REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCIII • Septiembre-Octubre • Núm. 763

REVISTA CRÍTICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

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

Año XCIII • Septiembre-Octubre 2017 • Núm. 763

REVISTA BIMESTRAL

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

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

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

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

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

Comisión ejecutiva

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

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

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

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

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

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

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / *STUDIES*

FLORES GONZÁLEZ, Begoña: «La investigación biológica de la paternidad y su aplicación jurisprudencial» / *The investigation of the paternity and the spanish courts case-law* 2165

MACANÁS VICENTE, Gabriel: «El contrato de suministro eléctrico entre comercializador y cliente» / *Power supply contract between trader and supplier of electricity* 2217

HERRERO SUÁREZ, Carmen: «La nulidad de las conductas anticompetitivas» / *Voidness of anticompetitive conducts* 2263

MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas: «La extinción de las sociedades de capital. Régimen post-cancelación» / *Extinction of corporations. Post-cancelationen framework* 2309

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / *LEGISLATIVE STUDIES*

LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: «Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. (LOSSEAR)» / *Liability of the guarantors in the new legal regime on advanced amounts in the purchase off plan homes after Law 20/2015, of July 14th, on management, supervision and solvency of insurance and reinsurance entities. (LOSSEAR)* 2349

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

MOLINA BALAGUER, Francisco: «¿Hacia un Registro Europeo de la Propiedad? La lucha contra el blanqueo de capitales: análisis de la si-

Págs.

tuación vigente y de la propuesta de V Directiva anti-blanqueo desde el punto de vista registral» / *Towards an European Real Property Register? Fight against money laundering: analysis of the current situation and of the proposal of V anti money-laundering Directive from a registral perspective* 2393

DERECHO COMPARADO / *COMPARATIVE LAW*

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, José Luis y PASCUAL DE LA PARTE, César-Carlos: «La inscripción de documentos públicos extranjeros en el Registro de la Propiedad español; crítica a la Resolución de la DGRN de 22 de febrero de 2012 y a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 (a propósito de las Resoluciones de 14 de septiembre de 2016 y 17 de abril de 2017)» / *The entry of foreign public documents in the Real Estate Public Regitry of Spain. Review of the Resolution of the DGRN of February 22nd, 2012, and of the Supreme Court's ruling of June 19th, 2012 (regarding the resolution of September 14 th, 2016 and April 17 th, 2017)* 2455

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

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por Juan José JURADO JURADO..... 2509

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «Algunas cuestiones sobre los diferentes intentos de elusión del progenitor obligado al pago de alimentos y el interés superior del menor» / *Some questions about the different attempts to circumvent the parent forced to pay for food and the best interest of the child*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE..... 2595

1.2. Derecho de familia:

— «Efectos patrimoniales en el régimen de separación de bienes» / *Patrimonial effects of the regime of separation of goods*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT... 2606

Págs.

1.3. Derechos reales:

— «Determinación del derecho de habitación» / *Occupancy and speciality*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 2646

1.4. Sucesiones:

— «Sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria: su efecto determinativo o especificativo según la jurisprudencia del TS» / *Legal nature of distribution of the hereditary estate: effect according to the jurisprudence of the Spanish Supreme Court*, por Alejandro TOFIÑO PADRINO 2661

1.5. Obligaciones y Contratos:

— «El proceso adecuado para la restitución de la fianza arrendaticia» / *The process suitable for restitution of the bond*, por Santiago ARAGONÉS SEIJO y Lidia FERNÁNDEZ SERRA 2680

1.6. Responsabilidad civil:

— «Responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del deficiente suministro de energía eléctrica: el comercializador responde frente a los consumidores sin perjuicio de la acción de repetición contra el distribuidor» / *Liability for damages caused by deficient electricity supply: the supplier is liable to consumer without prejudice to the action under a right of recourse against the distributor*, por Bárbara DE LA VEGA JUSTRIBÓ 2704

1.7. Concursal:

— «La anotación preventiva de concurso» / *Pre-emptive recording of insolvency proceedings*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 2724

2. MERCANTIL:

— «El plazo de prescripción ante la nulidad de las cláusulas abusivas» / *Statutory limitation on actions asserting the voidability of abusive clauses*, por Francisco REDONDO TRIGO 2750

Págs.

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

— «La renovación de la afección registral al cumplimiento de la obligación de urbanizar y el tercer adquirente de finca reparcelada no suborrogado en el pago de las cargas pendientes» / *The renewal of the urban liability in the land registry and the third party after a plot redivision process without taking the respective obligations,* por Vicente LASO BAEZA 2768

4. DERECHO BANCARIO:

— «Retroactividad, cosa juzgada, consideración de la condición de consumidor y superación del control de transparencia en los casos de cláusulas suelo según la doctrina contenida en las STJUE de 21 de diciembre de 2016, SSTS de 18 de enero de 2017, de 30 de enero de 2017, de 24 de febrero de 2017, de 9 de marzo de 2017 y ATS de 4 de abril de 2017» / *Retroactivity, res judicata, analysis of the consumer condition and fulfilment of the transparency scrutiny in cases of floor provisions according to the judgments of the Court of Justice of the European Union rendered on December 21st 2016, and the judgments of the Spanish Supreme Court rendered on January 18th 2017, January 30th 2017, February 24th 2017, March 9th 2017 and April 4th* 2017, por Héctor Daniel MARÍN NARROS 2784

ACTUALIDAD JURÍDICA / *LEGAL NEWS*

Información de actividades 2809

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

«Cuestiones de actualidad en el ámbito de la propiedad intelectual», de VV.AA. Inmaculada Vivas Tesón, (Dir.), por Alberto HIDALGO CEREZO 2819

«Fundamentos de derecho privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina», de Ricardo Luis LORENZETTI, por Rosa Adela LEONSEGUI GUILLOT 2824

ESTUDIOS

La investigación biológica de la paternidad y su aplicación jurisprudencial

The investigation of the paternity and the spanish courts case-law

por

BEGOÑA FLORES GONZÁLEZ

Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho Civil UNED

RESUMEN: La admisión de la investigación de la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas por el artículo 127 del Código Civil, obedeciendo el mandato del artículo 39.2 de la Constitución supuso la configuración de la verdad biológica como uno de los principios rectores del régimen de filiación. La admisibilidad de las pruebas biológicas, dada su alta fiabilidad técnica, ha supuesto una auténtica revolución. Su fuerte impacto social se ha traducido en una gran profusión de jurisprudencia y de estudios doctrinales preocupados por resolver la problemática jurídica que acompaña a las mismas. Una de las tareas fundamentales de los tribunales ha sido colmar el silencio legislativo sobre la valoración y alcance de las pruebas biológicas. Así cabe destacar, por su repercusión social y mediática, el tema de la negativa del demandado a someterse a este tipo de pruebas, aunque se han generado otros problemas que también merecen ser tratados. La investigación de la paternidad es un tema que sigue siendo de actualidad; prueba de ello, es que hoy día continúan apareciendo sentencias destinadas a resolver las dificultades a que da lugar. El propósito de este trabajo consiste en ofrecer una visión sucinta y precisa de las reglas esenciales que rigen la investigación de la paternidad en el ordenamiento español.

ABSTRACT: The reform of the article 127 Civil code in 1981 had make possible the investigation of paternity through all kind of evidences, included the bilogical test. This has meant that the bilogical truth became one of the guiding principles in fliation regime in spanish law. The possibility to carry out the biological test has started a true revolution because of the technical accuracy and high reliability of this test. As a matter of fact, there are a large number of doctrinal essays and jugdments of the high court on this topic concerned to solve the problems involved with it. One of the greatest task por the justice courts has been to fulfil the legislative silence about the value of the biological tests. In fact one of the biggest problems is the respondent's refusal to submit to the biological test. Nowadays the investigation of the paternity is still an issue of current interest. This is evident in the fact that thera are a good number of judgments trying to solve the difficulties to which it gives place. The purpose of this paper is to find out and highlight the essential rules of the investigation of the paternity in the Spanish law.

PALABRAS CLAVE: Filiación. Investigación de la paternidad. Pruebas biológicas. Negativa a someterse a las pruebas biológicas.

KEY WORDS: Filiation. Investigatión of paternity. Bilogical test. Refusal to submit to biological test.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS: 1. IDEAS GENERALES Y ASPECTOS TÉCNICOS. 2. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS DE PATERNIDAD: *2.1. Pruebas biológicas y derechos fundamentales. 2.2. Las pruebas biológicas obtenidas mediante la violación de derechos fundamentales. 2.3. Negativa justificada a las pruebas biológicas de paternidad.* 3. EL SOMETIMIENTO A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS: OBLIGACIÓN O CARGA. 4. LA PRESENTACIÓN DE UN PRINCIPIO DE PRUEBA COMO REQUISITO DE ADMISIÓN DE LA DEMANDA: *4.1. Sentido de este requisito. 4.2. Contradicción entre la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre los presupuestos para la práctica de las pruebas biológicas. Nota aclaratoria.* 5. LA PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS: *5.1. Valoración judicial de las pruebas biológicas. 5.2. Relación entre las pruebas biológicas y los supuestos del artículo 767.3 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.*—III. LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS: 1. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTE EL SILENCIO LEGISLATIVO. 2. PRECISIÓN DEL VALOR INDICIARIO DE LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS: *2.1. Presupuestos de la eficacia probatoria de la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas. 2.2. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1992 y la del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero. 2.3. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2002 y Sentencia del Tribunal Consti-*

tucional de 14 de febrero de 2005: divergencias sobre el valor probatorio de la negativa a someterse a las pruebas biológicas. 2.4. Determinación del supuesto de hecho en que la negativa opera como indicio singularmente valioso. 3. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS EFECTOS PROBATORIOS DE LA NEGATIVA. 4. LA NEGATIVA A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS EN LA VIGENTE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. ÚLTIMAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES: *4.1. La regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000: el mantenimiento del status quo anterior. 4.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la Ley rituaria.* 5. JUICIO CRÍTICO A LAS DOCTRINAS JURISPRUDENCIALES SOBRE LOS EFECTOS DE LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS Y A LA REGULACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000.—IV. ÁMBITO DEL DERECHO A LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD. VERDAD BIOLÓGICA VERSUS SEGURIDAD JURÍDICA. —V. RECAPITULACIÓN CONCLUSIVA.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las mayores novedades introducidas por la Ley 11/1981, de 13 de mayo de modificación del Código Civil en materia de filiación, fue la igualación de todos los hijos ante la Ley al suprimir la antigua distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, sustituyéndola por la de hijos matrimoniales y no matrimoniales carente de toda connotación axiológica y, por ende, sin efectos discriminatorios. Es, a la vez, presupuesto y consecuencia de este cambio, la introducción en nuestro Derecho positivo del derecho a la investigación de la paternidad y la maternidad en cumplimiento del mandato del artículo 39.2 de la Constitución española cuando dispone que «[l]a ley posibilitará la investigación de la paternidad». A consecuencia de la reforma, los artículos 127 y 135 del Código Civil permiten investigar la paternidad mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas. Esta posibilidad, proscrita por los redactores del Código Civil, supone la configuración de la verdad biológica como uno de los principios rectores del régimen de filiación; y lo que es más importante, la existencia de un derecho de toda persona de saber quién es su padre y su madre.

La admisibilidad de las pruebas biológicas con la reforma de 1981 supuso una auténtica revolución debido a su alta fiabilidad técnica. Su fuerte impacto sociológico generó una gran profusión de jurisprudencia y de estudios doctrinales preocupados por resolver la problemática jurídica que acompaña a las mismas. Cabe destacar, por su repercusión social y mediática, el tema de la negativa del demandado a someterse a este tipo de pruebas (así la famosa sentencia del «El Cordobés» de 21 de mayo de 1988), aunque se han generado otros problemas cuya importancia no debe ser minimizada.

La regulación de los procesos de filiación en general y de las pruebas biológicas en particular pasó a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. La nueva Ley

procesal deroga expresamente los artículos 127 y 135 del Código Civil y los sustituye por el artículo 767, apartados 2 y 3. Ahora bien, se trata de una derogación meramente formal, pues el precepto citado reproduce sin variación alguna la regulación de sus antecesores. El apartado 2 dice que, «en los juicios de filiación, será admisible la investigación de la paternidad y la maternidad mediante toda la clase de pruebas incluidas las biológicas»; y el apartado 3 reza que «aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o táctico, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo». La gran novedad de la Ley rituaria es la regulación del problema de la negativa por parte del demandado a que le sean practicadas las pruebas biológicas en el apartado 4 del artículo 767. Este supuesto no se contemplaba en el régimen anterior, lo que forzó a nuestros Tribunales a colmar este vacío legislativo.

Por último, no quisiéramos iniciar el estudio propuesto sin explicar el porqué del tema elegido. Nos parece necesaria esta aclaración pues hoy día podemos encontrar numerosas obras autorizadas sobre el tema y contamos con casi treinta años de una jurisprudencia consolidada en materia de investigación de la paternidad. Sin embargo, podemos afirmar que a pesar del paso del tiempo nos encontramos ante una temática que no está definitivamente resuelta. Por un lado, porque uno de los problemas principales que plantea la investigación de la paternidad, las pruebas biológicas, sigue generando abundante jurisprudencia. De hecho en la inmensa mayoría de las sentencias relativas a la investigación de la paternidad el problema recurrente es la reticencia del demandado a someterse a esta modalidad probatoria. Esto nos hace sospechar de la eficacia de las soluciones seguidas en nuestro sistema jurídico, incapaces de impedir la reiteración de una conducta gravemente obstaculizadora del derecho de toda persona al conocimiento y reconocimiento de su filiación biológica. De otro lado, existen nuevas demandas sociales que claman por una ampliación del derecho a la investigación de la paternidad que, como veremos, en nuestro ordenamiento tiene un ámbito muy preciso. También podremos comprobar que algunas de esas restricciones son consecuencia de la esencia lógica de las cosas, mientras que otras se deben de criterios éticos hoy muy discutibles. En definitiva, el propósito de este trabajo consiste en ofrecer una visión sucinta y precisa de las reglas esenciales que rigen la investigación de la paternidad en el ordenamiento español.

II. LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS

1. Ideas generales y aspectos técnicos

En este trabajo vamos a pasar «de puntillas» por los aspectos técnicos de las pruebas biológicas al tratarse de una cuestión que corresponde al ámbito

de la Biología y no del Derecho. En todo caso conviene dar unas pinceladas básicas necesarias para abordar la problemática jurídica que plantean esta modalidad probatoria[1].

Las pruebas biológicas de paternidad son un conjunto de pruebas de carácter medico-biológico que se dirigen a la determinación de la paternidad biológica[2]. Tienen por objeto el estudio del patrimonio genético (caracteres heredables genético-moleculares o polimorfismo genéticos) pues está demostrado científicamente que los polimorfismos genéticos (*rectius*, caracteres) se transmiten de padres a hijos. Esto significa que los hijos han de reunir caracteres de los dos progenitores. Las pruebas biológicas más fiables, y por ello las más utilizadas, son prueba hematológica o análisis de los grupos sanguíneos y la más reciente prueba del ADN. Esta última prueba comenzó a utilizarse en los años ochenta y en la actualidad tiene unos índices de acierto extraordinarios. Su importancia es capital pues cabe realizarla con éxito incluso en aquellos supuestos en que no es posible contar con el presunto progenitor (fallecimiento, negativa, etc.), pero si con otros familiares directos del mismo[3].

La posibilidad de prácticar las pruebas biológicas es relativamente reciente y es resultado directo de los avances científicos. Su relevancia no es poca: es el único instrumento que permite obtener una prueba directa de la paternidad. No existe ningún otro elemento demostrativo que permita averiguar con tanta eficacia la verdad biológica. Esto significa que constituyen el instrumento más fiable tanto para determinar la paternidad y la maternidad, como para excluirla[4]. Esta fiabilidad implica que nos hallamos ante una prueba de gran complejidad técnica y un elevado coste económico. Por ello es fundamental que la prueba biológica sea realizada por una entidad de reconocido prestigio, aspecto en el que insiste la conocida STC 7/1994, de 17 de enero. En la actualidad suele encargarse de este tipo de pruebas el Instituto Nacional de Toxicología.

2. La constitucionalidad de las pruebas biológicas de paternidad

2.1. Pruebas biológicas y derechos fundamentales

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo se han pronunciado en numerosas ocasiones sobre la dimensión constitucional de las pruebas biológicas. La doctrina del Tribunal constitucional aparece plasmada fundamentalmente en dos Sentencias, la 7/1994, de 17 de enero y la 95/199, de 31 de mayo. La primera otorgó el amparo frente a una sentencia que había desestimado la demanda de reclamación de la filiación extramatrimonial y la segunda lo denegó frente a la sentencia que sí había estimado la demanda. En los dos supuestos el demandado se había negado a la práctica de las pruebas biológicas. De estas resoluciones podemos extraer las siguientes directrices:

1. Las pruebas biológicas no son contrarias a la Constitución. Están amparadas por el artículo 39.2 de la Constitución del que resulta el mandato constitucional de hacer posible la investigación de la paternidad. La STC 7/1994, de 17 de enero, afirma que la práctica de las pruebas biológicas sirve directamente a fines constitucionales, cuyo propósito no es otro que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como moral. En consecuencia la interpretación de los preceptos que rigen esta materia debe realizarse «en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes respecto a sus hijos menores, para lo cual aparece como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad cuando está es desconocida».

2. Otro de los problemas que se han planteado es el de la posible vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18 CE) como consecuencia de la práctica de las pruebas biológicas. El Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre este problema al resolver recursos de amparo interpuestos contra resoluciones judiciales que se habían enfrentado al problema de valorar la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas. En realidad de lo que se trata es de determinar si la resolución judicial que acuerda la realización de las pruebas biológicas viola estos derechos. El auto 103/1990 afirma que el derecho a la vida privada personal no puede convertirse en la consagración de la impunidad con quiebra frente a terceros y particularmente de los deberes relacionados con vínculos familiares. El auto 221/1990 afirma «que no hay vulneración del derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula. (…) Como tampoco se infringe el derecho a la integridad física cuando se trata de realizar una prueba prevista en la Ley y acordada por la autoridad judicial».

Una doctrina más elaborada se recoge en la STC 7/1994, de 17 de enero, cuando dice que «el derecho a la integridad física no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista por la Ley y acordada razonadamente por la autoridad judicial en el seno de un proceso. Tampoco se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el artículo 39.2 de la CE, lo que transciende a los derechos alegados por el individuo afectado» y, por ello, concluye que no cabe que «los derechos constitucionales a la intimidad y a la integridad física, puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares.

En el fundamento jurídico 3 de la presente resolución, el Tribunal Constitucional hace una enumeración de los requisitos que debe cumplir la resolución judicial que acuerda la práctica de pruebas biológicas para que no se vean afectados los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad:

a) Ha de tratarse de una intromisión en el «ámbito protegido» del ciudadano que no sea «inaceptable». Tiene claro el Tribunal Constitucional que «no puede considerarse degradante ni contraria a la dignidad de la persona, la verificación de un examen hematológico por parte de una profesional de la medicina en circunstancias adecuadas. Un examen de sangre no constituye, *per se,* una injerencia prohibida».
b) Debe existir una causa prevista por la Ley. Requisito que evidentemente se cumple en este supuesto como resulta de los artículos 39.2, *in fine*, de Constitución y 127 del Código Civil.
c) Dado que las pruebas biológicas suponen una intervención corporal, tan solo se justifican cuando «sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, de tal suerte que cuando la evidencia sobre la paternidad puede obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos».
d) No podrá acordarse la práctica de las pruebas biológicas cuando pueda suponer para su destinatario «un grave riesgo o quebranto para su salud».
e) Por último, la resolución judicial que ordena realizar las pruebas biológicas debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física y la finalidad a la que sirve. La necesidad de la práctica de la prueba debe razonarse en la resolución judicial. Así lo dispone también la STC 95/1999, de 31 de mayo.

3. No puede imponerse la prueba biológica por la fuerza, *manu militari*. Así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo en las Sentencias de 27 de junio de 1987, 14 de noviembre de 1987, 3 de diciembre de 1988, 14 de mayo de 1991 y 30 de abril de 1992. Esto no impide que el Juez pueda deducir de tal negativa las consecuencias oportunas en orden a la determinación de la filiación, como veremos más adelante (auto del TC 1296/1988). Según STS de 14 de noviembre de 1987 «la inviolabilidad del cuerpo humano (art. 15 CE) impide que la práctica de la prueba pueda imponerse *manu militari*. La STS de 14 de mayo de 1991 alega como fundamento de la imposibilidad de realizar por la fuerza las pruebas biológicas «el principio superior de libertad individual que impide emplear cualquier tipo de fuerza o coacción para obtener las muestras sanguíneas». En la STS de 30 de abril de 1992 se alega como fundamento de la imposibilidad de imponer por la fuerza las pruebas biológicas de paternidad

el artículo 10.1 de la Constitución que garantiza la dignidad de la persona en cuanto podría implicar, dice, «cierta vejación»[5].

4. En ningún caso puede ampararse el obligado a someterse a estas pruebas en el derecho a no declarar contra sí mismo (*ex* art. 24.2 CE) para evitar su práctica. La razón es simple. La prueba biológica es una prueba pericial, y la negativa de la parte a someterse a esta prueba no merece la calificación de prueba de confesión, pues no supone ni declaración, ni falta de declaración sobre los hechos. Del mismo modo que el sometimiento a esta pericia no equivale a emitir una declaración; más el análisis y comprobación de unos datos biológicos desconocidos por el interesado, y que únicamente, pueden ser obtenidos e interpretados por personal cualificado (Auto del TC 221/1990).

Entre las ideas expuestas, quisiéramos insistir en una que parece primordial: el derecho del hijo a conocer su filiación biológica goza de una dimensión constitucional. Así resulta de las resoluciones que hemos citado. Según la STC 7/1994, de 17 de enero, son manifestaciones de este fenómeno: el mandato del artículo 39.2, *in fine*, de la Constitución cuando declara que «la Ley posibilitará la investigación de la paternidad»; mandato que se inserta en el más amplio de «(…) la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación, (…)»; que también puede entenderse incluida en el artículo 14 de la Constitución que prohíbe la discriminación por razón de nacimiento. Finalmente, el artículo 39.3 establece que «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio». Por ello la presente sentencia establece dos conclusiones conexas: la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas persigue ante todo la defensa de los intereses del hijo; y, por ende, de ahí se deduce que las resoluciones judiciales que acuerdan la investigación de la paternidad «sirven directamente a fines constitucionales». Respecto al objetivo legal que se persigue con las prácticas de las pruebas biológicas se ha pronunciado también el Tribunal Supremo en varias ocasiones. Las SSTS de 14 de noviembre de 1987 y 11 de marzo de 1988 coinciden en afirmar que la finalidad primordial de la investigación de la paternidad «no es otra cosa que la defensa de los intereses personales en primer lugar del hijo (*sic*), tanto de orden material como moral». Más explícita, es la STS de 2 de octubre de 2000, conforme a la cual corresponde a las pruebas biológicas de paternidad «la finalidad constitucional de protección integral de los hijos (no de los padres biológicos) y de garantizar la asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (aps. 2 y 3 del art. 39 CE)»[6]. Todo esto pone de manifiesto que en los procesos de filiación subyace un interés social y de orden público que denota su especial transcendencia (SSTS de 28 de marzo de 2000, de 17 de julio y 20 de septiembre de 2002, de 1 de julio y 19 de diciembre de 2003, de 25 de junio y 7 de julio de 2004). En definitiva, de estas afirmaciones jurisprudenciales se obtiene una idea esencial: el *favor filii*, como finalidad primordial de la investigación de la paternidad, se

desvela como el criterio decisivo que debe presidir la resolución de todos los problemas que pueden surgir en la práctica judicial en relación con las pruebas biológicas de paternidad.

2.2. Las pruebas biológicas obtenidas mediante la violación de derechos fundamentales

En el supuesto de que la resolución judicial por la que se acuerde la práctica de las pruebas biológicas, incumpliera los requisitos que acabamos de exponer, se trataría de una prueba ilícitamente obtenida. En este caso, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que reza que: «no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violando los derechos o libertades fundamentales». Esto quiere decir que si la prueba biológica es obtenida con violación de los derechos fundamentales no surtirá efecto y, en consecuencia, no podrán ser tenidas en cuenta por el sentenciador como fundamento del fallo.

2.3. Negativa justificada a las pruebas biológicas de paternidad.

La STC de 17 de enero de 1994 expresa en su fundamento jurídico 4 que «el demandado en un proceso de filiación no matrimonial solo podrá legítimamente negarse a someterse a las pruebas biológicas si no existieran indicios serios de la conducta que se atribuye o pudiera existir un gravísimo quebranto para su salud»[7]. Más problemático resulta el primer supuesto. El Tribunal Constitucional afirma de forma paladina que solo podrá ser acordada la práctica de las pruebas biológicas cuando existan «indicios serios» de paternidad. En definitiva, como reconoce expresamente la propia sentencia, esta exigencia conduce a que la decisión sobre la práctica de las pruebas biológicas deberá posponerse al final del periodo probatorio, o acordarse, incluso después, como diligencia para mejor proveer, en la medida en que solo entonces, el juzgador estará en condiciones de decidir si realmente existen o no indicios serios de la paternidad discutida. Esto es, la admisión de la demanda no supone sin más la posibilidad de practicar la prueba biológica, aún cuando, como manda la Ley, se haya presentado con la misma un principio de prueba. Sin embargo, esta no es la tesis que finalmente ha triunfado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El tratamiento de esta cuestión deberá ser retomado luego que hayamos estudiado la interpretación que el Alto Tribunal ha dado al requisito del principio de prueba, que como veremos, resulta más favorable al derecho del hijo a que quede determinada su verdadera filiación, y por ello, a su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Únicamente nos queda señalar que, cuando la negativa esté justificada, lógicamente no podrán deducirse de la misma las consecuencias probatorias que en seguida veremos le corresponde.

