora del *trust* sino que también es una entusiasta defensora de su inclusión (adaptada, desde luego) en nuestro sistema jurídico. Es más, me atrevo a pensar que en algunos momentos, consciente de ello, trata

de contener dicho entusiasmo —a lo largo del texto pero ya incluso en el propio título del libro en el que habla, como algo genérico, de la afectación de bienes—, que termina sin embargo por resultar un poco desbordante, dejándonos a los lectores esa sensación antes apuntada de carencia no sabida, de falta descubierta a posteriori y de modo retrospectivo. Sea como fuere, entusiasta o no, la autora deja claro desde el principio, desde la ajustada introducción con que encabeza el trabajo, que su objetivo no es otro que ofrecer, mediante el estudio de su oportunidad y viabilidad, un nuevo instrumento para crear un patrimonio de afectación, con el que conformar diferentes tipos de operaciones —«de carácter asistencial» las denomina genéricamente—, en el ámbito del Derecho de la persona, la familia y la sucesión *mortis causa*; en concreto, señala, se trataría de un instrumento de gestión, planificación y protección patrimonial que permita afectar bienes a la atención de las necesidades, presentes y futuras, de personas concretas. Esta propuesta, que la concibe además como un acto de responsabilidad intelectual —la aportación de los autores debe ser también de este tipo, la de apuntar nuevos contenidos normativos, viene a recordar—, tiene además como destinatario principal al legislador, en el sentido de que le invita a regular una nueva figura, eso sí, no limitándose a señalar qué de bueno tendría para nuestro ordenamiento, sino indicando cómo debe hacerse e incluso dónde (en el Código Civil) habría de insertarse.

Con este planteamiento propositivo, nítidamente de *lege ferenda*, la monografía aparece dividida en dos partes (con el mismo número de páginas prácticamente cada una de ellas, como si fuera algo premeditado). La primera está dedicada sobre todo a analizar el impacto que ha tenido el *trust* en los países de nuestro entorno jurídico-cultural, pero también a plantear las posibilidades (esto es: los inconvenientes) para que se incorpore o para que inspire al menos una figura similar en nuestro país. Dicho impacto en los países de nuestra tradición jurídica habría consistido básicamente en la irrupción de instrumentos de diversa estructura y tipología pero que compartirían como notas distintivas la afectación, la separación y la gestión patrimonial en manos de un tercero. La segunda parte se centraría en el diseño, para nuestro Derecho, de esa figura equivalente al *trust*, proponiendo su inclusión y regulación en el Código Civil.

Con el entusiasmo (como tal, un punto exagerado) antes señalado, la autora no duda en calificar la introducción de esa figura parecida al *trust* en nuestro ordenamiento jurídico como «un auténtico revulsivo a nivel económico y social». No obstante, de inmediato, hay que reconocerlo, se modera, advirtiendo que existen por supuesto en el Derecho español algunos tipos de patrimonios de afectación o de destino, patrimonios separados, que en ocasiones son gestionados por un tercero en el que confía quien los constituye. En el listado variado y diverso que ofrece aparecen, entre otros, los fondos de pensiones, los de inversión, el patrimonio ganancial, la herencia yacente, la sustitución fideicomisaria o las fundaciones. De lo que no estamos tan seguros, a la vista de este variado y rico elenco de posibilidades de afectación patrimonial, es de compartir su tajante afirmación acerca de la inexistencia en nuestro Derecho de una estructura (así la denomina) que procure lo mismo (o muy parecido) que el *trust*. Puede parecer que la autora no se ha planteado correctamente la cuestión, ya que podría haber incurrido en el error de no realizar la pregunta adecuada sobre el que advertía el gran Riccardo ORESTANO, dirigiéndose a historiadores y comparatistas, cuando señalaba que no había que preguntarse sobre si los romanos conocieron el coche sino acerca de cómo resolvían estos el problema del transporte. En algún momento, como decimos, puede parecer que la pregunta que se formula es si

existe el *trust* en nuestro ordenamiento cuando lo correcto es cuestionarse sobre si hay algún equivalente al mismo. Es solo una impresión porque la autora actúa con honestidad, y tras identificar como corresponde la conveniencia —habla *pro domo sua* de necesidad, lo que nos vuelve a parecer un poco exagerado— de contar con el *trust* o su equivalente, plantea lo pertinente también de proceder a su adopción —que no duda en calificar de trasplante— mediante la acuñación de una figura nueva y típica de patrimonio de afectación, inspirada en el mecanismo anglosajón. A su construcción dedica, como ya se ha señalado, la segunda parte del libro.