3. El sometimiento a las pruebas biológicas: obligación o carga

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 7/1994, de 17 de enero, dice que «cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes en el litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad». Similares afirmaciones contiene otra de las sentencias clave en la materia, la STC 95/1999, de 31 de mayo. El punto de partida de la resolución citada es la transcendencia de los derechos que se ventilan en los juicios de filiación: principalmente el derecho de los hijos a que se determine su filiación biológica que es protegido por el artículo 39.2 de nuestra Constitución. De ahí deriva la sentencia que «las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial». Continúa razonando que la particularidad que presentan este tipo de procesos, se debe a que la fuente de prueba principal se halla en poder de una de las partes, por lo que «la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) implica que esta parte debe contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos, a fin de que el órgano jurisdiccional pueda descubrir la verdad». Concluye el Tribunal Constitucional que, en otro caso, le bastaría al demandado con negarse a someterse a la prueba biológica para eludir el resultado del proceso, quedando la otra parte en una clamorosa situación de indefensión que prohíbe el artículo 24.1 de la Constitución.

Lo dicho en estas sentencias, especialmente en la STC 7/1994, ha llevado a algunos autores, como ETXEBARRIA GURIDI (2000, 480-482), BUJOSA VADELL (1996, 179-199) y RIVERO HERNÁNDEZ (1994, 380), a defender la opinión de que el sometimiento a las pruebas biológicas constituye una verdadera obligación para su destinatario, exigible coactivamente[8]. Sin embargo, creemos con O'CALLAGHAN (1993, 74) que del contexto en que las resoluciones citadas utilizan el término obligación, debe entenderse como sinónimo de carga[9], En otro caso, no tendría sentido la absoluta unanimidad jurisprudencial respecto a la imposibilidad de provocar su cumplimiento por la fuerza[10]. Nos hallamos, por tanto, ante un caso en que es necesaria la cooperación de la contraparte para que el demandante pueda satisfacer su derecho a la tutela judicial efectiva. El corolario es que existe un deber jurídico de cooperación con los Tribunales de justicia cuyo incumplimiento dará lugar a determinadas consecuencias perjudiciales para su titular que conoceremos más adelante.

Las dudas entre los conceptos de obligación o carga aparecen disipadas en sentencias recientes que se pronuncia con mayor claridad. En esta línea podemos hacer referencia a la STS de 20 de septiembre de 2002 que, después de reiterar la obligación de las partes de facilitar la prueba acordada por el órgano judicial, concluye que el demandado que se niega a suministrar la prueba biológica es quien debe soportar la «carga» de la misma. Esto aclara en qué sentido debe entenderse la expresión «obligación de someterse a las pruebas biológicas». La STS de 11 de marzo de 2003 afirma paladinamente que «someterse a la prueba biológica no es un deber, pero si una carga», aclarando a continuación, que el demandado puede elegir entre someterse o no a la práctica de las mismas, pero en este último caso deberá pechar con las consecuencias negativas que de ello se deriven. En términos similares se expresan las SSTS de 10 de noviembre de 2003 y 28 de mayo de 2015.

4. La presentación de un principio de prueba como requisito de admisión de la demanda

4.1. Sentido de este requisito

El artículo 767.1 de la LEC 1/2000 ha mantenido la exigencia del derogado artículo 127 del Código Civil, según la cual «el Juez no admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde». Se trata de un requisito adicional característico de los procesos de filiación. Esto significa que supone un límite al derecho del hijo a que quede determinada su filiación biológica. La doctrina está de acuerdo en que la finalidad de esta exigencia se dirige a la evitación de demandas infundadas y temerarias que puedan afectar a la paz familiar, así como las falsas imputaciones de paternidad con fines espurios (chantaje, extorsión, etc…). Se trata de evitar demandas de desaprensivos que puedan conculcar el honor o intimidad de las personas[11].

No precisa el legislador que debe entenderse por principio de prueba. Como señala CUADRADO IGLESIAS (1990, 609 y 611), *prima facie* debería entenderse como una mínima acreditación de los hechos de los que razonablemente puede deducirse que la demanda no carece de fundamento[12]. Así en la STS de 14 de octubre de 1985 se considera principio de prueba el acta notarial que recoge manifestaciones de un testigo; en la STS de 8 de julio de 1986 se admite como tal el documento en el que el demandado reconoce tácitamente su paternidad, en la STS de 12 de noviembre de 1987 la admisión de la demanda se fundamenta en cartas y notas demostrativas de relaciones amorosas estables. Y así un largo etcétera.

No obstante, debe tenerse en cuenta que no es imprescindible llegar al nivel de prueba de los ejemplos citados. La razón es sencilla: no cabe ignorar que

este requisito constituye un límite o restricción a la libre investigación de la paternidad. Esto explica que el Tribunal Supremo haya seguido una «política de mínimos», benevolente y flexible a la hora de precisar la significación del principio de prueba. El resultado ha sido lo que el Alto Tribunal denomina una «interpretación espiritualizada» conforme a la cual no es necesario que la prueba quede plasmada *ab initio*, sino que es suficiente con que en el escrito inicial de demanda conste «la oferta de practicar determinadas pruebas que serán corroboradas en fase probatoria» (SSTS de 3 de junio de 1988 y de 3 de diciembre de 1991). La veracidad o falsedad de los hechos se comprobará posteriormente en el momento procesal oportuno.

Algunas sentencias dan un paso más en la línea de espiritualización al decir que «por el juzgador se admitirá a trámite la demanda, si del propio contexto o contenido de la misma, se aprecia la existencia de una mínima línea de razonabilidad» (SSTS de 8 y 20 de octubre de 1993, 1 de septiembre de 2004 y 2 de febrero de 2006, entre otras). Es decir, basta con que la narración histórica de los hechos resulte coherente. Por tanto el objetivo fundamental de este presupuesto, tal y como lo entiende el Supremo, es más modesto de lo que parecería indicar la dicción del precepto legal. Se trata, sencillamente, de llevar a cabo «un control de la razonabilidad de la demanda» a los efectos de garantizar su seriedad. Últimamente cabe citar las SSTS de 28 de diciembre de 1998 y de 18 de marzo de 2000 que insiste en «la suficiencia de la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado que permita un control de la razonabilidad de la demanda». En todo caso —como puntualizan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2001, 245)— el principio de prueba ha de recaer sobre los hechos que resulten fundamentales; entre ellos, cabe mencionar aquellos que apunten a la relaciones sexuales entre los litigantes, dado que es el hecho necesario y suficiente para que tenga lugar la generación»[13].

Ergo, de la doctrina legal expuesta se deduce que la demanda únicamente será inadmitida en aquellos supuestos en que quede evidenciada su carencia de fundamento. Parece que en estos pronunciamientos jurisprudenciales late el afán de garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, la protección integral de los hijos con independencia de su filiación y la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE).

Visto el significado que la jurisprudencia atribuye a este requisito queremos dar nuestra opinión sobre la utilidad del mismo. A este respecto coincidimos con aquellos que como SILLERO CROVETTO y ASENSIO SÁNCHEZ (1998,1096) abogaron, ya hace tiempo, por su supresión. Los argumentos de entonces de las autoras citadas nos parecen todavía cargados de razón. A este respecto quisiéramos destacar dos. En la medida en que esta exigencia cercena el derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) debe ser objeto de interpretación restrictiva; esto explica la interpretación espiritualizada del Tribunal Supremo que, con el fin de ser respetuosa con el artículo 24.1 de la Constitución,

ha dejado realmente vacía de contenido este requisito. Además la exigencia del principio de prueba «puede suponer una limitación insoportable «*ab initio*» si tenemos en cuenta la dificultad inherente a la prueba de las relaciones sexuales de las que deriva la generación[14]. En definitiva como afirma la STS de 12 de noviembre de 1987 el resultado es que con esta exigencia «se trata de reducir la posibilidad de obtener éxito en la investigación de la paternidad».

4.2. Contradicción entre la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre los presupuestos para la práctica de las pruebas biológicas. Nota aclaratoria

En atención a lo dicho hasta este momento sobre las posiciones del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, podemos concluir que existe una discordancia entre ambas en lo que se refiere a los requisitos para acordar la realización de las pruebas biológicas:

- Según el Tribunal Constitucional las pruebas biológicas solo serán procedentes si existen indicios serios. Esta exigencia, como puntualizada la STC 7/1994, conlleva que para acordar las pruebas biológicas habrá que esperar a los resultados del periodo probatorio. Luego si no hay indicios, o estos son endebles o insuficientes, el Juez no podrá ordenar la prueba biológica.
- Por su parte, el Tribunal Supremo considera que para que exista un principio de prueba y pueda ser admitida la demanda basta con que el propio contexto o contenido de la misma se aprecie una mínima línea de razonabilidad y verosimilitud. Esto no es óbice, a que según cual sean los resultados del periodo probatorio, se produzca o no una sentencia favorable a la declaración de paternidad. De la doctrina del Tribunal Supremo resulta la siguiente distinción. Una cosa es el principio de prueba que debe aportarse para la admisión de la demanda: sería absurdo entender que la admisión de la demanda sobre reclamación de paternidad, no implica la posibilidad de practicar la prueba biológica, única prueba directa que posibilita conocer la realidad genética. Esto es, para el Tribunal Supremo basta con que se dé un principio de prueba para que pueda ser admitida la práctica de las pruebas biológicas. Lo que no debe confundirse con que se requiera la existencia de indicios «serios», para que en el caso de que el demandado se niegue a la práctica de las pruebas biológicas, estos indicios unidos a la negativa puedan dar lugar a la declaración de paternidad (este aspecto lo trataremos con detenimiento en el apartado III de este trabajo).

Sin duda, la posición del Tribunal Supremo es más favorable al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva encarnado en este caso en el derecho de

toda persona a conocer su filiación biológica con los efectos que ello conlleva. No se olvide que este derecho goza de rango constitucional, y afecta directamente al orden público. Además podemos constatar que la tesis del Tribunal Supremo es la que ha triunfado en la práctica. De hecho existen sentencias donde las pruebas biológicas fueron acordadas a pesar de la existencia de indicios sumamente endebles. Este es el caso de la STS de 10 de noviembre de 1986 donde únicamente fue aportada «una imprecisa prueba testifical», a pesar de lo cual se acordó la prueba biológica dando un resultado negativo; o en la STS de 24 de mayo de 1989 donde solo existía un indicio de relación sexual de muy débil fundamento; y el caso de la STS de 26 de febrero de 1993 en que las relaciones sexuales no fueron probadas y, además se practicó, la prueba biológica con el resultado de que quedó excluida la paternidad del demandado. Por otro lado, como veremos seguidamente, hay muchas sentencias en las que la demanda fue desestimada porque el único indicio existente era la negativa del demandado a someterse a la práctica de las pruebas biológicas, lo que demuestra que la práctica de la misma fue acordada sin esperar a los resultados del periodo probatorio, y en consecuencia, sin comprobar si había o no indicios serios (*v.tr.,* las SSTS de 1 de octubre de 1999 y 26 de marzo de 2001).

De todo lo dicho habría que sacar otra conclusión: aunque no existan indicios serios, si la prueba biológica es estimada pertinente por la autoridad judicial, porque aprecia la existencia de un principio de prueba, la negativa a la misma debe entenderse injustificada (la única excepción sería si la prueba biológica pudiera suponer un grave quebranto para la salud de su destinatario)[15].

5. La práctica de las pruebas biológicas

5.1. Valoración judicial de las pruebas biológicas

La importancia de las pruebas biológicas radica en que constituye la única prueba directa de la generación. Fuera de ellas, la declaración de paternidad solo puede obtenerse mediante indicios como consecuencia de la prueba de presunciones. La prueba biológica de paternidad se configura como una prueba pericial cuyo objeto no es la persona, como en ocasiones ha afirmado el Tribunal Supremo, sino determinadas partes del cuerpo humano[16]. No debe olvidarse que el dictamen de los peritos no es vinculante, y el juez goza de total libertad a la hora de valorarla en virtud del principio de libre apreciación de la prueba que rige en nuestro ordenamiento (arts. 218 y 316 LEC 1/2000)[17]. Si bien la jurisprudencia entiende, dada la fiabilidad extraordinaria de estas pruebas, que si la prueba biológica practicada ofrece un resultado positivo procede declarar la paternidad, y si, por el contrario, es negativa la demanda debe ser desestimada. Así lo han reconocido los Tribunales en numerosas resoluciones: cabe citar la

SSTS de 5 de noviembre de 1987, 15 de noviembre de 1988, 5 de mayo de 1989, 20 de mayo de 1991, 20 de diciembre de 1991, 4 de junio de 1992, 17 de mayo y 24 de noviembre de 1992, 8 de mayo de 1995, SSTS de 28 de junio de 2001.Tambien recalca la alta fiabilidad de estas pruebas la STC 7/1994, de 17 de enero. Constatan estas resoluciones que el avance de la ciencia ha permitido que la exclusión de la paternidad pueda establecerse científicamente con un cien por cien de seguridad, y la afirmación de la paternidad pueda efectuarse con una certeza en la mayor parte de los casos superior a un 99%. En este caso los biológicos hablan de «paternidad prácticamente probada»: es posible determinar la paternidad con tal grado de probabilidad que en la práctica es identificable con la certeza. Así lo reconoce la STS de 28 de junio de 2001. Recientemente cabe citar la Sentencia de 16 de julio de 2004 donde explica la valoración técnica de los resultados obtenidos en el análisis de los polimorfismos de ADN que indican el grado de probabilidad de la paternidad reclamada[18].

Así en las pruebas biológicas constituyen el instrumento más fiable tanto para determinar la paternidad y la maternidad, como, para excluirla. Esto les concede un papel fundamental tanto en los supuestos de reclamación como de impugnación de la filiación. Ya dijimos, que el supuesto más frecuente en el que se plantea la aplicación de las pruebas biológicas, es cuando se ejercita la acción de reclamación de la paternidad no matrimonial del presunto padre.

5.2. Relación entre las pruebas biológicas y los supuestos del artículo 767.3 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil

Para que una demanda de reclamación o de impugnación salga adelante no es en absoluto imprescindible la práctica de las pruebas biológicas. A pesar de su gran eficacia en la determinación de la realidad genética no constituyen un recurso obligatorio para el Tribunal. De la interpretación conjunta de los apartados 3 y 4 del artículo 767, sucesores clónicos de los artículos 127 y 135 de Código Civil, resulta que en materia de investigación de la paternidad existen dos tipos de pruebas. Las directas, constituidas exclusivamente por las pruebas biológicas en el caso de la paternidad, y en el de la maternidad habrá que incluir también el hecho del parto. Y las pruebas indirectas o presuntivas, que contempla el apartado 4 del precepto procesal y con apoyo en las cuales puede el juez dar lugar a la declaración de paternidad[19]. Recordemos que se trata de una enumeración abierta, pues comprende la posesión de estado, el reconocimiento táctico, la convivencia con la madre en la época de la concepción y cualquier otro hecho del que pueda inferirse la filiación de modo análogo.

El Tribunal Supremo ha sentado las siguientes reglas con consecuencia de la interpretación conjunta de los artículos 127 y 135 del Código Civil. Estas

reglas siguen siendo igualmente válidas para interpretar el nuevo precepto procesal, visto que su contenido coincide con el del anterior, mientras no haya un cambio jurisprudencial al respecto.

1. Nada indica que haya de acudirse en primer lugar a las pruebas biológicas y, después, cuando estas no sean posibles, a las demás. La regulación legal no da preferencia, ni exclusividad alguna a las pruebas biológicas de filiación a pesar de su alto poder demostrativo (STS de 8 de julio de 1986). La STS de 12 de noviembre de 1987 sostiene que puede declararse la paternidad con base a otras pruebas sin necesidad de acudir a las biológicas. De modo, que no es obligatorio proceder a la práctica de las mismas. La STS de 15 de noviembre de 1988 aclara que la Ley permite, pero no impone, la realización de las pruebas biológicas. Si no se practica la prueba biológica, la sentencia puede basarse en otras pruebas para declarar la paternidad: por ejemplo, en la posesión de estado, como ocurrió en el caso de la STS de 2 de abril de 1992. La STS de 2 de abril de 1992 hace una clara síntesis de la posición jurisprudencial: «las pruebas biológicas son unas de las enumeradas en el citado artículo 127, no las únicas. En consecuencia, no hay obstáculo legal a que la paternidad se declare judicialmente con fundamento en otras, que es lo que hace la Sala de apelación al apreciar detenidamente cada una de las pruebas obrantes en autos para llegar a la conclusión de que hubo convivencia y relaciones sexuales entre la actora y el demandado, de las que nació una niña».

2. La práctica de las pruebas biológicas debe ser acordada por el Juez a instancia de parte o bien de oficio. Aquí la actividad del Juez cobra mayor importancia a consecuencia del esencial componente de orden público que caracteriza a los procesos de filiación. Así se produce un debilitamiento del principio dispositivo que ha sido constatado en un amplio número de sentencias[20]. Por ejemplo, la STS de 12 de septiembre de 1999 aprecia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e indefensión, como consecuencia de la pasividad del Tribunal de apelación que no ordenó, como diligencia para mejor proveer, la práctica de la prueba biológica, necesaria en el caso para esclarecer la filiación materna. Al parecer del Tribunal Supremo, no excusa al Tribunal de segunda instancia el proceder omisivo de la actora, que no reiteró su solicitud en la fase de apelación. Esta resolución constituye una manifestación de la presencia del principio inquisitivo en los procesos de filiación en atención a la transcendencia del interés en juego: el estado civil de filiación. Más tajante es la STS de 31 de diciembre de 2003, cuando se refiere expresamente a la obligación de los Tribunales de procurar la práctica de las pruebas biológicas. Esta obligación se deduce con mayor claridad de la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. El artículo 752.1.II de la Ley de Enjuiciamiento incorpora el principio inquisitivo a los juicios sobre filiación cuando dice que «sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes». Como afirma

SEOANE SPIEGELBERG (2002, 23) en este tipo de procesos el juez ya no es un «mero espectador de la actividad de las partes» y pasa a ser un «*iudex investigator*» que puede, sin necesidad de impulso de parte, acordar las pruebas que considere convenientes para averiguar la realidad genética[21].

De acuerdo con las reglas expuestas debemos matizar la afirmación de las renombradas STC de 7/1994 y 95/1999, respecto al carácter subsidiario de las pruebas biológicas. Así, es perfectamente posible que, aunque exista posesión de estado, el juez disponga la realización de la prueba biológica solicitada a instancia de parte alegando que dicha realidad fáctica no se corresponde con la verdad biológica. Otra cosa es que existiendo posesión de estado, esta prueba no fuese solicitada por ninguna de las partes; en este caso no parece aconsejable su práctica al entrar en juego otros principios imperantes en la materia, como el de voluntad y el de autorresponsabilidad dirigidos a proteger la paternidad jurídico-cultural por encima de la biológica. En resumidas cuentas, creemos que no cabe establecer una regla general; si es o no pertinente la práctica de estas pruebas, es una decisión que debe ponderar sabiamente el juez a la luz de las circunstancias del caso teniendo, siempre presente que el criterio primordial debe ser el del *favor filii*[22].

Por otro lado, podemos afirmar que la lógica y el sentido común (*rectius*, reglas de la sana crítica) indican que cuando no se dan ninguna de las presunciones legales y las demás pruebas sean insuficientes, aunque las pruebas biológicas no tengan carácter obligatorio, es casi forzoso para el juzgador acordar su práctica aún en el supuesto estrambótico de que no hubiesen sido solicitadas a instancia de parte.

Por último, podemos concluir que las reglas descritas ponen de manifiesto que el principio de verdad biológica no goza de un valor preeminente. Solo así se explica que el recurso a las pruebas biológicas no sea obligatorio, pudiendo declararse la paternidad con apoyo exclusivo en las pruebas indirectas previstas legalmente: posesión de estado, reconocimiento tácito, etc… CUADRADO IGLESIAS (1990, 625) precisa que cuando la paternidad se declara a través de las pruebas indirectas «solo cabe hablar de certeza moral, que en múltiples ocasiones pondera realidades fácticas en interés del hijo que deben anteponerse a realidades biológicas»[23]. Esto es, en estos casos, la paternidad resultante de la conducta de las personas implicadas no tiene porque coincidir con la realidad genética, y, si no es cuestionada por los sujetos implicados, puede funcionar como factor decisivo de la determinación de la filiación legal. Por ende, nos encontramos ante un claro ejemplo en el que se da primacia a los principios de estabilidad familiar y de consentimiento o autorresponsabilidad respecto del de verdad biológica; todo ello como manifestaciones del principio superior jerárquicamente del *favor filii*.

III. LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS

1. La doctrina del Tribunal Supremo ante el silencio legislativo

La posibilidad de investigar la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas incluidas las biológicas, juntamente con el reconocimiento de la igualdad de derechos entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales, ha dado lugar a que se hayan planteado numerosas demandas ante los Tribunales solicitando la determinación de la verdad biológica. El caso protípico es el de la reclamación de la paternidad extramatrimonial efectuada por la madre respecto del presunto padre.

En este contexto, una de las cuestiones más polémicas ha sido la de precisar los efectos probatorios que cabe atribuir a la negativa injustificada del varón a las pruebas biológicas. El origen de este problema es doble: el silencio legislativo[24]; y la imposibilidad de imponer la práctica de las pruebas biológicas con carácter coactivo. En efecto los artículos 127 y 135 del Código Civil no contemplaban expresamente la solución jurídica aplicable a este supuesto. Así las cosas, nuestro Tribunal Supremo se vio abocado a la tarea de colmar este vacío normativo. El tratamiento exhaustivo del problema de la negativa por parte de la jurisprudencia ha generado una doctrina pacífica y unánime sobre los efectos que le corresponden. La doctrina jurisprudencial puede resumirse en el sentido de que no procede deducir una «*ficta confessio*» de la negativa, aunque sí representa un indicio valioso, que conjugado con otros elementos probatorios, permite llegar a declarar la paternidad pretendida[25]. Esto es, la negativa no entraña confesión de paternidad, más constituye un dato significativo que puede conducir a que sea declarada.

Cabe citar como hitos de esta construcción doctrinal un nutrido grupo de sentencias: las SSTS 14 de octubre de 1985, 27 de junio de 1987, 14 de noviembre de 1987, 11 de marzo de 1988, 18 de marzo de 1988, 21 de mayo de 1988, 14 de julio de 1988, 3 de diciembre de 1988, 15 de marzo de 1989, 24 de mayo de 1989, 23 de octubre de 1990, 25 de abril de 1991 y 6 de junio de 1991[26]. Además como ya indicamos al inicio de este trabajo, en los últimos años se han dictado un buen número de sentencias que tratan el problema de la negativa y que ponen de manifiesto la actualidad del tema: así cabe citar las SSTS de 18, 28 y 29 de marzo de 2000, 2 de octubre de 2000, 26 de marzo de 2000, 26 de septiembre de 2000, 30 de mayo de 2000, 24 de enero de 2001, 26 de julio de 2001, 30 de septiembre de 2002, 27 de diciembre de 2002, 12 de febrero de 2002, 17 de julio de 2002, 11 de marzo de 2003, 1 de julio de 2003, 10 de noviembre de 2003, 19 de diciembre de 2003 y 16 y 25 de junio de 2004, 26 de noviembre de 2004, 1 de septiembre de 2004, 27 de octubre de 2005, 17 de noviembre de 2005, 22 de noviembre de 2005, 7 de diciembre de 2005, 2 de febrero de 2006, 8 de marzo de 2008, 28 de mayo de 2015 y 8 de marzo de 2017.

La STS de 3 de diciembre de 1991 precisa el exacto valor de la negativa cuando recalca que no se trata de un indicio más, sino que «en sí mismo, tiene un valor cualificado, dado, según se ha dicho, el elevado estado actual de la ciencia, confiere a las pruebas en cuestión, por lo que, en cualquier supuesto la negativa merece ser seriamente ponderada en el conjunto de los elementos fácticos y probatorios del caso para atribuirle el significado correspondiente»[27]. Otras muchas sentencias han recalcado la transcendencia de la negativa a someterse a las pruebas biológicas. La STS de 23 de octubre de 1990 habla de «indicio fuertemente presuntivo»[28]; la STS de 6 de junio de 1991 de «valioso indicio»[29]; la STS de 17 de marzo de 1992 califica la negativa de «indicio de inestimable valor»[30]; la STS de 27 de enero de 1993 afirma que «tiene valor de un fuerte indicio»[31], y STS de 20 de octubre de 1993 se refiere al «valor indiciario cualificado de la negativa»[32]. La STS de 26 de julio de 2001 es muy expresiva cuando dice que «se trata de un indicio que tiene en sí mismo un valor cualificado, es decir, se presenta como un indicio intenso que integra una prueba preeminente cuando acontezcan otros hechos demostrados que permitan alcanzar la decisión estimatoria de la filiación reclamada». La STS de 1 de septiembre de 2004 se refiere a la negativa como «indicio especialmente valioso». Las SSTS de 26 de noviembre de 2004, 22 de noviembre de 2005 y 28 de mayo de 2015 afirman que la negativa es un «indicio valioso, muy cualificado o significativo» En definitiva, estas resoluciones se ocupan de resaltar la transcendencia que singulariza a la negativa y que impide considerarla como una prueba más. Se subraya la necesidad de valorar muy significativamente la negativa, debidamente integrada en el conjunto de la prueba.

Los argumentos que utiliza el Tribunal Supremo para atribuir a la negativa la condición de pruebas presuntiva son variados:

1. La falta de colaboración del demandado a la práctica de las pruebas biológicas supone la denegación de un medio de prueba de una fiabilidad tan absoluta, que constituye una evidencia altamente significativa de lo infundado de la oposición mantenida en el proceso de filiación[33]. Es el temor a que se descubra la verdad biológica, lo que explica el rechazo por parte del presunto padre a facilitar la práctica de la prueba que le ofrece la posibilidad de desvirtuar la demanda[34]. Justamente la conducta del demandado que se niega al esclarecimiento de los hechos teniendo en sus manos la posibilidad de descartar su paternidad, integra un indicio significativo de la paternidad en litigio[35]. Con toda lógica la STS de 14 de mayo de 1993 dice que «(…) si la afirmación de falta de paternidad fuera cierta el demandado no solo no hubiera puesto obstáculo, sino que hubiera exigido la prueba hematológica ya que su fiabilidad es absoluta cuando su resultado es negativo»[36].

2. Si tenemos en cuenta que nos enfrentamos a la única prueba directa sobre la generación dotada de una alta fiabilidad, la negativa a este tipo de peri-

cia revela un comportamiento netamente obstruccionista y contrario a la lealtad procesal en cuanto que impide o bloquea la investigación de la paternidad. Así lo manifiestan las SSTS de 14 de octubre de 1985 y 14 de noviembre de 1987[37].

En algunos supuestos los Tribunales han ponderado las condiciones subjetivas del destinatario de las pruebas biológicas para dar una mayor eficacia probatoria a la negativa. En la Sentencia de 27 de junio de 1987 es tenido en cuenta el alto nivel cultural del demandado que supone su alto conocimiento de la certeza de las pruebas hematológicas. La STS de 15 de marzo de 1989 entiende que la condición de profesional del derecho del demandado hace que «este obstruccionismo cobre caracteres inusitados». Igualmente la STS de 6 de febrero de 1991 presume que el supuesto padre conoce de la transcendencia de las pruebas biológicas por su profesión de médico.

3. El no sometimiento a las pruebas biológicas hace ilusoria la tutela judicial efectiva (*ex* art. 24 CE) de los derechos del hijo a que se declare su verdadera filiación biológica, en cuanto implica la denegación de un medio de prueba totalmente fiable[38]. En definitiva la negativa a la práctica de las pruebas biológicas imposibilita la efectividad del derecho a investigar la paternidad.

4. Por último, pretender ampararse en los derechos individuales a la integridad física (art. 15 CE) y la intimidad (art. 18 CE) supone una falta de cooperación procesal constitutiva de fraude de Ley (art. 6.4 del Código Civil) y un ejercicio antisocial de estos derechos (arts. 4 y 7.2 del Código Civil)[39]. Particularmente expresiva es la Sentencia de 14 de noviembre de 1987 cuando dice que el rechazo a las pruebas biológicas significa «la falta de lealtad procesal del demandado ahora recurrente, constitutiva de un abuso de derecho y de una falta de solidaridad y colaboración con la Administración de Justicia»[40]. Esta calificación de la conducta del demandado tiene muy en cuenta la naturaleza jurídica de los derechos afectados. Así lo expresa la anterior sentencia cuando dice que los derechos a la integridad física y a la intimidad deben ceder ante «derechos y situaciones tan importantes como conceder o denegar la cualidad de hijo» y, continua diciendo, que lo principal es la defensa de los intereses personales en primer lugar del hijo, tanto de orden material como moral»[41]. Igualmente la STS de 3 de diciembre de 1991 dice que « [n]o cabe soslayar, que en procesos de esta naturaleza, en los que al interés privado se une la trascendencia social y pública de las circunstancias relativas a la filiación, el carácter dispositivo del proceso civil se impregna de tintes inquisitivos que exigen una profundización más aguda en reglas procesales tales como la buena fe de las partes (art. 11 LOPJ) o en deberes de rango constitucional como prestar la colaboración requerida por los jueces y Tribunales en el curso del proceso (art. 118 de la Constitución)[42]. La STS de 25 de enero de 1992, por su parte, tras negar la vulneración del derecho a la intimidad, aduce que él no sometimiento a las pruebas biológicas «alteraría el evidente derecho que tiene todo ser engendrado a que se determine adecuadamente su adscripción paternal»[43].

Como se habrá observado, todas las ideas expuestas ponen el acento en dos datos que se relevan como esenciales; de un lado, la extraordinaria fiabilidad técnica de las pruebas biológicas; y, del otro, la índole de los derechos en juego, en la medida que la filiación de las personas constituye una materia de orden público que no puede verse suspendida a los intereses particulares de los litigantes. Recuérdese que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene dicho que la investigación de la paternidad está dirigida al cumplimiento de fines constitucionales (*ex* art. 39.2 de la Constitución).

Un buen compendio de la doctrina jurisprudencial que acabamos de exponer aparece en la STS de 6 de junio de 1991 que aborda el tema de la negativa en todas sus vertientes. Por esta razón, no podemos resistirnos a transcribir íntegramente su Fundamento de Derecho 4.º que dice así:

«(…) admitido en el ordenamiento jurídico español el principio de investigación de la paternidad, concretamente en el artículo 127 del Código Civil, como consecuencia del principio constitucional consagrado en el artículo 39.2 de la Constitución Española, con la consiguiente admisión de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, si bien la negativa a someterse a estas no implica, ni supone, desde luego, una *ficta confessio*, si supone un valioso indicio, puesto en relación con los demás medios probatorios aportados, revelador de una falta de solidaridad y colaboración a la administración de justicia para determinar derechos de terceros, cual es el hijo cuya filiación se reclama, ciertamente lamentable si se tiene en cuenta el elevadísimo índice de fiabilidad respecto a la determinación positiva de la paternidad en cada caso concreto, y cuya actividad obstructiva a su práctica hace ilusorias las posibilidades que el legislador establece en el artículo 24 de la Constitución Española para lograr la tutela efectiva de los derechos legítimos como los de filiación, y concretamente el derecho primario del hijo a que se declare su filiación biológica y significar un evidente ejercicio antisocial del derecho concretamente rechazado por el artículo 7 del Código Civil (…)».

Igualmente realizan una buena síntesis de esta doctrina las STS de 2 de octubre de 2000, 27 de diciembre de 2002, 27 de junio de 2003 y 1 de septiembre de 2004.

2. Precisión del valor indiciario de la negativa a someterse a las pruebas biológicas

2.1. Presupuestos de la eficacia probatoria de la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas

¿Qué supone atribuir a la negativa injustificada valor indiciario? Lo explica lacónicamente la STS de 23 de octubre de 1990 cuando puntualiza que esta

conducta del demandado «adquiere el carácter de indicio fuertemente presuntivo (…)». Esto es, como tal prueba presuntiva, necesita de otros elementos probatorios para que se declare la paternidad reclamada. La STS de 26 de enero de 1993, aclara que no cabe «hacer depender el resultado de litigio de tal negativa, sino de que, existentes otras pruebas de cualquier clase (art. 127.1 del Código Civil), muy significativamente la de presunciones, la actitud del demandado reafirma la conclusión probatoria favorable a la realidad de la paternidad, sin que ello suponga equiparar el resultado positivo de la prueba biológica y la negativa a su práctica (…)». Lo que hace falta es que la obstrucción que supone el rechazo al reconocimiento pericial venga complementada con otras pruebas. En esta línea la STS de 3 de diciembre de 1991 precisa que «la negativa merece ser seriamente ponderada en el conjunto de los elementos fácticos y probatorios del caso para atribuirles el significado correspondiente». Igualmente insisten en este aspecto las SSTS de 26 de junio de 1999, de 2 de octubre de 2000, 24 de enero de 2001, y 26 de marzo de 2001. Con total claridad lo expresa esta última cuando dice que para conceder fuerza probatoria a la negativa «se hace imprescindible que existan serios indicios de la paternidad que se reclama». Y es que aunque la resistencia al reconocimiento pericial constituye en principio un indicio razonable de la paternidad, no puede considerarse definitivo si no se aportan otras pruebas complementarias».

La cuestión que inmediatamente se plantea es precisar cuándo cabe considerar que las restantes pruebas son suficientes para que, combinadas con la negativa a la prueba biológica, lleven a la declaración de paternidad. Las STS de 15 de marzo de 1989 y de 24 de mayo de 1989 establecen expresamente que para declarar la paternidad es suficiente con la concurrencia de dos requisitos: la posibilidad de fecundación y la negativa obstruccionista por el destinatario de esta prueba. Este último requisito de la negativa injustificada ya ha sido tratado en epígrafes anteriores[44].

Centrándonos en el primer requisito, conviene precisar el significado de la expresión posibilidad de fecundación. Existen diversas sentencias en las que la declaración de paternidad se fundamenta en la acreditación de las relaciones sexuales entre los litigantes en la época de la concepción, unida a la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas. Este es el caso de la STS de 11 de marzo de 1988, 17 de marzo de 1992, 4 de julio de 1996 y 18 de marzo de 2000, 1 de septiembre de 2004, 27 de octubre de 2005 y 22 de noviembre de 2005. No obstante estas resoluciones no deben tomarse como ejemplo del nivel de exigencia exigible. En otras ocasiones los Tribunales se han conformado con que quede acreditada la oportunidad de las relaciones sexuales, aun cuando no exista certeza al respecto. Esto es lógico, si tenemos en cuenta que normalmente no será posible obtener una prueba directa de las relaciones sexuales, salvo en los supuestos de confesión del padre y la madre[45]. Por este motivo basta con que la negativa se una, la evidencia de

relaciones sentimentales o amorosas, que pongan de manifiesto la posibilidad de que hubiera habido relaciones sexuales en la época de la concepción. La conjunción de estos dos indicios es suficiente para fundamentar la imputación de paternidad. Así lo han estimado la STS de 27 de junio de 1987, 18 de marzo de 1988, 15 de marzo y 24 de mayo de 1989, 2 de febrero de 1992, 20 de octubre de 1993, 10 de octubre de 1996, 19 de marzo de 1997, 4 de diciembre de 1998, 26 de septiembre de 2000[46]. La STS de 20 octubre de 1993 señala que en el caso en litigio la declaración de paternidad es consecuencia de la doctrina jurisprudencial «en orden al valor indiciario cualificado que ha de darse a la negativa sin causa a someterse a pruebas hematológicas, dado el elevado índice de exactitud de las mismas, y conjugando este indicio con otros motivos probatorios, en especial la posibilidad de acceso carnal en el tiempo de la concepción».

En definitiva, la negativa dice —RIVERO HERNÁNDEZ (1994, 353)— ha de producirse en un «contexto fáctico idóneo»[47]. Esto es, son las circunstancias del caso las que confieren un significado relevante a la negativa. Si no hay una base mínima, no le está permitido al juzgador declarar la paternidad apoyándose únicamente en la negativa a las pruebas biológicas. Han de existir otras «pruebas complementarias» que apunten directamente a una dirección muy concreta. En este ámbito cobran especial relieve la realidad o al menos posibilidad (consecuencia de una probada relación sentimental) de relaciones sexuales en la época de la concepción. Más recientemente cabe citar la STS de 26 de septiembre de 2000 que se remite a la jurisprudencia anterior y realiza un preciso resumen de la misma al decir que: «En definitiva, de acuerdo con los razonamientos que se dejan consignados en las reglas jurisprudenciales determinadas de la valoración de la prueba, en este tipo de asuntos huérfanos de una regulación legal más precisa —que pueden estimarse más acreditadas— y, por tanto, como guía para la valoración de los hechos probados se resumen en dos: a) la negativa a la práctica de las pruebas de paternidad, sin causa justificada, constituye una obstrucción para la recta administración de justicia y tal conducta representa un valioso indicio al que cabe anudar la atribución de la paternidad; b) Tal atribución debe producirse siempre que, por otros indicios, se releve la razonable posibilidad de la unión carnal al tiempo de la concepción».

Cabe citar en la misma línea Sentencias muy recientes: la de 7 de julio de 2003, 11 de septiembre de 2003 y 16 de junio de 2004, 26 de noviembre de 2004, 17 de noviembre de 2005, 7 de diciembre de 2005, 28 de mayo de 2015. El lugar común de las sentencias citadas es la insistencia en que la negativa injustificada merece ser valorada como un indicio valioso de la paternidad siempre que aparezcan otros indicios de la existencia de relaciones sentimentales entre los litigantes y de la subsiguiente probabilidad de las relaciones sexuales entre ellos.

2.2. La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1992 y la del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero

Una referencia aparte merece la STS de 30 de abril de 1992 no solo porque supone una desviación momentánea de la doctrina que acabamos de exponer; sino, sobre todo, porque el recurso de amparo que prospera contra la misma dio lugar a la archiconocida STC 7/1994, donde se contienen aclaraciones que consideramos esenciales para una adecuada compresión del tratamiento jurisprudencial de la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas.

La STS de 30 de abril de 1992 se caracteriza porque extrema su rigor para atribuir valor probatorio a la resistencia del demandado a someterse a la prueba pericial. En este caso se trata de una demanda de reclamación de paternidad extramatrimonial interpuesta por la madre contra un hombre casado. Se trata de un caso de negativa contumaz del demandado a someterse a las pruebas biológicas que fue acordada en las dos instancias. El Juez de Primera Instancia rechazó la demanda por no estimar probada la paternidad. La sentencia alega la insuficiencia del material probatorio aportado por la actora para que junto con la negativa pueda dar lugar a la declaración de paternidad. Sobre todo acusa la falta de prueba de la relación sexual. La Audiencia considera suficientes las pruebas de la relación íntima entre los litigantes que apuntaban a la posibilidad de relaciones sexuales en la época de la concepción (testigos, fotografías, etc…)[48]. Todo ello, unido a la reiterada negativa del demandado a la realización de la prueba biológica, llevó a la Audiencia a la declaración de la paternidad reclamada. Recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo apoya el criterio del Juez de Primera Instancia por considerar que las pruebas aportadas no eran lo suficientemente esclarecedoras y, en consecuencia, la negativa del demandado carecía de significación suficiente. Opina también el Tribunal Supremo que los indicios existentes no dan «un soporte probatorio bastante» para la determinación de la paternidad del demandado. Así dice que ese indicio probatorio que comporta la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas ha de estar acompañada en forma incontrovertible de otras pruebas absolutamente definidas, que conduzcan derechamente al juzgador al convencimiento de la paternidad (…) y no ambiguos en su constatación de las relaciones extramatrimoniales existentes». Por este motivo prospera el recurso de casación y la demanda es desestimada.

Esta sentencia fue recurrida en amparo, dando lugar a la conocida sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero. El recurso de amparo es estimado y el Tribunal Constitucional anula la resolución del Supremo y declara firme la de la Audiencia. En el Fundamento Jurídico 1.º de la sentencia precisa que la cuestión en litigio que ha separado a los Tribunales civiles es la de la valoración de la negativa del varón demandado a someterse a la prueba de paternidad. Como hemos visto la Audiencia entendió que la negativa sumada

a las pruebas practicadas permitía alcanzar la convicción de que el demandado era padre de la menor; por el contrario, el Tribunal Supremo entiende que no existen pruebas suficientes para que unidas a la negativa den lugar a la paternidad reclamada. El Tribunal Constitucional anula la sentencia del Tribunal Supremo y confirma la de la Audiencia.

La sentencia se ocupa de aclarar que no se trata, pues, de corregir las valoraciones de hecho efectuadas por los Tribunales del orden civil[49]. La cuestión es —sostiene el Tribunal Constitucional— que la tesis del Tribunal Supremo vulnera los derechos fundamentales de la actora por diversos motivos. El argumento central puede sintetizarse en la consideración de que la resolución del Tribunal Supremo al aceptar la falta de colaboración del demandado y hacer recaer toda la prueba en el demandante, vino a imponerle una exigencia contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, colocándola, por ende, en una situación de indefensión[50].

Cuando valora esta doctrina RIVERO HERNÁNDEZ (1994, 353) opina que no es razonable exigir «prueba de paternidad con independencia del valor probatorio, vía presunción *facti,* de la manera negativa a la prueba biológica»[51]. Las exigencias —continua diciendo este autor— deben ser las mínimas para evitar demandas «frívolas o malévolas». Afortunadamente podemos constatar la nula influencia de la STS de 30 de abril de 1992 en resoluciones ulteriores. Ciertamente, como hemos visto, las sentencias posteriores siguen la tónica general más favorable a los intereses del hijo como principal sujeto del derecho a la investigación de la paternidad, al conformarse con la concurrencia de otros indicios que complementen la negativa para formar un conjunto probatorio que apunte a la paternidad reclamada.

2.3. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2002 y Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 2005: divergencias sobre el valor probatorio de la negativa a someterse a las pruebas biológicas

Por lo que se refiere a los datos fácticos de la sentencia nos enfrentamos al supuesto prototípico en el que la madre, en interés del hijo menor de edad, ejercita la acción de reclamación de la paternidad contra el presunto padre. La demanda es desestimada por la sentencia de instancia y la de apelación al apreciar que no existía indicio o prueba de relaciones sexuales entre la actora y el demandado, y ni siquiera, que hubiese cierta amistad entre ellos. Ambas sentencias consideran que únicamente fue probado que el demandado y la actora se conocieron años antes del nacimiento del hijo, en el domicilio de aquel, sin que se hubiera acreditado que mantuviesen ningún tipo de relación con posterioridad. Sin embargo, la STS de 20 de septiembre de 2002 casa y anula

la resolución de segunda instancia y declara la paternidad del demandado, que interpone recurso de amparo contra la sentencia.

El TC estima el recurso de amparo en la STC 29/2005, de 14 de febrero, siendo ponente el Exmo. Sr. Conde Martín de Hijas. La razón esencial radica en la consideración de que la STS de 20 de septiembre de 2002 se separa de la jurisprudencia consolidada en la materia al basar la atribución de la paternidad al demandado única y exclusivamente en la negativa de aquel a que le sean practicadas las pruebas biológicas, prescindiendo del resto del material probatorio obrante en autos. Y de ello deduce el TC las siguientes consecuencias:

1.ª. Una de las fallas de la STS de 20 de septiembre de 2002 es que no analiza ni se ocupa de rebatir la conclusión probatoria que condujo a los Tribunales de instancia a la desestimación de la demanda de reclamación de la paternidad. Además, acusa al TS de citar como fundamento de su decisión sentencias en las que, a juicio del TC (que en este punto sigue también las apreciaciones del Ministerio Fiscal), no puede apoyarse en la medida que no avalan la posibilidad de la declaración de paternidad basada únicamente en la negativa del afectado a someterse a la prueba biológica de paternidad. Por el contrario, las resoluciones citadas reiteran la consolidada doctrina jurisprudencial sobre el valor de la negativa como indicio valioso que debe ser complementado con otros medios de prueba para fundar la declaración de la paternidad pretendida. En definitiva, la STS de 20 de septiembre de 2002 vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE como consecuencia de una motivación, al mismo tiempo, deficiente y carente de lógica, que pone de manifiesto que la resolución adolece de un vicio de irracionalidad.

2.ª. Asimismo la Sentencia conculca el derecho de la igualdad en la aplicación de la Ley (*ex* art. 14 CE) al haberse separado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, «sin motivar ni justificar tal cambio de criterio» (fund. 6.º). Esta ausencia total de motivación hace que nos encontremos ante una ruptura del criterio jurisprudencial ocasional y aislada que por ellos se muestra ilegítima y arbitraria.

Una vez expuesto el contenido de la STC 29/2005, nos vemos obligados a poner en tela de juicio algunas de las valoraciones que la decisión constitucional realiza respecto a la STS de 20 de septiembre de 2002 que fue objeto del recurso de amparo. Antes queremos destacar el dato de que el ponente de esta sentencia es el Exmo. Sr. O'Callaghan Muñoz, autor de una de las monografías más significativas en materia de investigación de paternidad. Pasemos pues a enunciarlas brevemente:

1. En primer lugar, creemos que no es exacta la afirmación que constituye el núcleo central de la argumentación del TC: que la atribución de la paternidad tenga por causa única la conducta obstruccionista del demando en la práctica de las pruebas biológicas. Esta idea queda desmentida si tenemos en cuenta la distinción que realiza la sentencia: «[a]sí en definitiva: si hay prueba

suficiente se declara la filiación, pese a una negativa a la prueba biológica; si la prueba es insuficiente, la negativa es un valioso elemento probatorio, que, unido a los indicios, permite declarar la filiación; si la prueba es más endeble, el demandado que se ha negado a suministrar la prueba decisiva, sufre la carga de soportar la falta de la misma, sin que deba recaer en quien reclama la filiación» (F. D. 3.º). Esto es, el TS considera que existe un indicio aunque sea ciertamente «endeble» (la prueba de que las partes se conocieron hace años en el domicilio del demandado) que justifica su decisión, correctora de la de la instancia, de atribuir la paternidad al demandado, que con su conducta, como precisa la sentencia, ha vulnerado los artículos 14, 39 y 118 CE (F. D. 3.º); otra cosa es, que como acabamos de reconocer, el TS hay incurrido en la falta de no explicar cuál es la valoración probatoria que en concreto debe sustituir a la efectuada en la instancia, limitándose a enunciar en abstracto unas ideas, sin ponerlas en conexión con el supuesto enjuiciado. De hecho, como vamos a ver a continuación, la STS de 20 de septiembre de 2002 forma parte de un amplio grupo de sentencias a las que se remite y que se caracterizan porque incrementan el valor probatorio concedido hasta ahora a la negativa.

2. En segundo lugar, y enlazando con lo dicho en el apartado anterior, tampoco es cierto que exista una incoherencia entre la decisión tomada y las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que aduce como fundamento de su decisión. En efecto, a partir del año 2000 el Tribunal Supremo ha dado un paso más en la tutela del derecho de toda persona a que se determine su filiación *ex* artículo 39 CE, al inclinarse por conceder un mayor valor a la negativa a las pruebas biológicas del que gozaba hasta la actualidad. Haremos referencia más adelante a esta nueva línea jurisprudencial.

3. De hecho, la STS de 7 de diciembre de 2005, que dicta el TS en sustitución de la sentencia anulada por el TC, declara nuevamente la paternidad reclamada basándose en que en el supuesto enjuiciado, junto a la negativa injustificada del demandado a someterse a la pruebas biológicas existen otros «indicios coadyuvantes» que privan de justificación a la negativa y colman su eficacia indiciaria: el encuentro previo de la actora y el demandado en el domicilio en época previa a la concepción, la imputación formal y exigente de paternidad al demandado en época contemporánea al nacimiento, la insistencia en sus requerimientos y el difícilmente explicable silencio por parte del demandado. Además la sentencia precisa que cuando existe una negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas «no es exigible que los demás indicios generen una virtualidad probatoria plena por sí mismos, ni siquiera que sean aptos para jugar un papel preponderante en la construcción de la presunción, sino que basta que tengan una eficacia coadyuvante en términos de normalidad o razonabilidad desde el punto de vista del orden acostumbrado de las cosas para corroborar el indicio especialmente significado derivado de la negativa a la práctica de la prueba pericial biológica» (F.D. 11)[52].

2.4. Determinación del supuesto de hecho en que la negativa opera como indicio singularmente valioso

De acuerdo con la jurisprudencia expuesta estamos en condiciones de definir el supuesto característico en el que la negativa desarrolla su eficacia probatoria. La negativa a las pruebas biológicas puede producirse en contextos diferentes. A este respecto cabe distinguir las siguientes posibilidades.

1.º. Cuando el resto de las pruebas practicadas no aporten una base mínima para afirmar la paternidad discutida. Como hemos visto la negativa no puede llevar a la declaración de la filiación por sí misma; ha de conjugarse con otros indicios de paternidad. Así resulta de las SSTS de 4 de febrero de 1997, 4 de diciembre de 1998, 1 de octubre de 1999, 2 de octubre de 2000, 26 de marzo de 2001 y 8 de marzo de 2017. Como representativa de esta doctrina podemos extraer las afirmaciones de la de 4 de diciembre de 1998 cuando dice que «la mera negativa a someterse a la prueba biológica, cuando no existe en el proceso ninguna otra clase de pruebas al no constituir *"ficta confessio"*, no puede, por si sola, ser determinante de una declaración de paternidad», insistiendo en que no es más que un valioso indicio que necesita ser complementado por la concurrencia de otras pruebas, especialmente aquellas que evidencian la posibilidad de relaciones sexuales. Todas las sentencias citadas coinciden en afirmar que en ausencia de otras pruebas ninguna virtualidad cabe atribuir a la negativa a los efectos de demostración de la paternidad discutida.