Especialmente reseñable todavía de la primera parte, además de lo ya indicado, es el interesante recorrido que realiza por cómo distintos países del *Civil Law* (a los que añade los casos catalán y navarro, respecto de los patrimonios protegidos en favor de personas con discapacidad o dependientes) han tratado la incorporación del *trust* a su ordenamiento, adaptándolo pero procurando conservar sus características esenciales: la afectación y separación patrimonial y la gestión por parte de tercero. Esta incorporación, que es el modelo que propugna para nuestro ordenamiento, le lleva a presentar de forma muy completa, en un ejercicio de buen comparatista, los casos de Liechtenstein, Francia, Italia y San Marino. Todo ello con el propósito de mostrar un camino ya seguido por otros para sumar también al Derecho español, como señala expresamente la autora (en línea con lo apuntado años atrás por CÁMARA LAPUENTE), una nueva herramienta que permita, de modo alternativo o cumulativo a las existentes, una afectación patrimonial de carácter asistencial.

De la conformación de esta herramienta, como se ha señalado, se ocupa de modo detallado y extenso la segunda parte del libro. Tras reiterar la conveniencia y hasta la necesidad de tipificar la figura —la otra opción es la de la atipicidad—, el esfuerzo que se realiza es notable. La autora procura dejar pocas cuestiones o aspectos sin tratar, apuntando incluso, como decía, dónde en el Código Civil debe figurar esta nueva regulación: un nuevo capítulo en el Libro II, el dedicado a la propiedad, los bienes y sus modificaciones, con la rúbrica «De la propiedad afectada», bien en el título II, el de la propiedad en general, bien en el IV, el de las propiedades especiales. El esfuerzo y el despliegue realizados, más allá de que termine por convencer siempre y de que algunas opciones puntuales puedan resultar discutibles, no puede calificarse más que como encomiable —eso sí: un empeño de este tipo hubiera merecido una mejor labor de edición del texto, mucho más cuidada; que en este se deslicen errores tan llamativos, por ejemplo, como confundir (hasta por tres veces al menos) el adjetivo «afín» con la locución conjuntiva «a fin (de)», no hacen sino desmerecer innecesariamente a la obra en su acabado final—.

Hay un poema de Emily DICKINSON (en la estupenda traducción de Carlos PUJOL) que creo que describe muy bien lo que la autora de esta monografía (y como ella, otros muchos más, en diferentes latitudes) sienten ante el *trust*: «De no haber visto el sol/la sombra me sería soportable/pero la luz ha hecho de mi erial/un desierto distinto». En efecto, creo, que puede haber existido cierto deslumbramiento, un tanto excesivo en ocasiones, en quienes han pensado que este mecanismo debía figurar necesariamente en el ordenamiento jurídico propio y que resultaba inconcebible abstenerse del mismo o de sus asimilados. Esto es bastante discutible, a partir, como hemos indicado, de que pueden existir ya figuras equivalentes, en algún caso hasta desapercibidas o infrautilizadas. Lo que no es discutible, y una monografía como esta lo apunta oportunamente, es que no haya que tener en cuenta que el *trust* existe en ese mundo que se ha hecho

pequeño y del que formamos parte, además en el caso español destacadamente como destino último de ciudadanos de países anglosajones para los que el *trust* no es nada extravagante ni extraordinario sino todo lo contrario. Aunque solo fuera por eso, por razones, digamos, de Derecho internacional privado, ya debería prestársele atención. También la merece, sin duda, por lo que puede tener de inspiración para enriquecer nuestro ordenamiento jurídico con la incorporación de un nueva herramienta al servicio de los particulares. En este sentido, este libro supone desde luego una notable aportación.

NORMAS DE PUBLICACIÓN
REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de 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 las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista.

En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- 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 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las recesiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

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 a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará 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.: GÓMEZ 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 del nombre y apellido/s (ed./dir./coord.). Título de Libro (en cursiva). Cuidad: Editorial (pp. Inicial y final).

  Ej.: DÍAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).

- 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.

3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado…), órganos (tribunal, juzgado…), preceptos (artículo, decreto…), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad…) y para los títulos de las normas.

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.

FECYT-177/2022
Fecha de certificación: **4ª Convocatoria (2014)**
Válido hasta: **22 de julio de 2023**

Suscripción anual: 104 €
Número suelto: 25 €

ISSN 0210-0444