Es menester, para entender este supuesto una visión retrospectiva al principio de prueba como requisito de admisión de la demanda. Vimos que, según la jurisprudencia, la exigencia legal resulta satisfecha si del relato fáctico de la demanda se desprende una base de credibilidad[53]. Y, si es así, será procedente la práctica de las pruebas biológicas. Cosa distinta es que después, en el periodo probatorio, sea cuando quede resuelta la veracidad o falsedad de los hechos alegados por la actora. Si finalmente no aparecen otros indicios de la paternidad, la negativa del demandado a la prueba biológica, justamente acordada, no producirá efecto alguno.

2.º. Cuando existan pruebas suficientes para acreditar la paternidad reclamada, la negativa sirve para apuntalar la convicción del juez al reforzar la certeza del resultado probatorio. Así lo expresan la célebre STC 7/1994, de 17 de enero, y, más recientemente, la STS de 26 de septiembre de 2000.

3.º. Es posible que existan indicios, pero no bastantes para dar lugar por sí solos a la declaración de paternidad. Es en esa situación donde cobra especial importancia la conducta obstruccionista del demandado, en cuanto constituye un obstáculo para el esclarecimiento de los hechos (STS de 27 de junio de 1987). Y es, justamente, en estos casos dudosos donde la negativa al reconocimiento médico de los caracteres biológicos despliega con plenitud sus efectos probatorios. El Tribunal Constitucional lo expresa con toda claridad en la Sentencia 7/1994, Fundamento de Derecho 6.º:

«Es evidente que, en los supuestos en que existen pruebas evidentes de paternidad, la prueba biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por otros medios de prueba. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en el de los supuestos dudosos, donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para demostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial (…)».

En el mismo sentido se manifiestan las SSTS de 22 de mayo de 2000, 22 de noviembre de 2000 y 27 de junio de 2003; además todas ellas se remiten expresamente a la STC 7/1994 que, sin duda, supone una referencia clave en la construcción doctrinal sobre los efectos de la negativa.

3. Fundamento jurídico de la doctrina jurisprudencial sobre los efectos probatorios de la negativa

Como ha apuntado la jurisprudencia en numerosas ocasiones, antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, la valoración de la negativa constituía un supuesto de determinación de la filiación permitido por el último inciso del artículo 135 del Código Civil. La STS de 27 de junio de 1987 es la primera resolución que alude expresamente a la previsión del artículo 135 como fundamento de la teoría jurisprudencial sobre la negativa. Como explica la citada sentencia, la clave de la regulación de este precepto se encuentra en la distinción entre pruebas directas de la generación o del parto, las indirectas o presuntivas, y, de las que hace una relación abierta pues incluye junto a algunas que enumera expresamente (…), aquellas otras de las que «se infiera la filiación de modo análogo». La valoración de la negativa como indicio aparece encajada en esta última categoría en la medida que implica la declaración de la paternidad apoyándose en la prueba de presunciones. En la misma línea la STS de 27 de enero de 1993 explica que conforme al artículo 135 *in fine*, a falta de pruebas directas, podrá declararse la filiación apoyándose en pruebas presuntivas, como es el caso de la negativa que goza de la consideración de fuerte indicio que «complementado con el resto de las pruebas indirectas, puede formar la convicción del juzgador en aras del reconocimiento de la paternidad discutida». Idéntica doctrina legal ha sido acogida por los Tribunales en los supuestos en que la negativa proviene de terceras personas como es el caso de los descendientes del progenitor fallecido. Así lo han decidido la STS de 2 de julio de 2000 y la SAP de Valencia de 30 de junio de 2000. En definitiva, la doctrina

legal sobre el valor probatorio de la negativa podía entenderse amparada en el artículo 135 del Código Civil antes de que fuese regulado expresamente por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. La regulación de la nueva Ley procesal es una cuestión que trataremos en breve.

La doctrina casacional sobre el carácter indiciario de la negativa ha sido compartida por el Tribunal Constitucional. Reflejo de esta acogida son los Autos 1296/1988, 1103/1990, 165/2002 y 371/2003. En el Auto 221/1990 de 31 de mayo rechaza que sea posible atribuir «un carácter absoluto de prueba de paternidad, introduciéndose una carga «contra cives» que no está autorizada normativamente»; a continuación niega que la negativa puede ser equiparada a una *ficta confessio* cuando dice que «no puede tener encaje como prueba de confesión la conducta negativa de la parte a someterse a aquella prueba que no consiste ni implica declaración o falta de declaración sobre hechos, sino el análisis o comprobación de unos datos biológicos que escapan al conocimiento del propio interesado y solo pueden ser sacados a la luz e interpretados por personal científico». El espaldarazo definitivo se lo da la STC 95/1999 cuando afirma que «este Tribunal ha declarado ya en ocasiones anteriores, que cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación autorizado por el artículo 135, *"in fine"*, del Código Civil. Asimismo recientemente el Auto 371/2003 reconoce expresamente que el Tribunal Constitucional ha seguido una línea coincidente con la jurisprudencia largamente consolidada del Tribunal Supremo sobre la virtualidad probatoria de la negativa.

4. La negativa a las pruebas biológicas en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. Últimas tendencias jurisprudenciales

4.1. La regulación de Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000: el mantenimiento del status quo *anterior*

La gran novedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil es que aborda frontalmente el tema de la negativa y acaba con el tradicional silencio legislativo en la materia precisando los efectos de la falta de cooperación del demandado a las pruebas biológicas. A tenor del artículo 767.4 la regla es la siguiente «la negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas de paternidad o maternidad permitirán al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de está no se haya obtenido por otros medios». Del contenido de este precepto se deduce lo siguiente:

1. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil finalmente ha eludido toda complicación y ha optado por el continuismo. Es evidente que el contenido del precepto citado no es más que la consagración legislativa de los criterios consolidados tras la reforma de 1981 por nuestros Tribunales. No obstante si queremos incidir que en el proceso de elaboración de esta norma no estuvo exento de vacilaciones. De hecho, en el anteproyecto hubo un intento de dar autonomía probatoria a la negativa al suprimir la exigencia de que la negativa se viera complementada por otros indicios para dar lugar a la declaración de paternidad[54]. Esto podrá interpretarse como que el legislador tuvo sus dudas sobre el acierto y eficacia de la jurisprudencia dominante (dudas a nuestro juicio totalmente justificadas), aunque, finalmente acabó optando por su incorporación al texto legal.

2. La condición de carga procesal de la sumisión a las pruebas biológicas adquiere carta de naturaleza en nuestro sistema jurídico. Por ende, el destinatario del reconocimiento pericial no puede ser obligado físicamente a su práctica sin perjuicio de las significativas desventajas que ello pueda acarrearle: que la negativa acompañada de otros indicios pueda dar lugar a la declaración de la paternidad reclamada.

4.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la Ley rituaria

El hecho de que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil mantenga la misma regla aplicada por nuestros tribunales sobre el valor probatorio de la negativa tiene como consecuencia la plena actualidad de la jurisprudencia dictada a propósito de este tema. De hecho hemos visto que las resoluciones posteriores a la nueva regulación procesal mantienen idéntica tendencia.

No obstante, hemos detectado un giro, que no es para nada irrelevante, en sentencias posteriores, aunque dictadas todavía en aplicación de la situación legal anterior (arts. 127 y 135 del Código Civil). En los últimos años se ha producido una evolución jurisprudencial más favorable al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24.2 de la Constitución. Ya desde los inicios los Tribunales invocaban ese precepto como guía del criterio jurisprudencial en la determinación del valor de la negativa. La STS de 7 de julio de 1988 es la primera en acudir a este argumento, que después es reiterado en infinidad de sentencias. Si bien, en tiempos más recientes, nos encontramos con que el Tribunal Supremo ha dado un paso más al inclinarse por conceder un mayor valor a la negativa a las pruebas biológicas del que gozaba hasta la actualidad. Reflejo de esta nueva tendencia son las SSTS de 28 de marzo de 2000, de 17 de julio y 20 de septiembre de 2002, de 1 de julio y 19 de diciembre de 2003, de 25 de junio y 7 de julio de 2004, 26 de noviembre de 2004, 17 de noviembre de 2005, 7 de diciembre de 2005 y 28 mayo de 2005 y 18 de julio de 2017. La

mayoría de las sentencias citadas dicen expresa y literalmente que el valor de la negativa «ha aumentado cada vez más en la consideración jurisprudencial». ¿Qué manifestación práctica tiene este giro jurisprudencial? La consecuencia es evidente: si se ha incrementado el valor probatorio que los Tribunales conceden a la negativa, esto se traduce inequívocamente en una disminución del nivel de exigencia respecto a los restantes indicios probatorios que deben acompañar a la negativa para generar la declaración de paternidad. Así en la STS de 20 de septiembre de 2002 (a la que se remite la de 1 de julio de 2003) distingue tres contextos diferentes en que la negativa aparece acompañadas de otras pruebas: cuando las pruebas son suficientes (se da alguna de las pruebas indirectas que según la Ley son suficientes para declarar la paternidad), en cuyo caso la negativa no puede impedir que se declare la filiación. Cuando la prueba siendo insuficiente por sí sola, unida a la negativa permite declarar la paternidad; son los denominados supuestos dudosos por la STC 7/1994, de 17 de enero, hasta ahora los únicos que concedían a la negativa de un contexto fáctico adecuado para fundamentar la declaración de paternidad: caso prototípico, como vimos, es aquel en que la posibilidad de fecundación aparece unida a la negativa. Lo novedoso es que la resolución citada se refiere a un supuesto que hasta ahora no había sido tenido en cuenta a los efectos de declaración de la paternidad. Cuando la prueba es más «endeble» — respecto al caso anterior quiere decir la Sentencia— el demandado que se ha negado a suministrar la prueba decisiva, sufre la carga de soportar la falta de la misma, sin que deba recaer en quien reclama la filiación. Es decir, cuando los indicios son más débiles, pero existen, y, es el demandado quien ha hurtado la posibilidad de dilucidar la verdad material; entonces sobre este deben recaer las consecuencias perjudiciales de tal conducta, estando legitimado el juez para declarar la paternidad. ¿Cuál es este supuesto en que existen unos indicios débiles o endebles? Cuando no han sido acreditadas relaciones sentimentales o de noviazgo, pero sí la existencia de una relación personal entre las partes ubicada en la fecha coincidente con la de procreación del hijo. Esta idea es paladina en la STS de 25 de junio de 2004 cuando dice literalmente que «si efectivamente no se demostró que entre los litigantes hubieran mediado relaciones de noviazgo, entendidas en el sentido tradicional, ha de tenerse en cuanta que no hace inevitable necesariamente que no hubieran mantenido relaciones sexuales, al predominar en estos tiempos las relaciones entre los jóvenes como de amigos sin proyección alguna hacia una futura unión matrimonial y así son frecuentes, por ser hecho notorio, que dichas relaciones en muchos casos no sean constantes y tengan lugar al margen de toda relación permanencial o cohabitación estabilizada»[55]. En la misma línea la STS de 18 de julio de 2017 sostiene que «no es necesario que se pruebe la existencia de relación sentimental entre las partes, pues basta con una simple relación de conocimiento de la que pudiera inferirse la posibilidad la posibilidad de la procreación (…), al estar acreditado que la demandante y el demandado

se conocían porque frecuentaban el mismo gimnasio». Estas sentencias se hacen eco de una nueva realidad sociológica, las relaciones sexuales heterosexuales esporádicas surgidas de simples relaciones amistosas, muchas veces ocasionales, que la sentencia califica de «hecho notorio» dado que ha pasado de convertirse un hecho excepcional y desvalorizado socialmente a un supuesto relativamente frecuente y mas o menos aceptado en nuestro entorno. Este cambio es fruto de importantes cambios sociales consolidados en el siglo pasado entre los que cabe citar como esenciales la liberación de la mujer y su igualación con el hombre, así como la libertad religiosa que propicia el surgimiento de nuevos valores en lo que a las relaciones sexuales se refiere (sin duda habrá más factores que nos corresponde aquí estudiar por tratarse de un trabajo estrictamente jurídico).

Cuál es el fundamento de esta doctrina, que supone un acercamiento a la posición aquí defendida de conceder autonomía probatoria a la negativa a la práctica de las pruebas biológicas. Todas las sentencias coinciden en esgrimir dos argumentos:

1. En primer lugar se alude a la naturaleza de los intereses en juego. En los procesos de filiación —dice la STS de 25 de junio de 2004 de manera similar a las demás— hay un interés social y de orden público que subyace a las declaraciones de paternidad pues en ellos están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos objeto de especial protección, de tal manera que transciende un derecho estrictamente individual. Además se ve afectado el derecho de toda persona a su identidad personal que es parte integrante de la dignidad de la persona que a tenor del artículo 10.1 de la Constitución es fundamento del orden político y de la paz social. La resolución que nos sirve de ejemplo se remite a la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 que reconoce el derecho del niño a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. Igualmente la STS de 18 de julio de 2017 se refiere a «los intereses de tan alta valoración, como los ya expresados, que corresponden a la menor».

2. El hecho de que las pruebas biológicas constituyen un medio probatorio «esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación». El hecho es que al hallarse la prueba definitiva en poder de una de las partes en el litigio, es muy fácil para el demandado impedir la averiguación de la verdad material: le bastaría con negarse a someterse a la prueba biológica para colocar al otro litigante en una situación de indefensión y vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva. Además, como se precisa en la STS de 18 de julio de 2017, hoy en día para realizar las pruebas biológicas ni siquiera hace falta practicar un análisis de sangre, pues basta con obtener muestras de ADN de forma prácticamente indolora.

3. En consecuencia, el Tribunal Supremo deduce «la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso a fin de que el

órgano judicial pueda descubrir la verdad». En definitiva, que aquel que, sin causa que lo justifique, impida el ejercicio de toda persona a conocer su filiación, es quien debe sufrir las consecuencias perjudiciales de dicho comportamiento. A partir de ese momento, basta con unos indicios más débiles que los exigidos hasta ahora para dar lugar a que se declare la filiación. Estos argumentos ya habían sido empleados por los Tribunales para justificar (STS de 14 de julio de 1988 y STC 7/1994 y STC 95/1999 entre otras) la consideración del sometimiento a las pruebas biológicas como una carga cuyas consecuencias perjudiciales, determinadas por nuestros Tribunales, debe sufrir el demandado. Ahora sirve para justificar el mayor peso que se está concediendo a la negativa y, por tanto, la disminución de los obstáculos para dar lugar a la declaración de paternidad.

Se trata de una doctrina más progresiva en cuanto trata de incrementar nivel de protección del derecho de toda persona a una filiación. Al mismo tiempo queda patente el empeño de los Tribunales de encontrar una sanción eficaz para estimular la aceptación por parte de los demandados a que se les practique las pruebas biológicas dado lo harto frecuente que resulta la adopción de una conducta obstruccionista por parte de aquellos. Esto hace que cualquier indicio por endeble que sea vaya a ser tenido en cuenta por el juzgador. Si bien la profundización en esta línea jurisprudencial tiene el limite infranqueable representado por el artículo 767.4 de la Ley rituaria que impide que la negativa por si sola pueda producir la declaración de paternidad.

5. Juicio crítico a la doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la negativa a someterse a las pruebas biológicas y a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000

Hemos podido comprobar que la doctrina sobre la virtualidad probatoria de la negativa gira en torno a dos puntos: la negativa a las pruebas biológicas es un indicio cualificado y, como tal indicio, ha de ser complementado por otros medios de prueba que cimenten la declaración de paternidad. La justificación de esta opción jurisprudencial es también doble: la imposibilidad de imponer la negativa con carácter coactivo; así como la de conferirle el valor de *ficta confessio*. Aunque no podemos negar el gran esfuerzo realizado por el Tribunal Supremo, hemos de manifestar que la solución seguida nos suscita algunos reparos.

Para empezar, a pesar de que la jurisprudencia ha insistido hasta la saciedad en el valor relevante que otorga a la negativa, utilizando adjetivos de lo más variados (indicio, cualificado, muy cualificado, valioso, fuertemente presuntivo, etc…), creemos que tales afirmaciones no responden a la realidad. Hemos podido comprobar que para que la negativa engendre la declaración de pater-

nidad es necesario que al menos resulten acreditadas las relaciones amorosas en la época de la concepción que pongan de manifiesto la probabilidad de las relaciones sexuales entre los litigantes en aquel momento. Esto manifiesta que, a pesar de los expresivos términos vertidos por nuestros Tribunales, realmente no estamos hablando de mínimos, sino de máximos. Pues quien podría dudar que la suma de estos dos indicios, (cuando ni siquiera se ha probado que la madre tuvo relaciones sexuales con otros hombres en la época de la concepción, como ocurre en la mayor parte de los supuestos enjuiciados) debe dar lugar a la paternidad reclamada. El paso siguiente sería la prueba directa de la generación vetada sospechosamente por el demandado. En definitiva creemos que lo cierto es que la negativa no es valorada como un indicio muy cualificado. Realmente los que si gozan de la consideración legal de indicios especialmente valiosos o cualificados (como gusta de decir el TS) son los supuestos contemplados específicamente en el último inciso del artículo 135 (posesión de estado, reconocimiento expreso o tácto y la convivencia de la madre en la época de la concepción), en la medida en que, como dice el precepto «pueden» dar lugar por sí mismos a la declaración de paternidad. Esta libertad de la que goza el Juez (obsérvese que el precepto dice «podrá») le da margen para declarar la paternidad cuando, careciendo de una prueba directa de la generación, haya adquirido una certeza moral sobre la paternidad discutida.

No obstante, el gran problema, se plantea en aquellos casos en la parte actora (generalmente la madre en representación del menor, o el hijo de mayor edad, y en algunos pocos casos el presunto padre) carece de otro elemento probatorio que no sean las pruebas biológicas. En estos casos el demandado tiene «patente de corso» para bloquear la investigación de la paternidad. Todo está en sus manos. Le basta con negarse a la práctica de las pruebas biológicas para evitar que la filiación quede legalmente determinada.

Por estos motivos, aun siendo conscientes del esfuerzo hecho por el Tribunal Supremo por colmar el vacío legal existente hasta el año 2000, creemos que quizá ha pecado de excesiva prudencia a la hora de determinar los efectos de la negativa. Por ello nos parecen más acertadas las propuestas de algunos autores que, sin llegar a defender la consideración de la negativa como una *ficta confessio*, entienden que nos encontramos ante una «actitud sospechosa» que implica un reconocimiento táctico por parte del demandado que no es capaz de esgrimir ninguna justificación estimable de su conducta. Como puntualizaba CUADRADO IGLESIAS (1990, 625) una vez admitida la demanda, es realmente muy difícil que el demandado pueda justificar su rechazo a las pruebas biológicas pues se supone que «(…) el juez, previamente, habrá ponderado lo razonable de la petición que se formula»[56, 57]. Es decir, la admisión de la demanda, lógicamente hace procedente la práctica de la prueba biológica, y por ende, implica que resulte injustificada la negativa. Así las cosas, solo la consideración de la negativa como un reconocimiento tácito supone atribuirle un valor probatorio

relevante o cualificado. Esta opción habría quedado arropada bajo la regulación anterior por el inciso último del artículo 135 del Código Civil cuando dice que la paternidad podrá inferirse de otros hechos que se estimen análogos. Creemos que los Tribunales no aprovecharon el recurso a la analogía permitido expresamente por el legislador. Y es que a nuestro juicio no es un disparate apreciar la existencia de identidad de razón entre el reconocimiento tácito y la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas que resulta de la contradicción que existe en la conducta del demandado de oponerse a la demanda rechazando la paternidad reclamada y al mismo tiempo negarse al sometimiento a las pruebas biológicas conducentes a la verdad biológica.

Esta postura que defendemos tiene la ventaja de ser la más favorable a la investigación de la paternidad y, en consecuencia, permite hacer efectivo el derecho de toda persona a que su filiación quede determinada, que adquiere especial relevancia cuando se trata de un menor. Se podrá objetar que se corre el riesgo de favorecer demandas temerarias o malintencionadas, téngase en cuenta que ya existen mecanismos en nuestro sistema jurídico para protegerse y obtener la reparación del daño que puedan suponer las mismas. Y en todo caso es mejor que la alternativa contraria, que posibilita que haya supuestos en que la filiación quede indeterminada como consecuencia de una conducta fraudulenta del presunto padre. Si la negativa constituye un fraude de ley y un abuso de derecho debería como tal inicio valioso ser suficiente para generar una presunción *seu iudicis* conducente a la apreciación de la paternidad. Es menester tener presente que el principio rector en la materia y que debe orientar la práctica judicial es el *favor filii*.

Esta idea se ve avalada por la dudosa eficacia que la tesis jurisprudencial ha demostrado a lo largo del tiempo. De hecho sigue siendo ingente el número de sentencias en las que la cuestión central es la falta de cooperación del demandado a la averiguación de la realidad genética. Esto pone de manifiesto que nos enfrentemos a un problema no resuelto satisfactoriamente en la medida en que la regla postulada por los Tribunales no ha sido capaz de evitar la reiteración de una conducta que obstaculiza la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva. Aunque la realización de la prueba biológica constituye una carga parece que las consecuencias que acarrea no son lo suficientemente disuasorias como para que opte por cooperar con los Tribunales de justicia en la obtención de la verdad material. Es evidente que compensa al demandado a insistir en esta conducta obstruccionista ante la eventualidad de que la demanda únicamente cuente con las pruebas biológicas para demostrar la paternidad que reclama.

De acuerdo con lo que acabamos de afirmar, se deduce fácilmente nuestra opinión desfavorable respecto a la regulación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que convierte en norma imperativa la doctrina jurisprudencial sobre la virtualidad probatoria de la negativa. Es más, la ventaja que tenía el sistema anterior es que los artículos 127 y 135 del Código Civil concedían un

amplio margen de libertad al juzgador y, aunque había sentada jurisprudencia, siempre era posible un cambio de orientación por parte de nuestros Tribunales a la luz de la experiencia adquirida. De hecho, hemos podido comprobar que en las últimas sentencias dictadas sobre la negativa todavía en aplicación de la regulación del Código Civil rebajan sustancialmente el nivel de exigencia respecto de los indicios que han de acompañar a la misma para producir la declaración de paternidad. Sin embargo desde la entrada en vigor de la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 existe un límite legal infranqueable que impide que la negativa pueda considerarse como un hecho análogo al reconocimiento tácito de la paternidad reclamada, en la medida que la Ley únicamente permite atribuirle virtualidad probatoria si aparece completada por otros indicios[58]. Los razonamientos expuestos nos llevan a plantearnos si la supuesta laguna de la legislación anterior respecto al problema de la negativa a las pruebas biológicas respondía, no a un olvido del legislador de 1981, más una meditada decisión que ha preferido favorecer la justicia *in casu* dando un amplio margen de libertad al juez.

III. ÁMBITO DEL DERECHO A LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD. VERDAD BIOLÓGICA VERSUS SEGURIDAD JURÍDICA

Hemos visto que son numerosas las sentencias que reconocen el rango o dimensión constitucional del derecho a investigar la paternidad. A pesar de la trascendencia del derecho de todo hijo a conocer su filiación biológica la doctrina coincide en reconocer que el derecho a la libre investigación de la paternidad ni mucho menos tiene carácter absoluto. Al contrario, está sometido a diversas limitaciones que resultan de otros principios o criterios que conviven con el de verdad biológica en la regulación de la filiación. Este es el caso de la seguridad jurídica encarnada en este caso en estabilidad familiar, y en el principio de consentimiento o de «autorresponsabilidad» que se manifiesta de manera paladina en la regulación de la adopción y en la Ley de técnicas de reproducción asistida[59]. El régimen jurídico de la filiación es el resultado del delicado equilibrio entre todos los principios o valores enunciados. Lo que nos proponemos en este epígrafe es definir los contornos del derecho a investigar la paternidad tal y como está configurado en nuestro ordenamiento y someter a un análisis crítico sus limitaciones legales, así como su aplicación en la práctica judicial. Todo ello desde la perspectiva del *favor filii* como principio ante el que deben claudicar todos los demás.

Para la tarea propuesta debemos partir del siguiente hecho: el derecho a investigar la paternidad solo opera en el ámbito de los procesos de filiación[60]. En consecuencia las pruebas biológicas únicamente son posibles en el seno del proceso iniciado a consecuencia del ejercicio de las acciones de reclamación

o impugnación de la filiación. En definitiva, no es posible la práctica de las pruebas biológicas fuera del proceso. Por este motivo SILLERO CORVETTO y ASENSIO SÁNCHEZ (1998, 1093), sostienen que se trata de un derecho de naturaleza procesal[61]. Este es el punto de partida necesario para a continuación analizar los límites de este derecho:

1.º. La sentencia firme en que desembocan los procesos de filiación es solo uno de los modos de determinación de la filiación. En los otros supuestos que contempla nuestro ordenamiento ninguna relevancia tienen las pruebas biológicas (así por ejemplo la filiación determinada por reconocimiento que hace perfectamente posible los reconocimientos de complacencia). Ni siquiera es posible la práctica de esas pruebas en los supuestos en que la filiación es determinada como consecuencia de expediente ante el Registro Civil. Esto significa que la verdad biológica solo ha de primar cuando la filiación determinada por cualquiera de los otros medios legales sea cuestionada por alguno de los sujetos legitimados para el ejercicio de las acciones de filiación. Esto pone de manifiesto que verdaderamente el principio de verdad biológica tiene carácter subsidiario o marginal en lo que se refiere a la determinación de la filiación. Este principio convive con otros que tienen igual, o incluso, podría decirse que mayor importancia que aquel. De la constatación de este hecho no debe deducirse una crítica por nuestra parte; al contrario, simplemente tratamos de poner de relieve que la filiación responde más a un concepto cultural y sociológico que biológico. Aquí predomina sin duda el principio voluntarista o de autorresponsabilidad que responde a valores sociológicos y culturales[62].

2.º. Además el derecho a la investigación de la paternidad está sometido a restricciones también dentro del ámbito que le es propio. Así las acciones de filiación están sometidas a ciertos límites. Esto se manifiesta en el círculo de personas legitimadas para ejercitar las acciones; en que en ocasiones el ejercicio de la acción queda sometido a plazos de caducidad; y en la prevalencia que en algunos casos se da a las relaciones de hecho sobre la verdad biológica. Solo así se explica que el recurso a las pruebas biológicas no sea obligatorio pudiendo declararse la paternidad con apoyo exclusivo en las pruebas indirectas previstas en el artículo 767.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (posesión de estado, reconocimiento táctico, etc…). En estos casos la paternidad resultante de la conducta de las personas implicadas no tiene porque coincidir con la realidad genética, y si no es cuestionada por los sujetos implicados, puede funcionar como factor determinante de la filiación legal.

Sin embargo, algunos de los límites enunciados han sido suprimidos por el Tribunal Supremo aún a costa de defender una interpretación muy forzada de la regulación legal. Esta posición responde al designo imperante de conceder cada vez más protagonismo al principio de la verdad biológica sobre el de verdad formal. Esto se ha producido especialmente en dos supuestos. En primer lugar, el supuesto de la actuación de la acción de reclamación matrimonial

cuando falta la posesión de estado. En este caso el artículo 133 del Código Civil establece que corresponde exclusivamente al hijo durante toda su vida. Por tanto, el citado precepto omite toda referencia a los progenitores. El progenitor determinado legalmente, que habitualmente será la madre podrá en su condición de representante legal del hijo menor de edad ejercitar la acción de reclamación contra el varón. De hecho la inmensa mayoría de las sentencias relativas al ejercicio de esta acción contemplan este supuesto. Quien legamente está impedido de reclamar su propia paternidad extramatrimonial es el padre biológico[63]. No obstante por obra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo la legitimación activa ha sido extendida al padre biológico. La primera sentencia en romper con el criterio legal fue la de 5 de noviembre de 1987. En la actualidad constituye jurisprudencia consolidada[64]. El fundamento de esta doctrina radica en una interpretación sistemática de los artículos 133 y 134 del Código Civil: en atención a que este último precepto contempla el ejercicio de la acción de reclamación «por el hijo o progenitor», debe entenderse incluido también a este último en el artículo 133. Esta interpretación, sin duda de dudosa legalidad, como ha puesto de relieve algún autor ha sido hecha con la sana intención de favorecer la primacía de la verdad biológica[65].

El segundo caso se refiere a la acción de impugnación de la paternidad extramatrimonial. Esta acción es ejercitada por el marido con el fin de demostrar que no es el padre del hijo de su mujer. El artículo 136 del Código Civil legitima al marido para ejercitar la acción de impugnación de su paternidad el plazo de un año contado desde la inscripción de la paternidad en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Ahora bien, la pregunta es que ocurre, en aquellos casos, probablemente muy frecuentes, en que el marido conoce demasiado tarde que el hijo no es suyo: cuando ha transcurrido más de un año desde que se produjo la inscripción en el Registro Civil y tuvo conocimiento del nacimiento. Es evidente que no podrá ejercitar la acción de impugnación de conformidad con lo establecido en el artículo 136. Y la pregunta es ¿cómo pretende el legislador que ejercite la acción la filiación quien no conoce los hechos que fundamentan la misma? La facultad de impugnación del progenitor resulta más virtual que real pues mal puede hacer uso de ella si es completamente ajeno a su existencia. Es evidente que la regla del artículo 136 está pensada para proteger ante todo la seguridad jurídica, aún a costa de mantener la discrepancia entre la realidad jurídica y la biológica. Y puede llevar a situaciones muy injustas al permitir que devenga inatacable un estado de filiación que no es real. Esta regla no solo perjudica al progenitor sino sobre todo al hijo: vulnera, por tanto el *favor filii*. Sin duda estas consideraciones han llevado a nuestro Tribunal Supremo a establecer en las SSTS de 30 de enero de 1993, de 23 de marzo de 2001, y de 15 de septiembre de 2003 la regla de que el plazo será computado mientras el marido no conozca que no es el verdadero padre. Es cierto que se trata de una interpretación

contraria a la letra y espíritu del precepto. Pero las características comunes a los supuestos enjuiciados por estas resoluciones hacen casi irresistible la modificación del criterio legal que propiciaba un resultado dolorosamente injusto. Veamos cuales son estas:

Obviamente en todos los casos el marido supo la verdad años después de que se hubiera producido el nacimiento del hijo y la inscripción en el Registro Civil. Y este es el motivo por el cual no le fue posible hacer uso de la facultad de impugnación tempestivamente. En el caso de la STS de 23 de marzo de 2001 la concepción de la hija tuvo lugar en 1970 cuando ya estaban separados los cónyuges y la madre inscribió la niña en el Registro Civil a nombre del marido sin que este lo supiera hasta que se lo comunicó un familiar por medio de certificación expedida el 2 de octubre de 1991. Más alucinante es si cabe el supuesto de la STS de 15 de septiembre de 2003: inscripción de la filiación matrimonial tuvo lugar con la aquiescencia del marido y trece años después este tuvo conocimiento como consecuencia de un informe médico que había solicitado a causa de la dificultad para tener descendencia en su segundo matrimonio, que era estéril de nacimiento y por ello incapaz para procrear.

En todos los casos el demandante se comportó con la máxima diligencia, sin que se le pueda achacar ninguna demora o dejación por su parte. Así tan pronto como aquel tuvo la mera sospecha de la incerteza de su paternidad se dispuso a ejercitar la acción correspondiente. Y en los tres casos antes de que hubiera transcurrido un año desde que el demandante tuvo conocimiento de la falsedad de su paternidad.

Tanto en la Sentencia de 1993 como en la de 2003 la prueba biológica practicada en el proceso dio un resultado negativo quedando excluida fuera de toda duda su paternidad biológica. Más sangrante fue la conducta de las demandas en el caso de la Sentencia de 2001 donde no se practicó la prueba biológica porque madre e hija reconocieron expresamente que el demandante no era el padre biológico pero aducían que la demanda debía ser desestimada en virtud del estado de filiación que el demandado había venido reconociendo tácitamente desde hacía más de veinte años. Alegación que no está exenta de cinismo, si tenemos en cuenta que la falta de actuación del demandado se debió justamente a la ocultación alevosa por parte de la madre de que habría inscrito a su hija a nombre de aquel.

El TS aduce como argumento fundamental en las resoluciones que estamos comentando que una interpretación «rigurosa y literal» del artículo 136 en los casos que la paternidad está absolutamente descartada genera una seria contradicción con el espíritu que invade a la reforma propiciada por la Ley de 13 de mayo de 1981 que tiene como uno de sus objetivos fundamentales que prevalezca la verdad biológica sobre la presunta. Asimismo, las sentencias comentadas aluden al artículo 39.2 de la Constitución que asegura la protección integral de los hijos que no congenia con anomalía de atribuir la potestad de los

hijos a quien no es su padre. Abundando en las justificaciones de esta doctrina legal la STS de 2001 alude al artículo 1969 del Código Civil que establece la regla de que «el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse. Aunque en numerosas ocasiones el legislador se desvía de esta regla cuando somete el ejercicio de un derecho a un plazo de caducidad priorizando la seguridad jurídica, empero es evidente que para el Tribunal Supremo esta excepción resulta del todo improcedente cuando se ventila una cuestión de orden público como el estado civil de filiación, donde ha de primar ante todo la justicia material encarnada en este caso en la verdad biológica[66, 67].

3.ª. La investigación de la paternidad solo es posible cuando la filiación tiene su base en la generación natural. El principio de verdad biológica no actúa en los supuestos de filiación civil surgida del consentimiento o voluntad de los progenitores. En consecuencia no cabe la búsqueda de la verdad biológica ni en los supuestos de filiación adoptiva, ni cuando la filiación es consecuencia de las técnicas de reproducción asistida mediante la donación de material reproductor. La Ley garantiza el anonimato del donante cuya identidad solo podrá ser revelada en circunstancias extraordinarias. En principio parece lógico que sea así en los supuestos enunciados donde la filiación no se basa en la realidad genética, sino en la voluntad de los padres. Pero de lo que estamos hablando es de la posibilidad de investigar la paternidad sin que suponga la modificación de la filiación legalmente determinada. En la actualidad cada vez se oyen más voces que sostienen la existencia de un derecho a conocer el propio origen biológico que se traduzca en una acción de investigación de la paternidad cuyos resultados no repercutan en el estado civil de filiación[68]. Quienes abogan por la existencia de este derecho derivan su existencia de la propia Constitución. En concreto el derecho a conocer la filiación biológica encuentra su fundamento en el artículo 39.2 en relación con los artículos 10,14 y 15 de la Carta Magna. Como dice VIDAL PRADO (1996, 266) del artículo 39.2, *in fine,* resulta que «todo español tiene derecho a conocer quién es su padre y su madre»[69]. Por su parte RIVERO HERNÁNDEZ (1993, 479 y 480) defiende que el derecho a conocer el propio origen biológico «guarda íntima relación con el derecho de toda persona a conocer su verdadera filiación, su origen, la estructura profunda (casual) de su personalidad, y cuantos datos lo conforman (…); porque el derecho al libre desarrollo de la personalidad —el que sin duda incide en forma muy importante no solo el origen genético, sino su conocimiento o las dudas sobre él—, o la dignidad de la persona son derechos fundamentales que la Constitución reconoce (art. 10.1)»[70]. Idéntica postura defienden SILLERO CROVETTO y ASENSIO SÁNCHEZ (1998,1108), que consideran que el derecho a conocer el propio origen biológico está inserto en los artículos 10.1 y 24.1 de la Constitución, y, además, ponen en duda la constitucionalidad de la protección del anonimato del

donante del gameto[71]. CUADRADO IGLESIAS (1994, 602) por su parte considera que el artículo 39.2 CE también ampara la investigación de la paternidad de los nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida[72]. QUESADA GONZÁLEZ (1994, 237-302) sostiene la configuración de este derecho como un derecho de la personalidad en nuestro ordenamiento[73].

La jurisprudencia no ha permanecido ajena a estas nuevas tendencias. Así hemos encontrado alguna resolución en la que se hace referencia, aunque sea de pasada, al derecho de todo ser humano a conocer su origen biológico. Este es el caso de la STS de 21 de septiembre de 1999 que se refiere al «derecho de las personas a conocer su herencia genética». También la STS de 2 de octubre de 2000 cuando habla del «interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre»; derecho que —dice la sentencia— persigue no solo la determinación de la filiación sino es necesario también para «la determinación genética y puede ser vital para preservar la salud».

4.º Por último, hay que hacer referencia a un límite a la investigación de la paternidad suprimido por la jurisprudencia y que constituía una discriminación injustificada de la filiación no matrimonial respecto de la matrimonial. Hasta el año 1999 los artículos 47 de la Ley de Registro Civil y 182 del Reglamento del Registro Civil concedían a la madre no casada el derecho a desconocer a su hijo dentro de los quince días siguientes a la inscripción de filiación en el Registro Civil, aun cuando la identidad de la madre coincidiese con el parte o comprobación reglamentaria. Por su parte el artículo 167 del Reglamento del Registro Civil permitía a la madre la posibilidad de ocultar la maternidad, impidiendo que constase su identidad en el parte médico de asistencia al parto. El fundamento de estas fuertes limitaciones a la investigación de la maternidad radicaba en la protección de la intimidad y honorabilidad de la madre no casada con la finalidad de evitar abortos e infanticidios. Estos supuestos procedentes de la legislación anterior, y, pensadas para una realidad sociológica diferente a la actual, fueron declarados inconstitucionales por la STS de 21 de septiembre de 1999 a consecuencia de la vulneración de diversos preceptos constitucionales. Evidentemente esta regulación se opone frontalmente al derecho de toda persona a conocer a su padre y madre biológica, constituyendo una infracción de los principios constitucionales de libre investigación de la paternidad y de igualdad (arts. 39.2 y 14 CE). En consecuencia la sentencia citada declara que el artículo 47 de la Ley del Registro Civil y sus concordantes, artículos 167 y 182 del Reglamento del Registro Civil, quedan derogados por inconstitucionalidad sobrevenida.

IV. RECAPITULACIÓN CONCLUSIVA

En este trabajo hemos tratado de extraer y exponer las reglas esenciales que rigen la investigación de la paternidad en el Derecho español. De todo lo

dicho en estas páginas y a modo de recapitulación final, queremos insistir en tres ideas que consideramos especialmente significativas:

I. Tiene razón la doctrina cuando hace hincapié en que el principio de verdad biológica no goza de supremacía en materia de filiación. Su *vis atractiva* es consecuencia de su reconocimiento reciente, y con ello, de la novedad que ha supuesto en nuestro sistema jurídico, sin minimizar su importancia. El principio de verdad biológica convive con otros principios igualmente importantes, como el de estabilidad familiar y el de autorresponsabilidad, con los que no existe una relación jerárquica. El hecho de que, dependiendo en que supuestos, prevalezca unos u otros, viene determinado por cual sea la solución más adecuada para la satisfacción del que sin duda es principio supremo en la materia: el del *favor filii*. Manifestaciones de este fenómeno son que no se pueda hablar ni de supremacía ni de subsidiariedad de las pruebas biológicas respecto de otro tipo de pruebas en los procesos de filiación y los límites impuestos a las acciones de filiación.

Hemos visto que algunos de estos límites han sido eliminados sabiamente por el Tribunal Supremo; en ocasiones a través de interpretaciones ciertamente contrarias al tenor gramatical de los textos legales, pero que se ven amparadas por el espíritu que anima a la regulación del derecho a investigar la paternidad.

II. Creemos que aún no se han encontrado una solución satisfactoria para la problemática que plantea la negativa injustificada a la práctica de las pruebas biológicas. El tiempo ha evidenciado que su consideración como mero indicio, todo lo valioso que se quiera, no ha sido suficiente para erradicar esta conducta gravemente obstruccionista. Además esta doctrina provoca absoluta indefensión en aquellos supuestos en que la parte actora no dispone de otro tipo de pruebas. Es cierto, que en las últimas sentencias se observa un intento de incrementar el valor probatorio de la negativa para superar estas deficiencias. No obstante de *lege data* consideramos que lo idóneo sería permitir que la negativa pueda por sí sola fundamentar la declaración de la paternidad como remedio más eficaz para evitar la constante vulneración del derecho de toda persona al conocimiento y reconocimiento de su filiación biológica.

III. Por último, solo nos queda manifestar la postura favorable a que se introduzca en nuestro Derecho positivo una pura acción de investigación de paternidad autónoma e independiente de las acciones de filiación que haga realidad el derecho de toda persona a conocer su origen biológico que, como hemos visto, encuentra justificación en la propia Constitución.

JURISPRUDENCIA

- STS de 14 de octubre de 1985.
- STS de 8 de julio de 1986.
- STS de 10 de noviembre de 1986.

- STS de 27 de junio de 1987.
- STS de 5 de noviembre de 1987.
- STS de 12 de noviembre de 1987.
- STS de 14 de noviembre de 1987.
- STS de 10 de marzo de 1988.
- STS de 11 de marzo de 1988.
- STS de 18 de marzo de 1988.
- STS de 21 de mayo de 1988.
- STS de 3 de junio de 1988.
- STS de 30 de junio de 1988.
- STS de 7 de julio de 1988.
- STS de 14 de julio de 1988.
- STS de 23 de septiembre de 1988.
- STS de 15 de noviembre de 1988.
- STS de 3 de diciembre de 1988.
- STS de 15 de marzo de 1989.
- STS de 5 de mayo de 1989.
- STS de 24 de mayo de 1989.
- STS de 5 de febrero de 1990.
- STS de 23 de febrero de 1990.
- STS de 23 de octubre de 1990.
- STS de 6 de febrero de 1991.
- STS de 25 de abril de 1991.
- STS de 14 de mayo de 1991.
- STS de 20 de mayo de 1991.
- STS de 3 de junio de 1991.
- STS de 6 de junio de 1991.
- STS de 3 de diciembre de 1991.
- STS de 20 de diciembre de 1991.
- STS de 25 de enero de 1992.
- STS de 30 de enero de 1992.
- STS de 2 de febrero de 1992.
- STS de 6 de febrero de 1992.
- STS de 17 de marzo de 1992.
- STS de 27 de marzo de 1992.
- STS de 2 de abril de 1992.
- STS de 30 de abril de 1992.
- STS de 17 de mayo de 1992.
- STS de 4 de junio de 1992.
- STS de 6 de junio de 1992.
- STS de 17 de junio de 1992.
- STS de 5 de octubre de 1992.

- STS de 24 de noviembre de 1992.
- STS de 26 de enero de 1993.
- STS de 27 de enero de 1993.
- STS de 30 de enero de 1993.
- STS de 4 de febrero de 1993.
- STS de 24 de febrero de 1993.
- STS de 26 de febrero de 1993.
- STS de 28 de abril de 1993.
- STS de 14 de mayo de 1993.
- STS de 18 de mayo de 1993.
- STS de 8 de octubre de 1993.
- STS de 20 de octubre de 1993.
- STS de 30 de octubre de 1993.
- STC 7/1994, de 17 de enero.
- STS de 21 de octubre de 1994.
- STS de 16 de diciembre de 1994.
- STS de 20 de diciembre de 1994.
- STS de 8 de mayo de 1995.
- STS de 4 de julio de 1996.
- STS de 20 de octubre de 1996.
- STS de 28 de octubre de 1996.
- STS de 4 de febrero de 1997.
- STS de 28 de febrero de 1997.
- STS de 19 de marzo de 1997.
- STS de 13 de marzo de 1998.
- STS de 22 de junio de 1998.
- STS de 26 de septiembre de 1998.
- STS de 4 de diciembre de 1998.
- STS de 28 de diciembre de 1998.
- STS de 11 de mayo de 1999.
- STS de 28 de mayo de 1999.
- STC 95/1999, de 31 de mayo.
- STS de 26 de junio de 1999.
- STS de 26 de julio de 1999.
- STS de 2 de septiembre de 1999.
- STS de 21 de septiembre de 1999.
- STS de 1 de octubre de 1999.
- STS de 5 de octubre de 1999.
- STS de 12 de septiembre de 1999.
- STS de 21 de septiembre de 1999.
- STS de 18 de marzo de 2000.
- STS de 26 de marzo de 2000.

- STS de 28 de marzo de 2000.
- STS de 29 de marzo de 2000.
- STS de 22 de mayo de 2000.
- STS de 30 de mayo de 2000.
- SAP de Valencia de 30 de junio de 2000.
- STS de 2 de julio de 2000.
- STS de 17 de julio de 2000.
- STS de 20 de septiembre de 2000.
- STS de 26 de septiembre de 2000.
- STS de 2 de octubre de 2000.
- STS de 22 de noviembre de 2000.
- STS de 24 de enero de 2001.
- STS de 23 de marzo de 2001.
- STS de 26 de marzo de 2001.
- STS de 28 de junio de 2001.
- STS de 26 de julio de 2001.
- STS de 12 de febrero de 2002.
- STS de 17 de julio de 2002.
- STS de 20 de septiembre de 2002.
- STS de 30 de septiembre de 2002.
- STS de 27 de diciembre de 2002.
- STS de 11 de marzo de 2003.
- STS de 17 de junio de 2003.
- STS de 27 de junio de 2003.
- STS de 1 de julio de 2003.
- STS de 7 de julio de 2003.
- STS de 11 de septiembre de 2003.
- STS de 15 de septiembre de 2003.
- STS de 10 de noviembre de 2003.
- STS de 19 de diciembre de 2003.
- STS de 31 de diciembre de 2003.
- STS de 16 de junio de 2004.
- STS de 25 de junio de 2004.
- STS de 7 de julio de 2004.
- STS de 16 de julio de 2004.
- STS de 26 de noviembre de 2004.
- STS de 1 de septiembre de 2004.
- STC 29/2005, de 14 de febrero.
- STS de 27 de octubre de 2005.
- STS de 17 de noviembre de 2005.
- STS de 22 de noviembre de 2005.
- STS de 7 de diciembre de 2005.

- STS de 2 de febrero de 2006.
- STS de 8 de marzo de 2008.
- STS de 28 de mayo de 2015.
- STS de 8 de marzo de 2017.
- STS de 18 de julio de 2017.

BIBLIOGRAFÍA

BLASCO FASCO, F. (1995). *Derecho de Familia*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

BUJOSA VADELL, L. (1996). El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación (En torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero), *RGD*, núm. 616-617, 179-200.

BUSTOS LAGO, J. M. (2005). Precisiones constitucionales sobre la investigación de la paternidad. La valoración de la prueba biológica (A propósito de la STC 29/2005, de 14 de febrero. La doctrina jurisprudencial y constitucional «ortodoxa»), *Derecho Privado y Constitución*, núm. 19, enero-diciembre, 7-54.

CUADRADO IGLESIAS, M. (1990). La investigación de la paternidad y la maternidad, *Centenario del Código Civil* (1998-1989), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 576-633.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2001). *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Derecho de familia y Derecho de Sucesiones, 7.ª ed., Tecnos, Madrid.

ETXEBARRÍA GURIDI, J. F. (2000). La negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de filiación, *AC*, tom. I, 467-500.

FÁBREGA RUIZ, F. (1998). Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas, *ADC*, vol. 51, núm. 2, 633-680.

— (1999). *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada.

LLEDÓ YAGÜE (1986). Las pruebas biológicas en los procesos de paternidad, *La Ley,* tom. 1, 1074-1083.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1993). *Investigación de la paternidad (Acciones de filiación. Investigación de la paternidad. Pruebas biológicas)*, Actualidad Editorial, Madrid.

QUICIOS MOLINA, S. (2001). Acción de impugnación de la paternidad patrimonial por el marido: aun transcurrido el plazo de caducidad previsto legalmente la verdad biológica reconocida por las demandas debe triunfar, *CCJC*, núm. 57, octubre-diciembre, 761-773.

QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C. (1994). El derecho constitucional a conocer el propio origen biológico, *ADC*, vol. 47, núm. 2, 237-304.

RUIZ MORENO, J. M. (2012). Sobre el alcance de la negativa a someterse a las pruebas biológicas en relación a la investigación de la paternidad y maternidad, *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor José González García*, (coord. Domingo Jiménez Liébana), Universidad de Jaen y Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 1385-1395.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1992). Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales*, Poder Judicial*, núm. 25*,* 49-82.

— (1994). Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación, *Poder Judicial*, núm. 33, 349-386.
— (1993). Comentarios a los artículo 108 a 141 del Código Civil*, Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, tom. I, 2.ª ed., Madrid, 479-507.
SILLERO CORVETTO, B. y ASENSIO SÁNCHEZ, C. (1998). La investigación de la paternidad: principio y derecho en nuestro ordenamiento jurídico, *AC*, núm. 45, 1083-1120.
SEOANE SPIEGELBERG, J. L. (2002). Los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad en la LEC 1/2000, *SEPIN-FAMILIA*, julio-agosto, num. 13, 23-43.
SALAS CARCELER, A. (2003). El cómputo del plazo de caducidad de la acción sobre impugnación de la paternidad matrimonial. A propósito de la reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2003, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 24, 377-380.
VIDAL PRADO, C. (1996). El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna), *RJN,* núm. 22, julio-septiembre, 265-282.

NOTAS

[1] Para un estudio científico más profundo véase a FÁBREGA RUIZ, Francisco, Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas, *ADC,* vol. 51, núm. 2, 1998, 633-680; y CUADRADO IGLESIAS, Manuel, La investigación de la paternidad y la maternidad, *Centenario del Código Civil,* Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, 617, donde cita abundante bibliografía científica en relación con las pruebas biológicas.

[2] FÁBREGA RUIZ, Francisco, Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas, *ADC,* vol. 51, núm. 2, 1998, 634.

[3] Otras pruebas biológicas de menor fiabilidad son la prueba heredobiológica o antropomórfica, basada en la similitud o parecido físico entre el niño y el padre; y la de madurez del recién nacido que se refiere a la relación que existe entre la duración del embarazo y determinadas medidas físicas del recién nacido que permiten precisar con exactitud la época de la concepción.

[4] Por regla general la determinación de la maternidad es menos problemática porque basta con probar la realidad del parto y la identidad del hijo. Las dificultadas tradicionalmente han surgido respecto a la demostración de la paternidad. Antes de los avances técnicos, la única prueba segura era la de descartar la paternidad del marido demostrando la falta de convivencia con la mujer a pesar del matrimonio, la impotencia *coeundi* o *generandi* o la ausencia del marido en el momento de la concepción.

[5] Algunos autores mantienen una postura diversa a la de la jurisprudencia: aunque coinciden en negar la posibilidad de imponer las pruebas biológicas por la fuerza, fundamentan la imposibilidad de coacción en la inexistencia de una norma habilitante. La imposibilidad no deriva, por ende, del marco constitucional, sino de la imprevisión de esta posibilidad por parte de nuestro Derecho positivo. Se trata de una cuestión de política legislativa y sería perfectamente posible en el marco de nuestro texto constitucional acudir a la coerción física, si existiera una norma que expresamente lo permitiera. Esta es la opinión de RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales, *Poder Judicial,* núm. 25, 1992, 58; y FÁBREGA RUIZ, Francisco, Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas, *ADC,* vol. 51, núm. 2, 1998, 674.

[6] Idénticas declaraciones contiene la STC 95/1999, de 31 de mayo.

[7] En la STS de 14 de mayo de 1991 no se dio valor a la negativa procedente de un anciano de 83 años que padecía arteroesclerosis avanzada con hipertensión y una esclerosis ordinaria con broncoenfisema pulmonar. En la STS de 14 de noviembre es desestimada la objeción del demandado a someterse al análisis de sangre por pertenecer a la secta religiosa de los Testigos de Jehová al no constar que quienes profesan esta religión no puedan someterse a la prueba indicada.

[8] Este es el caso de ETXEBARRÍA GURIDI, José Francisco, La negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de filiación y la STC 95/1999, de 31 de mayo, ¿una renuncia a postulados anteriores?, *AC,* tom. I, 2000, 482; y BUJOSA VADELL, Lorenzo, El alcance de la obligación de sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación. (En torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero), *RGD,* 1996, 179-199; y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación, *Poder Judicial,* núm. 33, 1994, 380.

[9] O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Investigación de la paternidad. Acciones de filiación. Investigación de la paternidad. Prueba biológica,* Actualidad Editorial, Madrid, 1993, 74.

[10] Muestra de que la cuestión no es tratada con claridad en la sentencia es el voto particular que sufrió la misma, basado en que lo procedente sería la anulación de las tres sentencias de la jurisdicción ordinaria y que se ejecutase la prueba biológica acordada en su día por el Juzgado de Primera Instancia. Por su parte ETXEBARRÍA GURIDI, José Francisco, «La negativa al sometimiento a las pruebas biológicas de filiación…»; *ob. cit.,* 480-482 y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento…», *ob. cit.,* 380, que como hemos visto defienden la concepción de la obligación *strictu sensu*, denuncian la incoherencia formal entre la fundamentación jurídica y el fallo de la STC 7/1994, en cuanto después de afirmar el carácter obligatorio de las pruebas biológicas, deduce una consecuencia que no casa con la posición dogmática seguida respecto a su naturaleza. La renombrada sentencia no decide que proceda imponer coactivamente la prueba biológica adoptada, sino que atribuyendo a la negativa carácter indiciario, acude a ella para fundamentar la declaración de paternidad. Concretamente el Tribunal Constitucional decide anular la sentencia del Tribunal Supremo y confirma la de la Audiencia Provincial que había declarado la paternidad en base a la negativa.

[11] CUADRADO IGLESIAS, Manuel, La investigación de la paternidad y la maternidad…, *ob. cit.,* 611.

[12] CUADRADO IGLESIAS, Manuel, La investigación de la paternidad y la maternidad…, *ob. cit.,* 609.

[13] DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil,* vol. III, Derecho de familia y Derecho de Sucesiones, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, 245.

[14] SILLERO CORVETTO, Blanca y ASENSIO SÁNCHEZ, Carmen, «La investigación de la paternidad: principio y derecho en nuestro ordenamiento jurídico, *AC,* núm. 45, 1998, 1096.

[15] Así lo entiende CUADRADO IGLESIAS, Manuel, La investigación de la paternidad y la maternidad…, *ob. cit.,* 622, al decir que «si nuestro ordenamiento exige, según vivimos, un principio de prueba para la admisión de la demanda, es indudable que esta exigencia hace muy difícil la justificación de la negativa al sometimiento puesto que el Juez, previamente habrá ponderado lo razonable de la petición que se formula (…)».

[16] O'CALLAGHAM MUÑOZ, Xavier, Investigación de la paternidad…, *ob. cit.,* 76.

[17] Así lo precisan respecto de las pruebas biológicas las SSTS de 5 de mayo de 1989 y de 17 de junio de 1992, entre otras.

[18] Si el porcentaje oscila entre el 99,8% y el 99,9% se puede hablar de paternidad prácticamente probada; si oscila entre el 99% y el 99,7% el diagnóstico es de paternidad extremadamente probable; entre el 95% y el 98,9% muy probable; entre el 90% y el 94,9% probable, del 80% al 89,9% se considera que únicamente existen indicios; y, por último, si el porcentaje es inferior al 80% debe ser valorado como no significativo.

[19] Esta distinción es apreciada tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia. Como botón de muestra entre los autores cabe citar a CUADRADO IGLESIAS, Manuel, La

investigación de la paternidad y la maternidad…, *ob. cit.,* 614 y sigs. Existen infinidad de sentencias que acogen esta distinción que creemos superfluo citarlas.

[20] Esta posibilidad de que el Juez pueda suplir la inactividad de las partes en los procesos de filiación, en los que se ventilan intereses de orden público que exceden al interés particular de las partes en litigio, fue defendida desde el principio por LLEDÓ YAGÜE, Las pruebas biológicas en los procesos de paternidad, La Ley 1986-1, 1080.

[21] SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, *Los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad en la LEC 1/2000*, SEPIN-FAMILIA, julio-agosto, num. 13, 23-43, y 23.

[22] CUADRADO IGLESIAS, Manuel, La investigación de la paternidad y la maternidad…, *ob. cit.,* 625.

[23] CUADRADO IGLESIAS, Manuel, La investigación de la paternidad y la maternidad…, *ob. cit.,* 625.

[24] La STS de 6 de febrero de 1992, se refiere al silencio legislativo como causante de la problemática jurídica surgida en torno a la negativa. Asimismo la STS de 6 de junio de 1992 no solo constata sino también critica la imprevisión legislativa.

[25] En este sentido cabe citar infinidad de sentencias, entre otras las SSTS de 14 de octubre de 1985, 14 de noviembre de 1987, 11 y 18 de marzo de 1988, 21 de mayo de 1988, 23 de septiembre de 1988, 3 de junio de 1991, 25 de enero de 1992, 27 de enero de 1993, 24 de febrero de 1993, 28 de abril de 1993, 20 de octubre de 1993, 21 de octubre de 1994, 20 de diciembre de 1994 y 8 de mayo de 1995.

[26] Esta línea jurisprudencial ha sido consolidada en años posteriores en un buen número de sentencias. Así cabe citar las SSTS de 3 de diciembre de 1991, 30 de enero de 1992, 27 de enero de 1993, 24 de febrero de 1993, 20 de octubre de 1993, 30 de octubre de 1993, 21 de octubre de 1994, 16 y 20 de diciembre de 1994, 4 de julio de 1996, 28 de octubre de 1996, 28 de febrero de 1997, 13 de marzo de 1998, 22 de junio de 1998, 26 de septiembre de 1998, 11 y 28 de mayo de 1999, 26 de julio de 1999, 2 de septiembre de 1999, entre otras.

[27] STS de 3 de diciembre de 1991.

[28] STS de 23 de octubre de 1990.

[29] STS de 6 de junio de 1991.

[30] STS de 17 de marzo de 1992.

[31] STS de 27 de enero de 1993.

[32] STS de 20 de octubre de 1993.

[33] SSTS de 14 de noviembre de 1987 y 20 de octubre de 1993.

[34] SSTS de 6 de febrero de 1991 y de 6 de junio de 1991.

[35] STS de 27 de junio de 1987.

[36] SSTS de 5 de octubre de 1992 y de 14 de mayo de 1993.

[37] SSTS de 14 de octubre de 1985 y de 14 de noviembre de 1987.

[38] SSTS de 14 de julio de 1988, 15 de marzo de 1989, 6 de junio de 1991 y 30 de octubre de 1993.

[39] SSTS de 25 de abril de 1991, de 6 de junio de 1991 y de 4 de febrero de 1993.

[40] STS de 14 de noviembre de 1987.

[41] STS de 14 de noviembre de 1987.

[42] STS de 3 de diciembre de 1991.

[43] STS de 25 de enero de 1992.

[44] Véase los epígrafes 2.2 y 4.2 del apartado anterior.

[45] Así la STS de 17 de marzo de 1992 señala que «ha de recordarse ahora la doctrina jurisprudencial expresiva de que la negativa a los análisis es dato de inestimable valor cuando va unido a otra pruebas o indicios de autos, sobre todo los que revelan la razonable probabilidad de la unión carnal, sobre la que no debe esperarse una prueba plena y directa». La STC 95/1999, de 31 de mayo, deja constancia de la dificultad de probar el acceso carnal, razón por la cual no se puede hacer depender de su acreditación la declaración de paternidad.

[46] Estos dos presupuestos representan el nivel indiciario mínimo para dar lugar a la declaración de paternidad. En otras ocasiones, a la negativa y a la posibilidad de fecundación,

se han sumado otros indicios que han venido a apuntalar la convicción del juzgador. Este es el caso de la conocida sentencia de «El Cordobés» de 21 de mayo de 1988, cuya lectura recomendamos por su prolija argumentación.

[47] RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica…, *ob. cit.,* 353.

[48] Dos testigos aseguraron en sus respectivas declaraciones que presenciaron como las partes se introducían juntos, en varias ocasiones, para pernoctar en la misma habitación, llegando uno de ellos asegurar que oyó a la actora, tras llamar telefónicamente al demandado, como se oponía en su conversación con el mismo a abortar, lo que al parecer le sugería el demandado. Además las fotografías acompañadas a la demanda no acreditan la existencia de relaciones sexuales de carácter coital, pero si prueban una, al menos, desenvuelta y franca relación amistosa, estando algunas de ellas realizadas en dormitorios.

[49] La anulación de la sentencia del TS y la declaración de firmeza de la sentencia de la AP en cuanto implicaba entrar en la valoración de los hechos por el TC, provocó un conflicto institucional entre ambos tribunales. El TC basó la declaración de firmeza de la sentencia de Segunda Instancia en la necesidad de hacer efectivo el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Coincidimos con O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, Investigación de la paternidad…, *ob. cit.,* 60 y 61, en que la solución del TC es correcta en cuanto hace prevalecer el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de filiación del hijo de mayor transcendencia social frente a un acto de supuesto ejercicio de la libertad individual.

[50] Podemos añadir otras afirmaciones que van en la misma línea. Explica la sentencia estudiada en el fundamento jurídico 6 que «no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 de la Constitución, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre, deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación». Continúa diciendo que «se ha condonado una conducta procesal carente de toda justificación y, además, la sentencia impugnada ha hecho recaer sobre la demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de la prueba, imputable enteramente a la voluntad del demandado (…)».

[51] RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica…, *ob. cit.*

[52] *Vid.,* sobre la STC 29/2005, de 14 de febrero, BUSTOS LAGO, José Manuel, Precisiones constitucionales sobre la investigación de la paternidad. La valoración de la prueba biológica (A propósito de la STC 29/2005, de 14 de febrero. La doctrina jurisprudencial y constitucional «ortodoxa»), *Derecho Privado y Constitución*, núm. 19, enero-diciembre de 2005, 7-54.

[53] O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, Investigación de la paternidad…, *ob. cit.,* 72.

[54] El artículo 769, párrafo 4.º, del Proyecto de LEC decía así «La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al Tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que la evidencia sobre la paternidad o maternidad no pueda obtenerse a través de otros medios probatorios». Tal y como estaba redactado el precepto resultaba que era suficiente la negativa para dar lugar a la declaración de paternidad.

[55] La STS de 17 de julio de 2002, habla de encuentros ocasionales en el domicilio de la madre y en el centro de trabajo y de fotografías unidas a los autos. Igualmente el caso de la sentencia de 1 de julio de 2003 donde únicamente pudo acreditarse cierta confianza o familiaridad entre las partes. Y en la STS de 19 de diciembre de 2003 la declaración de paternidad se basa en la negativa unida a la relación de amistad probada entre los litigantes durante un lapso de tiempo en el que queda comprendida la época de la concepción.

[56] CUADRADO IGLESIAS, Manuel, La investigación de la paternidad y la maternidad…, *ob. cit.,* 625.

[57] Respecto a la relación que existe entre el requisito del principio de prueba que debe ser aportado con la demanda y los requisitos para que pueda ser admitida la práctica de las pruebas biológicas nos remitimos al epígrafe 4 del apartado II.

[58] RUIZ MORENO, José María, Sobre el alcance de la negativa a someterse a las pruebas biológicas en relación a la investigación de la paternidad y maternidad, *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor José González García,* Coord. Domingo Jiménez Liébana, 1388.

[59] BLASCO FASCO, Francisco, Derecho de Familia, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 1995, 359.

[60] DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil,* vol. III, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, 248.

[61] SILLERO CORVETTO, Blanca y ASENSIO SÁNCHEZ, Carmen, La investigación de la paternidad: principio y derecho en nuestro ordenamiento jurídico, *AC,* núm. 45, 1998, 1093.

[62] BLASCO FASCO, Francisco, Derecho de Familia, *ob. cit.*

[63] Incluso podría plantearse si la regulación del artículo 133 constituye un caso de discriminación respecto de la filiación matrimonial, toda vez que la acción de reclamación de la filiación matrimonial cuando no existe posesión de estado puede ser ejercitada por el padre, la madre y el hijo. Y en definitiva quien resulta más perjudicado es el hijo pues puede que no tenga conocimiento alguno de la identidad de su padre como consecuencia de una ocultación de la madre. Simplemente queremos dejar apuntada esta idea pues la extensión de este trabajo no nos permite desarrollarla.

[64] Entre otras cabe citar las SSTS de 10 de marzo de 1988, de 30 de junio de 1988, de 3 de diciembre de 1988, de 5 y 23 de febrero de 1990 y de 5 de octubre de 1999.

[65] Hay autores que discrepan de la conformidad legal de esta interpretación. Este es el caso de DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil, ob. cit.,* 252, para quien la referencia el progenitor del artículo 134 debe entenderse referida exclusivamente al supuesto de ejercicio de la acción de filiación matrimonial del artículo 132.

[66] Así lo entiende SALAS CARCELER, Antonio, El cómputo del plazo de caducidad de la acción sobre impugnación de la paternidad matrimonial. A propósito de la reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2003, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi,* núm. 24, 2003, 5.

[67] Para un comentario más profundo sobre el problema que plantea el cómputo del plazo de caducidad del artículo 136 del Código Civil véase a QUICIOS MOLINA, Susana, «Acción de impugnación de la paternidad patrimonial por el marido: aun transcurrido el plazo de caducidad previsto legalmente de la verdad biológica reconocida por las demandas debe triunfar», *CCJC,* núm. 57, octubre-diciembre de 2001, 761-773.

[68] Si se desea un tratamiento del tema con mayor profundidad que la que permite la extensión de este trabajo consúltese a QUESADA GONZÁLEZ, M.ª Corona, El derecho constitucional a conocer el propio origen biológico, *ADC,* vol. 47, núm. 2, 1994, 237-302.

[69] VIDAL PRADO, Carlos, El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna), *RJN,* núm. 22, julio-septiembre de 1996, 266.

[70] RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, Comentarios a los artículo 108 a 141 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil,* Ministerio de Justicia, tom. I, Madrid, 1993, 479 y 480.

[71] SILLERO CORVETTO, Blanca y ASENSIO SÁNCHEZ, Carmen, La investigación de la paternidad: principio…, *ob. cit.,* 1108.

[72] CUADRADO IGLESIAS, Manuel, La investigación de la paternidad y la maternidad…, *ob. cit.,* 602.

[73] QUESADA GONZÁLEZ, M.ª Corona, El derecho constitucional a conocer…, *ob. cit.,* 253.

(Trabajo recibido el 19-6-2017 y aceptado para su publicación el 11-7-2017)

El contrato de suministro eléctrico entre comercializador y cliente*

Power supply contract between trader and supplier of electricity

por

GABRIEL MACANÁS VICENTE

Doctor en Derecho civil por la Universidad de Bolonia

Profesor de Derecho civil en la Universidad de Murcia

RESUMEN: El contrato de suministro eléctrico, entre comercializador y cliente, se integra en un ámbito sectorial especial, fruto de un mercado limitado y regulado, sobre un producto esencial. Además, el objeto jurídico del contrato resulta igualmente específico, distinto a los objetos originariamente concebidos por las categorías clásicas. La propia naturaleza del contrato es discutible; así como lo es también la incidencia de la regulación sectorial sobre las obligaciones del contrato. Se añade el hecho de que, aun entre comercializador y cliente, no hay una única relación contractual posible, sino que distintos contratos podrían responder a distintas finalidades y funciones. En fin, el natural poder de negociación de las comercializadoras frente a los clientes finales, sean o no empresarios, y que estos sean denominados genéricamente como «consumidores» en las normas sectoriales también amplifica el debate, actual en muchos otros ámbitos, respecto a la exclusión de contenidos abusivos en contratos entre empresarios.

* Trabajo realizado en el ámbito de los Proyectos de Investigación DER2014-57869-P y 19312/PI/14.

ABSTRACT: Being supplier the one bounded with both distributor and final client, the trader-supplier power supply contract is a special contract in a special area —which is also heir of a special, limited and regulated market—. Moreover, the subject matter of the contract is also a special one, far from those originally considered by contractual law tradition. The very nature of the contract is also arguable, as is the influence of the sectoral regulations over the agreement between the parties. There is also not just one single possible contract among trader and supplier, but different ones, with different aims and subjects. Lastly, the strong bargaining power of electricity traders, unequal to the needs of the clients —businesses or not—, and the label to every client as «consumer» in sectorial regulations leads to another question as well, increasingly relevant in every sector, as it is the control of unfair terms in business-to-business contracts.

PALABRAS CLAVE: Contrato de suministro eléctrico. Electricidad. Contrato de mediación. Control de abusividad entre empresarios.

KEY WORDS: Electricity supply contract. Electricity. Mediation contract. Unfair terms.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ¿AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD SOBRE PREMISAS SECTORIALES, O UN *CONTRATO NORMADO*? —III. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL CONTRATO DE *SUMINISTRO ELÉCTRICO:* 1. CONTRATO *ORDINARIO* DE SUMINISTRO ELÉCTRICO, COMO DE VENTA Y DE SERVICIOS. 2. OBLIGACIONES DEL COMERCIALIZADOR COMO SUMINISTRADOR DE ELECTRICIDAD. —IV. CONTRATO DE MEDIACIÓN, Y COMERCIALIZADOR COMO REPRESENTANTE DEL CLIENTE ANTE EL DISTRIBUIDOR.—V. ¿CONSUMIDORES O CLIENTES? CONTROL DE ABUSIVIDAD FRENTE A EMPRESARIOS SUMINISTRADOS.—VI. JURISPRUDENCIA.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El ámbito de la producción y comercialización de energía eléctrica supone un sector no ya socialmente estratégico, sino esencial, que ha estado sometido a una regulación completamente pública hasta la paulatina —mas no completa— liberalización del sector eléctrico, iniciada a finales de 1997[1]. Se confía ahora —con mayor o menor profundidad— en la eficacia del mercado libre para distribuir costes y optimizar el beneficio de todos los actores que establecerán, en el ámbito de su autonomía privada, las relaciones jurídicas necesarias para

satisfacer sus intereses. Este marco general, tendente a la libertad contractual como modelo de mercado, no puede sin embargo evitar tres vértices singulares:

En primer lugar, la complejidad material de producción y distribución de la electricidad como fuente de energía, así como la necesidad universal de la misma, determinan un conjunto heterogéneo de actores necesarios, en grupos y con funciones distintas. Solo unos pocos sujetos podrán ser productores de energía, habida cuenta los costes de todo tipo que suponen las instalaciones de esta naturaleza. Otros sujetos transportarán la electricidad, distribuyéndola desde la red general de transporte, a través de sus propias redes, hasta cualquier punto de utilización de la misma —además de transformar la tensión de la corriente para su utilización final—. Estos distribuidores operarán bajo un sistema que, para que pueda llegar a todos los lugares, incluidos los menos rentables, estará específicamente reglado (conforme a los principios de red única y monopolio natural zonificado). Para evitar que las limitaciones derivadas de los caracteres que determinan el régimen de distribución pudieran limitar un mercado que se pretende lo más liberado posible, se introduce el comercializador como un nuevo actor entre distribuidores y destinatarios finales de la energía, como natural suministrador de estos últimos. En fin, los clientes que utilicen la electricidad para su utilidad e interés, serán los últimos[2] —y cuantitativamente mayoritarios— intervinientes en el proceso.

En segundo lugar, no todas las fases o momentos relativos al sector están verdaderamente liberalizados, y difícilmente podría ser así. Por una parte, el mercado mayorista mayoritario —y estimulado—, en el que participan la práctica totalidad de productores, opera con un sistema organizado[3] que determina el funcionamiento del mercado bajo tal orientación de base pública. Por otra parte, para determinados destinatarios de la electricidad que se entienden especialmente vulnerables[4], se establece un sistema de provisión excepcional (aunque generalizado en muchos ámbitos), fuera de mercado, en el que se impone un precio máximo por la electricidad (PVPC). Esto determina a su vez —que no necesariamente causa—, el llamado *déficit tarifario*, cuya eventual compensación afectará igualmente al mercado.

En tercer lugar, y como consecuencia más general, derivada de las dos anteriores, resulta inevitable una cierta complejidad fáctica y jurídica proyectada sobre las relaciones jurídicas de los sujetos intervinientes en el sector. Se trata, en fin, de una multiplicidad de relaciones, unas de origen negocial y otras puramente legal, que vincularán a algunos de los sujetos entre sí, bajo un régimen administrativo que ejerce una variable —pero considerable— intervención regulatoria. Esta configuración necesaria de relaciones, entre paralelas y yuxtapuestas, condiciona también la construcción jurídica de aquellas relaciones, así como la sistematización de los deberes legalmente establecidos.

Desde la perspectiva más próxima al ámbito del derecho privado, las consideraciones anteriores comportan que, por más que pueda partirse de un principio

asentado de libertad contractual, el marco sobre el que se proyecta es mucho más complejo —y *dirigido*— de lo que puede ser en la mayoría de mercados. Además, por más que se intente propiciar la libre relación contractual entre comercializadores y clientes, persiste una amplia regulación administrativa que, superpuesta, distribuye igualmente posiciones activas y pasivas a tales sujetos frente a otros y también entre sí.

Se añade a este tejido normativo sectorial —así como a su discutida prevalencia frente a lo que las partes pudieran pactar— la complejidad ínsita a un objeto jurídico tan especial como la «electricidad», cuya realidad material desborda gran parte de las categorías clásicas. Desde ahí, y acumuladas las dudas, no es tampoco pacífica cual es la naturaleza del contrato de suministro eléctrico, así como la calificación más apropiada del mismo, en cuanto a los tipos contractuales de referencia. De hecho, pueden existir alternativas contractuales que, de forma excepcional, vinculen al comercializador con el cliente sin que exista en tal relación la obligación de prestar suministro eléctrico alguno. En fin, sobre cualquier relación contractual, tanto las disposiciones sectoriales como, también, las propias características del producto y del mercado hacen que el ámbito de protección del «consumidor» sea otra materia abierta a la discusión.

No se trata de un sector nuevo, ni de una relación inédita. Sin embargo, la pretendida culminación del proceso liberalizador, así como la aceptación general y expansiva de la libertad contractual entre comercializador y cliente por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, aconsejan repensar las categorías contractuales en las que se asentarían tales relaciones libres y mayormente desreguladas, así como sus límites y contenidos esenciales y naturales.

II. ¿AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD SOBRE PREMISAS SECTORIALES, O UN CONTRATO NORMADO?

Cada vez que una empresa comercializadora de electricidad contrata con un cliente para proporcionar este suministro eléctrico, se ve sometida a una doble fuente regulatoria. De una parte operan las normas reguladoras del sector, desarrolladas en gran medida por disposiciones de naturaleza administrativa, que entre otros extremos contemplan también deberes del comercializador frente al destinatario final de la energía eléctrica. De otra, entre las partes existe una relación contractual explícita, consentida por ambas —bajo un contenido normalmente predispuesto por la entidad comercializadora—. El contenido de este contrato puede asumir o no, coincidir o no, con la regulación sectorial aludida.

Fruto de la situación descrita podría ocurrir que se yuxtapusieran las distintas relaciones, públicas y privadas, a través de cauces jurídicos distintos. De este modo persistirían, de forma disociable, deberes *ex lege* y obligaciones *ex contractu*. Podría suceder, en cambio, que la regulación sectorial fuera una

premisa negocial forzosa, una base no disponible del contrato, que tuvieran que asumir las partes. En último lugar, acaso podría entenderse la base regulatoria del sector como un suelo general pero —salvo excepciones— disponible. Un marco general que podría asumirse como referencia por defecto del contenido del contrato; pudiendo sin embargo variarse mediante pacto en una relación jurídica en la que el contrato sería la fuente jurídica preponderante.

Como premisa, en cuanto al momento del consentimiento, el contrato de suministro eléctrico tratado no es, en situaciones ordinarias, un contrato forzoso[5], sino más bien un contrato normado o regulado[6]. Sin embargo, aunque no sea forzoso para el cliente suscribir el contrato, la voluntariedad de tal acto ha de concretarse sobre un ámbito en el que la demanda básica es casi perfectamente inelástica: todo sujeto en el tráfico, particular o profesional, necesita electricidad, en mayor o menor medida; por lo que actuarán efectivamente en su demanda, a través de los cauces jurídicos posibles, disponibles o no. De esta forma, se trataría incluso de una contratación más necesaria que muchos supuestos típicamente «obligatorios»[7], como si de un contrato *naturalmente forzoso* se tratase.

En cuanto al ámbito normado del suministro, existe ciertamente una base regulatoria extensa, legal y reglamentaria —largo tiempo ajena a la libertad contractual—, que atribuye explícita e implícitamente deberes a los distintos sujetos, en ocasiones en interés y beneficio directo de otros. Sin embargo, bien podrían disociarse los deberes impuestos por tales normas del estricto ámbito de un contrato que, de no ser así, quedaría amenazado en su propia naturaleza —y existencia— tanto por la necesidad implícita de su suscripción como por tal exhaustiva regulación proyectada sobre tal contrato[8]. Además, ocurre que esas mismas normas, como consecuencia de la tendencia progresivamente liberalizadora del sector, permiten —e intentan propiciar— la contratación privada, en un marco aparentemente amplio (y siempre sin perjuicio de la persistencia de deberes administrativos ajenos a la relación jurídica entre los sujetos).

Además, no se trata en este caso de una eventual regulación reglamentaria neutra, sino de un sector que, aunque se nomine ahora «liberalizado», contiene aún una persistente intervención estatal, sin que exista verdaderamente una industria energética verdadera y completamente ajena al ámbito público[9]. Por lo tanto, las normas dictadas por el ejecutivo, salvo que desarrollaran mandatos legales expresos, con una clara legitimidad de desarrollo contractual, podrían concretar otros contenidos u objetivos distintos a los inspiradores de una relación negocial desde una perspectiva neutra, equilibrada en el libre consentimiento de las partes[10]. Todo ello en el concreto ámbito del contrato con el cliente de energía, pues las relaciones entre los otros sujetos —también entre comercializadora y distribuidora— pueden someterse a principios distintos.

Por lo tanto, ya de partida conviene una cierta cautela antes de incluir, como base contractual necesaria, la absoluta totalidad de la normativa sectorial eléctrica. No en vano, muchas de sus disposiciones son desarrollos reglamen-

tarios de leyes fundamentalmente ajenas al ámbito contractual, lo que podría poner en duda la competencia de aquellos reglamentos para sustituir las normas contractuales de referencia, dispositivas o no, dispuestas en la Ley[11]. Más aún: las normas sectoriales de la electricidad no parten de bases legislativas relativas al ámbito contractual, recogidas en el artículo 149.1.8 CE, sino de otras bien distintas. Fundamentalmente el Estado legisla este sector con base en los artículos de la Constitución 149.1.13 —bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica—; 149.1.18 —legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas—; o 149.1.25 —bases del régimen minero y energético—; entre otros. No habría problema si se observaran tales normas como mandatos normativos, propios de su ámbito; pero si han de penetrar en las relaciones contractuales, incluso en aquellas que se dicen regidas fundamentalmente por la autonomía de la voluntad de las partes, podría suponer una diferencia competencial cualitativa respecto de la asumida como base de la legislación tratada.

En cuanto a la regulación sectorial de ámbito estrictamente legal, el artículo 8.3 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico se limita a establecer que «La comercialización se ejercerá libremente en los términos previstos en la presente Ley y su régimen económico vendrá determinado por las condiciones que se pacten entre las partes». De ahí cabría inferir únicamente la autonomía contractual plena en el ámbito del precio[12], vinculando implícitamente el resto de la regulación a «los términos previstos en la ley»[13]. Sin embargo, no resuelve —tampoco lo pretende— si las disposiciones reguladoras del sector informan las relaciones contractuales; sirven de marco genérico en defecto de pacto[14]; o, en su caso, pueden incluso establecer límites imperativos a lo que las partes pudieran pactar[15].

De forma más general, el artículo 1090 del Código Civil podría disponer para estos supuestos el principio de interpretación restrictiva aplicable[16]: «Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Solo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales»[17]. Además, aunque se asumiesen determinadas normas sectoriales como deberes legales que pudieran limitar la contratación —más que penetrar limitativamente en el contenido del contrato—; tampoco podría afirmarse que el incumplimiento de tales deberes supusiera necesariamente la nulidad del contrato que infringiera la norma[18].

En cuanto a la doctrina jurisprudencial al respecto, ya declaró la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 29 de junio de 2004 *[RJ* 2004, 6502], en términos generales —aunque contenidos al final— que «(…) el sistema eléctrico funciona en un régimen de libre competencia y se basa, por un lado, en un sistema de ofertas de energía eléctrica realizadas por los productores y, por otro, en un sistema de demandas formulado por los consumidores cualificados, los distribuidores y los comercializadores. Todos ellos pueden, a tenor del artículo 11.1 de la Ley, pactar libremente los términos de los contratos de compraventa

de energía eléctrica que suscriban, "respetando las modalidades y contenidos mínimos previstos en la presente Ley y en sus Reglamentos de desarrollo"».

En la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 624/2016, de 24 de octubre *[RJ* 2016, 4970], parece entenderse de forma concreta la relación entre comercializadora y adquirente de forma principalmente contractual y autónoma, antes que como una extensión de la relación sectorial que la norma administrativa dispone para dichos sujetos[19]. En este sentido, asume que «(…) no cabe duda que la comercializadora, como suministradora, se vinculó contractualmente a una obligación de suministro de energía de acuerdo a unos estándares de calidad y continuidad del suministro», localizando además tal obligación no en los deberes emanados de las normas regladas para el suministrador, sino en una concreta cláusula del contrato. Afirma también, de forma general, que «(…) el cliente accedió a dicha contratación confiado en que del contrato suscrito podría razonablemente esperar, a cambio del precio estipulado, que la comercializadora respondiera de su obligación, no como mera intermediaria sin vinculación directa, sino que cumpliese con las expectativas de "todo aquello que cabía esperar" de un modo razonable y de buena fe, con arreglo a la naturaleza y características del contrato celebrado», prefiriendo remitirse a los criterios tradicionales de integración contractual *ex* 1258 del Código Civil antes que recurrir a los mandatos previstos por las normas del sector.

De forma explícita, en cuanto a la incidencia de la norma sectorial en las relaciones contractuales afirmadas, entiende la sentencia que «(…) la Ley 57/1997 (…) no tiene como función la regulación de las relaciones jurídicas privadas que se deriven de la actividad de la comercialización de la energía. Comercialización de dicha energía que (…) adquiere carta de naturaleza y queda materializada en el principio de libertad de contratación».

Esta postura, fijada por el Tribunal Supremo, ha tenido persistencia en la práctica totalidad de pronunciamientos posteriores de las audiencias —si bien había otros previos que lo recogían igualmente[20]—. Así la SAP de Pontevedra 674/2016, de 29 diciembre *[AC* 2017, 88]; también las SSAP de Albacete 470/2016 y 471/2016, ambas de 29 de diciembre *[JUR* 2017, 20357] y *[AC* 2017, 92], que si bien deciden por el elemento probatorio, afirman igualmente —*obiter dicta*— tal doctrina; la SAP de Barcelona 593/2016, de 15 de diciembre *[JUR* 2017, 43566] que, en referencia a la normativa sectorial, establece que «Estas normas, de carácter administrativo, vienen a regular las funciones y relaciones de las diferentes entidades que actúan dentro del sector eléctrico, pero no eliminan la responsabilidad civil en que las mismas pudieran incurrir, entre otras razones, como es la que se examina en las presentes actuaciones, por razón de los contratos que suscriban con los usuarios del sistema»; la SAP de Asturias, 358/2016, de 16 de noviembre *[JUR* 2017, 5124], que dispone, respecto a la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, que «esta ley no deja de ser una norma de naturaleza administrativa, regulando el sector eléctrico en cuan-

to se trata de una cuestión de trascendencia pública. Regulación que tiende a proteger a los usuarios y a regular las relaciones entre las empresas dedicadas a la generación, distribución y comercialización de la energía eléctrica, pero su ámbito no modifica ni excluye las responsabilidades que puedan surgir entre los usuarios de la energía y tales compañías»; o la SAP de Madrid 385/2016, de 27 de octubre *[JUR* 2016, 276280], que afirma expresamente, respecto a la cuestión tratada, que «no basta un análisis comparado de las obligaciones respectivamente impuestas [por las normas sectoriales] a distribuidora y comercializadora que indudablemente proporciona unos criterios relevantes para decidir la exigencia de responsabilidad en la prestación del servicio; es que además debe conocerse el contrato, sin el cual cualquier aspecto relativo al detalle del suministro impide una aplicación de obligaciones por principios más o menos genéricos».

Los pronunciamientos contrarios de las audiencias, ninguno posterior a la citada sentencia del Tribunal Supremo, fundaban la existencia de un contrato (forzado) no ya en la Ley sectorial, sino en su desarrollo reglamentario[21]. Sin embargo, cuando generaban así un vínculo contractual entre distribuidor y cliente, aunque jamás hubieran tenido relación alguna —jurídica o material— lo hacían con la finalidad específica de evitar la prescripción de la acción del cliente, bajo el perentorio plazo anual previsto para el daño extracontractual.

En suma, la doctrina jurisprudencial expresada parece disociar la relación jurídica contractual de las normas que reglan el sector, dotando de autonomía y vinculación autónoma al contrato, principal en la relación que rige respecto a las normas sectoriales que sobre el mismo podrían proyectarse.

Por lo tanto, salvo que pudiera deducirse de forma inequívoca que los deberes establecidos por la norma se integran en el ámbito de las relaciones contractuales que los comercializadores y los clientes consientan mantener[22], y sobre todo cuando tal consentimiento no exista, deberían entenderse tales deberes como extracontractuales[23]. Quedarían sometidos al régimen fundamental del Derecho público en cuanto a la legitimación, remedios de su incumplimiento, plazos de prescripción frente a la Administración, eventuales sujetos perjudicados, u otros posibles efectos[24]. El régimen contractual pactado por las partes será así generalmente autónomo y principal, respecto a lo dispuesto regulación sectorial eléctrica[25]; determinando además la naturaleza —y tipo— del negocio jurídico de que se trate.

Con mucha más flexibilidad puede plantearse la integración de la situación jurídica establecida por las normas sectoriales como una suerte de base normativa asumida, presupuesta, por el contrato. Un derecho —naturalmente dispositivo— que las partes conocerían —o podrían conocer, o habrían experimentado como premisa, en los sistemas previos al contractual— y que podrían además colmar eventuales lagunas en lo negociado; sin perjuicio de la aplicación primera de las normas propias de las obligaciones y contratos en general y del tipo específico de que se trate en particular. Serían además, referencia originaria de equilibrio

a efectos de valorar —con otros factores— la abusividad que, para los consumidores, supondría su desplazamiento por otros pactos contractuales[26]. La vertiente imperativa de las normas sectoriales vendría referida, de forma principal, a las limitaciones de actuación o prestación impuestas por la Ley. No puede distribuir energía eléctrica cualquiera, ni revenderla tampoco. Alterar tal distribución legal, fundamental para el mantenimiento del actual sistema eléctrico, sí supondría contravenir la Ley en el sentido del artículo 1255 del Código Civil.

En conclusión, de acuerdo con el modelo de libre contratación de un sector cuya liberalización se propicia, y sin perjuicio de la existencia de ciertas modalidades contractuales ampliamente intervenidas, existe la posibilidad de un contrato autónomo entre el comercializador de energía eléctrica y el cliente final. En tal contrato, que incluso podría adoptar distintas tipologías dependiendo del interés concreto que con el mismo se pretendiese satisfacer, serán las partes las que configuren su relación jurídica, sin perjuicio de las normas imperativas que fueran de aplicación. Nada de lo anterior obsta a que, de ordinario y a falta de regulación expresa en el contrato, de conformidad con el artículo 1258 del Código Civil las normas sectoriales de aplicación podrían constituir la base comúnmente representable y previsible, conforme los parámetros generales de diligencia y cumplimiento contractual. Pero, cuando sean contractualmente disponibles, podrán las partes reducir o ampliar tales contenidos o, incluso, repartir sus efectos y consecuencias patrimoniales, aun cuando persista el deber público sobre el sujeto normativamente obligado.

III. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL CONTRATO DE SUMINISTRO ELÉCTRICO

Asumida la relación contractual, procede su calificación, al margen de la nominación que las partes —o las normas sectoriales— hagan de la misma. Puede anticiparse dificultad de generalizar un contrato, bajo la premisa de una libertad contractual a través de la que las partes podrán dotar de contenidos distintos al contrato, organizando derechos y obligaciones como mejor sirva a su propósito práctico. De tal organización variable podrán surgir contratos diferentes que, aunque tiendan igualmente al efectivo resultado de obtención de energía eléctrica, realicen tal interés a través de cauces distintos. Sin embargo, la función económica y jurídica principal del contrato de suministro eléctrico parece clara, sobre todo en cuanto al propósito práctico perseguido por ambas partes. De ahí se puede inferir la tipología contractual general, sin perjuicio de que el mismo pueda converger con determinadas especialidades contractuales a través de las que alcanzar, de forma distinta —e indirecta—, el mismo fin. También puede coadyuvar a la dificultad de calificación el que, siendo los contratos de suministro o servicios —desigualmente atípicos— los principales

tipos de referencia, la calificación, en su sentido más funcional, también debe prever si va a terminar proyectándose regulación suficiente y útil[27].

En fin, y al margen de la inexistencia de un verdadero tipo contractual legal para el supuesto, sí existe una relación contractual típica en el tráfico, informada de forma exhaustiva tanto por los contenidos propuestos por la normativa del sector como por los propios cauces que las disposiciones imperativas imponen; tanto en lo relativo al contenido del contrato como, sobre todo, en relación al marco general que se fija para la estructura del mercado y el modelo de negocio posible.

1. Contrato *típico* de suministro eléctrico, como de venta y de servicios

La caracterización y calificación de electricidad y el contrato para obtenerla no siempre respondió a los criterios más adecuados, materiales y jurídicos. Cuando en las primeras cuestiones suscitadas a este respecto, en la jurisdicción penal, se trataba la posibilidad —o no— de hurtar electricidad; se resolvió para esa concreta finalidad, en las SSTS de 27 de mayo de 1907, o de 24 de abril de 1909, entre otras, que «el fluido eléctrico merece el concepto de cosa mueble», atribuyéndole un estado de la materia no aplicable en rigor para el objeto tratado, y en contra del criterio que la excluía del ámbito de lo apoderable, fijándola como posible objeto material del hurto.

Sin embargo, difícilmente puede entenderse la electricidad como fluido, incluso como cosa material, pese a la fisicidad de su existencia. En rigor, no existe un término físico para el término usual «electricidad», siendo quizá el más próximo el de «carga eléctrica». Sin poder entenderse como producto, responde más bien —de forma muy simplificada— a una propiedad de las partículas subatómicas, que ejercen y sufren la interacción electromagnética, en atención a un modelo de equilibrio. Si se produce un desequilibrio, las cargas eléctricas se moverán, buscando restaurar tal equilibrio. Ese movimiento, conocido como *corriente eléctrica*, puede ser más o menos intenso dependiente de la cantidad de carga eléctrica que se «movilice» por unidad de tiempo. Cuando estas partículas subatómicas —electrones— en movimiento colisionan con otros elementos —los átomos del material por el que se muevan, así como otros electrones— se producirá una disipación de energía cinética, en forma de calor —*efecto Joule*—. Esa disipación puede producir energía calorífica directamente (como ocurre con una resistencia, sencillamente oponiendo más «obstáculos» al movimiento de los electrones); o ser transformada en otros tipos de energía (en luz, por una bombilla; movimiento, por un motor eléctrico; en un proceso químico, por una batería; etc.).

En suma, no se trata de adquirir electrones, ni hacer acopio de ellos ni ser propietario de uno u otro electrón. La utilidad perseguida por cualquier cliente

eléctrico es poder acceder a ese «movimiento», participar de la *corriente eléctrica*; utilizándola para, a través de la máquina que se conecte a tal corriente, poder generar una u otra energía, que satisfará entonces la finalidad subjetiva para la que la máquina se conectó. Electrones se moverán hasta el punto del acceso de red, y electrones volverán al flujo (con la pérdida de potencia relacionada con la energía producida). En un ejemplo análogo, que además parte de la tradicional analogía del fluido, un molino movido por un río (o por el viento) no supone adquisición de agua alguna (ni del aire), sino aprovechamiento de la potencia de su corriente y caudal para producir energía. Tal es la —simplificada— realidad de lo que una parte quiere adquirir y la otra proporcionar a cambio de un precio.

Pero no se trata, en lo jurídico, de adaptar las categorías a las precisas formas de una realidad ajena al Derecho, sino de calificar tal realidad en categorías útiles, asimilables de conformidad con las estructuras y conceptos jurídicos. Por lo tanto, parece necesario prescindir de las particularidades subatómicas a favor de las generalidades utilizables. Por ello no parece equivocado ni abstruso calificar la utilidad proporcionada por la corriente eléctrica como *cosa*; ni, bajo la *summa rerum divisio* del artículo 333 del Código Civil y la calificación residual del artículo 335 del Código Civil, calificarla como *cosa mueble*[28]. Ciertamente pueden persistir reservas, pues se trata de una proyección imperfecta en cuanto a la consideración real originaria de los entes apropiables; mas se ha aceptado ya en otros casos la aplicación funcional de la categoría a entes no materialmente aprensibles, pero sí valuables y negociables —como los derechos—. Lo que llaman electricidad, sea lo que fuere, se negocia efectivamente como objeto de derecho y comercio, como bien. Ya se trate de un crédito para recibir un servicio, o de la consideración perceptible y útil de un fenómeno físico, podría en cualquier caso entenderse como *cosa* a los efectos buscados. Porque, acaso, todo objeto jurídico que no sea persona, es simplemente cosa. A partir de ahí, y con las especialidades oportunas, podrán proyectarse las categorías contractuales ordinarias, calificando en función de su finalidad y función, sin perjuicio de fijar cuantas especialidades exija la materia calificada.

Por ello, podría parecer que lo aleja del ámbito de la compraventa la falta de transmisión efectiva de ninguna materia, así como la efímera existencia de la cosa inmaterial (potencia), consumida esencialmente en el mismo instante en el que se «entrega». Se transformaría, en tal momento de «entrega», en una energía que no era —y que tampoco se «adquirirá» más que como fuente del trabajo que finalmente se persiga—. Del mismo modo, la continuidad esencial del movimiento de electrones, conseguido a través de la producción y distribución de tal movimiento en la red, y puesto a disposición del cliente, parece acercarlo al ámbito de los servicios[29].

La discusión es antigua, fuera de España[30] y en ella[31]; y las conclusiones no parecen definitivas ni pacíficas[32]. No es descartable que la asunción de las categorías jurídicas utilizadas desde hace más de un siglo se asentase en con-

cepciones fácticas no enteramente ajustada a una realidad material distinta a la actual. Sin embargo, tal anacronismo acaso no sea tan predicable del propio tratamiento del objeto jurídico *electricidad*[33], como de las categorías jurídicas con las que clasificar tal objeto. En especial, la persistente completitud de la compraventa frente al régimen originariamente escaso —y progresivamente depauperado— del arrendamiento de servicios en el Código Civil. Es por ello que también debe valorarse, más allá de la idoneidad conceptual, la utilidad efectiva de la categoría utilizada. Frente a la potencialidad —legislativamente descuidada— del contrato de servicios; la compraventa, como arquetipo del contrato consensual, oneroso y bilateral —además de tener una finalidad traslativa aquí sí discutible—, podría ofrecer un desarrollo mayor, además de asentarse en una práctica continuada. Se trata, en fin, de no encerrarse ni en la realidad de la materia ni en la del concepto; sino de dirigir ambos a través del cauce más propicio para que se puedan realizar los efectos y fines que le son propios al negocio jurídico tratado[34].

No parece especialmente útil acudir para este argumento a la doctrina jurisprudencial, pues la discusión sobre el tipo contractual no constituye la verdadera cuestión objeto del pronunciamiento de las sentencias. Sí se suele asumir, en la mayoría de los casos, que se trata de un suministro y, en su sentido tradicional, de una venta[35]; mas suele ser una premisa no discutida que, de hecho, rara vez tiene relevancia (pues se trata de resolver si hay obligación contractual, que habría tanto para compraventa como para contrato de servicios). En general, la jurisprudencia suele referirse sin más —y sin problemas ni discusiones a este respecto, tampoco alegadas por las partes— al «contrato de suministro» o «suministro eléctrico» con que, lo que sí puede inferirse es que, al margen de la especialidad del mismo, no se suscita en este ámbito una problemática principal —lo que no solo resulta de la falta de litigiosidad al respecto, sino también de la aparente funcionalidad jurídica del tipo aplicado—.

Por otra parte, se podría argumentar que las propias normas del sector se refieren explícitamente a «venta», además de «suministro»[36]. Sin embargo, no parece que la propia norma sea especialmente precisa en cuanto a la utilización de términos técnico-jurídicos[37]. Además, la calificación jurídica del contrato supone una aplicación del Derecho que excede la mera nominación. La norma sectorial —cuya aplicabilidad al ámbito contractual ya se discutió— parece más ocupada en intentar señalar mandatos concretos —atribuir deberes a determinados sujetos en situaciones específicas— antes que en calificar ningún negocio jurídico.

También, en un ámbito cercano, ha existido otra discusión respecto al carácter de *producto* de la electricidad[38]: con anterioridad a la redacción del artículo 148 TRLGDCU en relación al 136 de la misma norma— no fue unánime la doctrina de las audiencias en cuanto a la consideración de la «electricidad» prestado como *servicio* o *producto*[39]. Una posible conclusión a esta discusión,

apuntada por la Directiva 2011/83/UE, en su Considerando 19, abunda en la posibilidad de adoptar un criterio funcional, no necesariamente cerrado a compraventas o servicios, pues establece que «(…) los contratos de suministro de agua, gas y electricidad, cuando no se presenten a la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas [además de otros], *no deben ser clasificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios*».

Eludiendo trincheras conceptuales, quizá lo más relevante sea, además de calificar el supuesto tratado de suministro eléctrico por el comercializador, concretar las diferencias que resultarían de la diferente clasificación entre compra-suministro y contrato de servicios de tracto sucesivo. Existen sin duda peculiaridades, como las derivadas de la dificultad de aplicar los efectos más clásicos de la «entrega» a una electricidad cuya utilidad se produce en el mismo instante en el que se consume, sin solución de continuidad —y que por tanto carece de ninguna finalidad relativa a la transmisión de dominio alguno—, lo que parece romper la compraventa. Pero no se trata de afirmar la compraventa que no es, sino de aprovechar el marco contractual posible. Precisamente por su verdadero carácter atípico podría limitarse de forma natural las disposiciones de la compraventa que le fueran inaplicables. Por ejemplo, resultan difícilmente aplicables para el contrato de suministro de energía eléctrica las categorías referidas a la reserva de dominio, saneamiento por vicios ocultos o evicción, pacto de retroventa, conservación de la cosa, o su restitución por cualquier causa, entre otras.

Podría parecer entonces una categorización parcial, e insuficiente en cuanto a entenderlo como «compraventa», pero sería exactamente ese el objetivo: tomar de la compraventa cuantas disposiciones relativas a la correlatividad, al riesgo, a la determinación de la prestación, o cuantas otras cuestiones generales pudieran ser de aplicación; descartando todo lo demás.

Del mismo modo, la participación de la categoría del contrato de servicios (que, por cierto, tampoco sería pura para una prestación tan especial como la tratada) no responde únicamente a un prurito doctrinal, sino que a su través podrán aplicarse institutos impropios de la compraventa. De este modo, si bien la naturaleza duradera del suministro podría implicar la posibilidad de denuncia para las partes[40], esta podría ser una figura inadecuada por cuanto de ordinario la duración será determinada. Sin embargo, el desistimiento general para el contrato de servicios, *ex* 1594, parece encajar tanto en fundamentación como aplicabilidad[41], para todos los supuestos de suministro eléctrico al cliente[42].

En suma, aunque la calificación pueda ser oscura, la realidad puede no serlo tanto. Y, si bien podría parecer técnicamente más adecuado el sometimiento a la disciplina de los contratos de servicios, lo exiguo de su regulación acaso aconseje no descartar la aplicación añadida de la compraventa, al menos en los términos legislativos actuales. El contrato de suministro eléctrico supondría

así una figura contractual atípica, que podría participar de los elementos que le fueran aplicables tanto del contrato de compraventa como de los contratos de servicios[43]. Las especialidades podrán resolverse de forma particular y, por lo demás, no parece que se afecte a las obligaciones de las partes en general, ni a las obligaciones específicas naturales de la relación tampoco.

2. Obligaciones del comercializador como suministrador de electricidad

Partiendo de una naturaleza atípica —y probablemente híbrida— del contrato de suministro eléctrico, parece más sencillo determinar la prestación característica de tal contrato. Siendo el suministro eléctrico correlativo al pago de un precio, la prestación correlativa al mismo será el elemento caracterizador del contrato, y obligación principal del comercializador. En esencia: prestar «utilidad energética», a través del acceso —y uso— de la red por el cliente.

Desde el punto de vista de la utilidad —o incluso de la propiedad, si se prefiere— nunca llega el comercializador a poseer ni transformar el suministro eléctrico que presta; ni siquiera lo almacena o transporta. Se limita a adquirir un derecho de uso de la potencia contenida en la red, que transmite al cliente, junto con la efectiva corriente. El *producto* pasa directamente, en cuanto a su trayecto material, de la distribuidora al cliente. Ello no afecta a la relación contractual entre cliente y comercializadora, ni a las obligaciones que de la misma dimanan. Tampoco genera vínculo contractual alguno entre cliente y distribuidora. Pero sí podría suponer, en determinados casos, una cierta simetría —incompleta— entre lo que el régimen general de productos defectuosos proyectado sobre el «producto eléctrico» y la base del régimen general de responsabilidad por incumplimiento contractual del comercializador (lo permitiría nutrirse en esta sede, y con las salvedades precisas, de la doctrina y jurisprudencia relativa a la consideración o incluso prueba de los supuestos en los que la «electricidad» resulte ser defectuosa —y como tal inepta frente al cumplimiento—).

Por lo tanto —sin quebranto de los deberes que a tal efecto fija la normativa sectorial para el comercializador—, se puede distinguir la energía efectiva, que pueda producir una máquina aprovechando la potencia de la red; del *servicio* continuo —de utilidad potencial— que tal red supone. Podría así concretarse el contenido de la prestación propia del comercializador de energía como la disponibilidad efectiva y adecuada de la red[44].

En contra, podría volver a argüirse la propia terminología de la Ley, que prefiere mantenerse en los términos más cercanos a la compraventa[45]. En ese sentido, el artículo 8.4 de la Ley 24/2013 dispone que «Salvo pacto en contrario, la *transmisión de la propiedad* de la energía eléctrica se entenderá producida en el momento en que la misma tenga entrada en las instalaciones del comprador». Sin embargo, tanto la ya aludida naturaleza física de la electricidad, como su

conceptualización real (en cuanto a cosa mueble), hacen que no pueda existir un momento diferencial entre «entrada», «apropiación», y «consunción»; ni que pueda transmitirse ni adquirirse la misma, sino fundamentalmente utilizarse. Ello no impide aplicar el artículo referido, sino que aconseja entenderlo fundamentalmente como una norma de distribución de riesgos, y atribución de responsabilidades[46]. De este modo, en cuanto al uso efectivo de la electricidad, el comercializador no podría aducir cumplimiento completo en tanto la potencia eléctrica no genere la energía para el cliente. O, de otro modo: si por cualquier motivo el cliente no puede obtener energía eléctrica en sus instalaciones —y salvo que sea imputable a él mismo, o supuestos de caso fortuito[47]—; no habrá cumplido el comercializador su prestación[48]. Además, utilizada la corriente para generar energía, si el uso fuera defectuoso o generase daños, supondría asimismo un incumplimiento.

La primera obligación del comercializador, premisa de las que siguen, pasaría por proporcionar un acceso desde las —adecuadas— instalaciones del cliente hasta las redes de transporte y distribución de la corriente eléctrica. Después, podría dividirse la situación pasiva del comercializador, como prestación de una disponibilidad efectiva y adecuada de la red, a dos obligaciones disociables. En primer lugar, el suministro debe ser continuado[49], de forma que no solo es relevante la eventual utilización del mismo, sino también su mera disponibilidad. En segundo lugar, el suministro deberá responder a la calidad pactada[50] —a partir de los mínimos imperativos[51], y atendiendo en su defecto a la regulación sectorial de referencia—[52].

Estos dos elementos de la prestación tienen además, como nota característica, su independencia respecto de la actuación efectiva del comercializador. Este, por sí mismo, no puede producir ni mantener el suministro; ni de su actuación depende tampoco su calidad. Su actuación diligente podría parecer dirigida a la elección, y acaso coordinación o control, del distribuidor. Sin embargo, ni aun agotando su diligencia cabría entenderse excluido el comercializador de los defectos de suministro o calidad del mismo, causados por el distribuidor. Se trata de un riesgo inevitable para el contrato que, como tal, ha de distribuirse entre cliente o comercializador. Es necesario imponer el riesgo al comercializador puesto que, precisamente por su ajenidad a la efectiva distribución de la corriente, de otra forma quedaría en la práctica vacía su prestación, no prestando nada al cliente que retribuye su servicio. En este sentido, además de tratarse del modelo económicamente más eficiente (por poder absolver, limitar y prever mejor tal riesgo el comercializador —y hacerlo además desde una perspectiva no unitaria—); es coherente también con la voluntaria asunción de tal riesgo por el comercializador, que es quien contrata con la distribuidora (pudiendo además, en tal pacto, incluir cuantas previsiones estime oportuno a este respecto); con su modelo de negocio que parte de tal incertidumbre, asumiéndola en su prestación, (como quien vende lo futuro, o lo ajeno); y, *a fortiori*, también resulta

coherente con las disposiciones sectoriales distribuidoras de tal riesgo (a través de la construcción de un momento de «entrega», antes del cual la «venta» de la electricidad no habría sido cumplida por el comercializador).

La STS 624/2016, de 24 de octubre *[RJ* 2016, 4970] unifica doctrina en esta cuestión, pues rechaza expresamente el criterio —minoritario[53]— de algunas decisiones según el cual «de conformidad con la normativa aplicable, la responsabilidad contractual por daños derivados u ocasionados por el suministro de energía eléctrica (falta del suministro o deficiencias en el mismo) solo puede exigirse a la empresa distribuidora». Afirma, en cambio, que «no cabe duda de que la comercializadora, como suministradora, se vinculó contractualmente a una obligación de suministro de energía de acuerdo a unos estándares de calidad y continuidad del suministro».

Mantienen ese mismo criterio, siguiendo la doctrina expresada por el Tribunal Supremo, la SAP de Barcelona 593/2016 de 15 de diciembre *[JUR* 2017, 43566], que entiende que «[la comercializadora] es responsable de los daños que se puedan generar por deficiencias o alteraciones en el suministro eléctrico, en tanto dicha responsabilidad sería consecuencia de la relación contractual que vincula a las partes, al margen de las relaciones existentes entre distribuidora y suministradora del suministro eléctrico». También la SAP de Pontevedra 674/2016, de 29 de diciembre *[AC* 2017, 88], afirma que «[la comercializadora] aun cuando no sea la empresa distribuidora, asume la obligación frente al cliente que contrata con dicha comercializadora de que el servicio se preste en adecuadas condiciones de calidad y continuidad». O la SAP de Asturias 358/2016, de 16 de noviembre *[JUR* 2017, 5124], establece que «[la comercializadora] debe asumir el contrato y por lo tanto se responsabilizará frente al destinatario final de la prestación del servicio, por el que obtiene su beneficio, de manera que debe responder frente a este de cualquier anomalía del suministro y de sus consecuencias de acuerdo con lo previsto en los artículos 1098 y 1254 del Código Civil».

Además, ya era generalizado en la doctrina de las Audiencias entender que, bajo la vinculación contractual entre cliente y comercializador, quedaba este último obligado (y no el distribuidor —sin perjuicio de las responsabilidades extracontractuales de este—) a proporcionar el suministro eléctrico. En tal sentido la SAP de Segovia 174/2016, de 7 de marzo *[JUR* 2016, 112591], entiende que «el hecho de que ese precepto [de la norma sectorial] fije quien ha de responder de la calidad del suministro no afecta a la relación del cliente con el que comercializa el producto, en resumen con el que se lo vende y percibe por ello el correspondiente precio. El actor, como cliente de un servicio, mantiene su relación contractual con la comercializadora, y la comercializadora será por tanto responsable *in eligendo* del distribuidor que suministra la energía». También la SAP de Lugo 382/2015, de 15 de octubre *[JUR* 2015, 289376], dispone que «la comercializadora que contrata con el consumidor la venta de

energía eléctrica, asume, igualmente la obligación en relación con la calidad del servicio contratado, sin que concurra ninguna circunstancia legalmente prevista que le exonere de la responsabilidad consiguiente, lo cual es coherente con el fin de la efectiva protección del consumidor que contrata el producto con dicho operador eléctrico». Asimismo, la SAP de Barcelona 287/2013 de 27 de junio *[JUR* 2013, 338515] declaraba que «[teniendo] la comercializadora la función de "vender" la electricidad, es claro que, frente al usuario, dicha obligación comporta la de entrega de la energía en estado adecuado para su uso de modo que, cuando dicha obligación no se puede cumplir, ha de responder la comercializadora frente al mismo, cualquiera que sea el modo en que la comercializadora accede a la electricidad, o cualesquiera que sean las relaciones internas entre comercializadora y distribuidora, a las que el consumidor es totalmente ajeno». En fin, y además de otras muchas, la SAP de Madrid 126/2012, de 8 de marzo *[JUR* 2012, 128545] entendía que «la empresa eléctrica que ha contratado, directa y exclusivamente, el suministro eléctrico con el cliente o consumidor final, este tendrá en todo caso acción para reclamarle directamente por las posibles deficiencias en el suministro contratado, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1088, 1091, 1254 y 1257 del Código Civil. Esto es, las comercializadoras-vendedoras vienen obligadas a responder frente a sus clientes de la calidad del suministro que se han comprometido a proporcionar, sin que, pese a lo afirmado por la parte recurrente, la Ley del Sector Eléctrico les exima de esta responsabilidad».

En fin, apuntada la tipología contractual natural para el suministro eléctrico, así como fijada la obligación principal del comercializador contratante frente a su cliente; restaría integrar el contenido propuesto y asumido que no haya sido desplazado en el pacto. Después, en lo necesario, se podrá completar atendiendo a cuanto pudiera aplicarse del ámbito de los contratos de servicios y, en lo posible, de las previsiones generales de la compraventa, así como contemplar la relación en el ámbito general de las obligaciones y contratos. Todo ello bajo la primacía general de los términos pactados entre comercializador y cliente.

IV. CONTRATO DE MEDIACIÓN, Y COMERCIALIZADOR COMO REPRESENTANTE DEL CLIENTE ANTE EL DISTRIBUIDOR

No ha sido infrecuente que, para la evitación de sus obligaciones contractuales, el comercializador, amparado en la —poco clara— literalidad de normas reglamentarias sectoriales, pretenda resultar un mero intermediario, representante del cliente frente al distribuidor, que así resultaría la verdadera contraparte del mismo en el suministro de electricidad. No es posible esta pretensión, bajo la existencia del contrato de suministro eléctrico entre comercializador y cliente; pero sí podría ser posible bajo otro tipo de relación contractual.

En la medida que la actuación del comercializador no aporta nada al producto que presta, su actuación participa de una función principalmente intermedia[54]. Frente al cliente su utilidad es más bien difusa, pues su intervención —y su coste— solo toma sentido pleno en cuanto a su imposición pública, en aras de evitar el oligopolio posible en un mercado de distribuidores. Tal actuación —y coste— puede ser evitado en las circunstancias en las que el cliente pueda contratar directamente con la distribuidora, como «consumidor directo en mercado»[55], sobre todo si encuentra una oferta mejor directamente desde la empresa que distribuya la energía. Es ese espacio, fundamentalmente, el que puede llenar otra tipología contractual, distinta al suministro de electricidad directo que hasta ahora se ha tratado[56], capaz de satisfacer entre las mismas partes, y aun con el mismo fin último para el cliente, otros intereses contractuales.

El comercializador podría aprovechar su experiencia y conocimiento para actuar, en estos casos, no como revendedor sino como un verdadero intermediario. Si así hiciese, se trataría de un *contrato de mediación* —o de corretaje—. No se obligaría el comercializador a prestar —ni vender— electricidad, sino únicamente a informar, asesorar y acercar los mejores intereses del destinatario de la energía con aquel que mejor pudiese proveerle de la misma[57] (lo que, en la práctica, se concretaría fundamentalmente en supuestos de consumo directo).

Este contrato podría concretar una estrategia contractual específica, con unos beneficios claros para el cliente: superponiéndose distribuidor y suministrador, en distintas fases y con distintas relaciones, ambos deben obtener beneficios en cada tracto, en el sentido oneroso de las relaciones que cada uno mantenga. Neutralizando los beneficios continuados del comercializador por un precio unitario por su mediación podría optimizarse el coste de la energía eléctrica a medio plazo. Además, el contenido esencial de imparcialidad del mediador favorecería también la información y, a su través, equilibrio contractual del cliente de la energía[58]. Resultará asimismo determinante este deber cuando una distribuidora domine societariamente a una comercializadora, que en ese caso no podría mediar.

Hasta desde una perspectiva material, en cuanto a la intervención de cada agente en relación a la «conservación» y «entrega» de la electricidad, podría ser la alternativa más precisa (pues, al margen de los requisitos administrativos e intereses públicos que pudieran aconsejar un intermediario, no aporta este demasiado en cuanto a la transformación, tratamiento o utilidad del producto —*o servicio*— tratado).

La opción contractual de mediación sería además sistemática con un *poder* que facultara a la comercializadora a representar al cliente frente a la distribuidora, verdadera contraparte en el contrato relativo a la electricidad, al menos en este supuesto de representación directa[59]. El poder, añadido a la relación contractual de venta-servicio de electricidad, difícilmente podría mermar tal contrato, ni limitar la relación contractual efectiva en la que se incluyese. Tampoco podría

funcionar como una suerte de liberación absoluta para un comercializador que, a su través, se abstrajera de sus obligaciones, conservando sus derechos frente al cliente. El poder solo dotaría de la función representativa una relación contractual a la que puede ser útil —la mediación— o a otra para la que parece inane —la actuación de venta-servicio—.

En el sentido apuntado, el artículo 3.2 del Real Decreto 1435/2002 disponía que «En el caso en que el consumidor opte por contratar la energía y el acceso a las redes a través de un comercializador, este último *solo* podrá contratar con el distribuidor el acceso a las redes como mandatario del consumidor». Sin embargo, el Tribunal Supremo anuló tal inciso «solo», en la STS —Sala Tercera— de 29 de junio de 2004 *[RJ* 2004, 6502], concluyendo que «cuando los consumidores cualificados opten por contratar la energía y el acceso a las redes a través de un comercializador, deben quedar en todo caso abiertas dos posibilidades a su elección: a) que confieran un mandato al citado comercializador para que este contrate con el distribuidor el acceso a las redes en cuanto mandatario de aquellos consumidores, cualquiera que sean las dificultades de orden práctico que esta doble relación presente; y b) que contraten el suministro de energía con los comercializadores como un todo».

Abunda la sentencia en cuanto a la posibilidad de contratar con el comercializador como intermediario, apuntando que «(…) nada impide en la Ley 54/1997 [en los mismos términos, a este efecto, que la actual 24/2013] que los comercializadores, en cuanto suministradores de energía eléctrica a los consumidores cualificados (art. 9.1.h de la Ley), asuman la condición jurídica de mandatarios de estos en sus relaciones con otros sujetos del sistema. Concretamente, dado que no se discute que el cliente final, consumidor cualificado, tiene derecho a contratar por sí el acceso a la red (como relación diferenciada de la adquisición de energía), ninguna objeción jurídica existe para que esta contratación se lleve a cabo mediante un mandatario. Más en concreto aun, mediante un comercializador (…). En ese mismo tipo de relaciones contractuales puede pactarse que el comercializador desempeñe la función de mandatario del consumidor cualificado, si este quiere optar por contratar no solo la energía sino también el acceso a las redes «a través» de aquel (del comercializador)».

En suma, esta alternativa contractual, ciertamente excepcional[60], sí mantendría a la comercializadora al margen de las prestaciones relativas a la disposición efectiva de la electricidad, pues el mediador de energía no habría de responder ni por el defecto de suministro ni por el suministro defectuoso, toda vez que suministrar no integra su prestación contractual[61].

Lo que no parece posible es pretender determinados efectos de la mediación, reteniendo otros propios de una relación de suministro eléctrico directa por la comercializadora. Esto es: si la comercializadora decide contractualmente mantenerse al margen de las prestaciones de suministro, ofreciendo una prestación mediatoria, sus derechos correlativos serían también los propios de la misma:

principalmente, aunque no solo, tendría derecho a cobrar un precio por su mediación, lo que difícilmente se compadece con retribuciones de tracto continuo (una vez perfeccionado el contrato se agota la prestación de mediación). Del mismo modo, deberá también cumplir a cuanto se obligue como mediador.

Esto lleva a concluir, en sentido contrario, que si el mediador no ofrece tales prestaciones o recibe otras distintas, no se trataría de un contrato de mediación, ni tampoco tendrá entonces sentido un poder —tampoco tácito—; sino que existirá una relación contractual directa, de suministro eléctrico entre comercializador y destinatario de la electricidad[62]. Es posible un contrato de mediación entre comercializador y cliente, pero se tendría que consentir tal contrato y no otro, sin desbordar su contenido posible y —a efectos de prueba al menos— expresando de forma reconocible la naturaleza de tal relación contractual.

V. ¿CONSUMIDORES O CLIENTES? CONTROL DE ABUSIVIDAD FRENTE A EMPRESARIOS SUMINISTRADOS

Forma parte del lenguaje no técnico afirmar que la energía se consume, cuando se quiere expresar que la energía se utiliza. Ello es distinto, en un sentido técnico, a que la energía se consuma —como consumible que es—, en el instante en que se transforma en trabajo. Lo mismo ocurre con el objeto jurídico nominado como «electricidad». Sin embargo, nada de lo anterior tiene que ver con que aquel que la use, destinatario final de la energía, cliente del suministro eléctrico, sea *consumidor* en el sentido técnico para el que se define —y legisla— en el artículo 3 del TRLGDCU. En tal sentido solo será consumidor —y solo se le aplicará la normativa de consumidores— a «las personas físicas [y algunas otras] que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión». *Contrario sensu*, no serán consumidores y no se le aplicarán las normas protectoras de los mismos a todo aquel que, aunque sea receptor último del producto o servicio, integren la utilidad producida por el mismo en un empeño lucrativo organizado y persistente[63].

Lo anterior podría parecer acaso evidente, sin embargo, en cuanto al ámbito contractual de lo eléctrico al menos dos factores generales, y uno común, pueden hacer más compleja la cuestión:

En primer lugar, las normas sectoriales insisten en nominar como «consumidores» a todos los receptores finales de la energía, sin mayores distinciones. Sin embargo, tal nominación no puede entenderse como calificación del suministrado como consumidor a los efectos cualificados de la normativa específica de consumidores y usuarios, que no será de aplicación a clientes no *consumidores*[64]. No solo parece razonable descartar que, en general, pretendan las normas sectoriales eléctricas ser *lex especialis* del TRLGDCU; sino que el propio texto —aun de forma confusa— se refiere también y de forma diferencial a «consumidor

y usuario» (en ocasiones de forma disociada en concepto de consumidor de la propia Ley 24/2013 —como ocurre en el artículo 6 de la misma—; pero también para reforzar en ocasiones los derechos del «consumidor-cliente» del sector, al que excepcionalmente sí se le equipara con el «consumidor» del TRLGDCU, como ocurre en el artículo 46.1.o de la misma Ley 24/2013, en una precisión que sería ociosa si no partiera de la diferencia entre ambas situaciones. Con todo, tal conclusión no es indiscutida en el ámbito tratado[65].

En segundo lugar, el suministro eléctrico parte, casi necesariamente y para la mayoría de posibles clientes, de una desigualdad negociadora originaria: por más que el mercado pretenda su liberalización, la mayoría de la oferta de suministro persiste concentrada en no demasiados oferentes[66], con un considerable poder de negociación e imposición de sus términos —a consumidores y profesionales—. Además, la demanda de la electricidad resulta extremadamente inelástica. Ello comporta que la capacidad de imposición del contenido contractual disponible sea mayúscula, incluso frente a la mayoría de contratantes no consumidores, lo que limita la premisa de la autonomía contractual como fuente —libre— de obligaciones entre las partes.

En tercer lugar, es además común —y por lo demás compartible— el desiderátum, muchas veces explícito, de extender al menos una parte del ámbito tuitivo de los consumidores a pequeños empresarios con reducido poder de negociación, sobre todo en cuanto al ámbito de la abusividad de las cláusulas no negociadas del contrato. Esta tendencia, efectivamente expresada de forma explícita en instrumentos y propuestas de modernización contractual nacionales[67] y europeas[68], no ha sido recogida aún por el legislador español.

Tales circunstancias se concretan aún más sobre contrato de suministro eléctrico cuando la Sentencia del Tribunal 624/2016, de 24 de octubre *[RJ* 2016, 4970], que ha venido a confirmar el régimen contractual tratado entre comercializador y cliente, acaso podría interpretarse como una sugerencia —*obiter dicta*— de la posibilidad de una suerte de control de contenidos, *ex* 1258[69], siendo el cliente un profesional: «(…) en relación con la interpretación e integración del contrato a tenor del principio de la buena fe contractual, especialmente con relación a lo dispuesto por el artículo 1258 y la proyección de la buena fe como fuente de integración del contrato, de forma que dicho principio no solo sanciona, entre otros extremos, todos aquellos comportamientos que en la ejecución del contrato resulten contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida respecto de lo acordado y la confianza que razonablemente derivó de dicho acuerdo».

En rigor, si bien podría parecer que amplía el ámbito del artículo 1258 del Código Civil más allá de su función integradora, al referirse a la *ejecución* del contrato y no a su contenido, no es sencillo encontrar verdaderamente la diferencia de tal *sanción* con la integración del deber correlativo. Sin embargo, no pasa de ser una mera mención, no relacionada, ni siquiera de forma indirec-

ta, con el contenido o sentido del fallo, que no menciona comportamiento de mala fe excluido. En todo caso, parece más bien un desarrollo más completo, pero concomitante con la función tradicional de integración del artículo 1258 del Código Civil, también desarrollado en los mismos términos en las SSTS 419/2015, de 20 de julio *[RJ* 2015, 4792]; o 254/2016, de 19 de abril *[RJ* 2016, 1686] —sin que parezca que se pretende extender la función del artículo 1258 a una suerte de control de contenidos abusivos, sino de actos o pretensiones de mala fe, contrarios a lo pactado—.

En consonancia con los presupuestos expuestos, se ha afirmado de forma actual y concreta tal control de contenidos abusivos, aun sobre profesionales, para el contrato de suministro eléctrico[70]. Sin embargo, reconociendo que el contenido esencial de control de la buena fe en el ámbito del contrato quedaría ciertamente referido a tal artículo 1258 del Código Civil —además del artículo 7 del Código Civil, más pobre en cuanto a su contenido como mandato normativo—; podría encontrarse en el mismo artículo 1258 del Código Civil un contenido diferencial[71]. Un contenido más limitado que el control expreso de la abusividad contenido en los artículos 82 y siguientes del TRLGDCU. De hecho, la interpretación persistente —y originaria— del artículo 1258 del Código Civil parece fundamentalmente dirigida a la integración de contenidos contractuales implícitos[72], antes que a la proscripción de otros pactados[73].

Puede imaginarse cómo la función tradicional de integración del artículo 1258 del Código Civil puede resultar en términos generales más limitada que los controles de contenidos abusivos establecidos en tutela de los consumidores: cuando se integra sobre una laguna, no es necesario suplir ninguna voluntad consentida, sino que se completa la misma sobre un equilibrio objetivo presunto, en hipótesis coincidente con la voluntad de las partes a tal respecto (no en vano, antes de acudir al artículo 1258 del Código Civil para integrar el contrato, parece razonable haber visitado los artículos 1281 y sigs. del Código Civil, por si de los mismos pudiera deducirse el contenido necesario para un contrato integrado[74]). No parece lo mismo únicamente integrar contendido añadido al consentido que variar un contrato perfeccionado, vaciándolo primero de un contenido pactado para integrarlo después con otro que represente un equilibrio mejor (lo que supondría dos momentos de intervención, no uno solo). Sí podría ser coincidente el control para toda obligación que, por la naturaleza del contrato, resultase indisponible —aunque fueran contenidos imperativos implícitos que hubieran de integrarse a través del artículo 1258 del Código Civil—; mas aun así podría parecer distinto un sistema que parte de lo dispositivo (a partir de la «cláusulas negras») de otro que encontraría su contenido en lo imperativo (hasta las «cláusulas negras»).

Esta limitación de los efectos posibles del artículo 1258 del Código Civil, se comparte —aunque no sin progresivos coqueteos en sentido contrario— por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo: si bien podría parecer que la

reciente STS 57/2017, de 30 de enero *[RJ* 2017, 371], insiste en la posibilidad de acabar reconociendo tal control para no consumidores, se expresa al respecto (en tendencia de creciente intimidad con la posibilidad tratada) como argumento no decisivo. Se trata de una mera declaración incidental desde la efectiva motivación del fallo, descartada sin necesidad de consideración jurídica por falta de la premisa fáctica —insuficiencia probatoria— (y, con ello, en rigor más allá de lo que habría de entenderse por «doctrina jurisprudencial» como complemento a las fuentes, *ex* art. 1 del Código Civil).

Afirma, además, de forma no del todo clara, que «(…) puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticiamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente». No parece claro que la abusividad de la segunda parte de la afirmación transcrita corresponda a lo que, en la primera parte, parece referirse a lo no consentido (fuera de «lo que había podido representarse como pactado»).

Alude asimismo la sentencia, como es tendencia también, a instrumentos de investigación de derecho contractual europeo, como los PECL —que, por lo demás, carecen de vigencia normativa alguna— para reforzar la anterior consideración. Además, antes de ofrecer estas consideraciones, sienta, respecto al control de *intransparencia abusiva,* pero precisamente por entenderlo como un *control de abusividad*, que «Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No corresponde a los tribunales la configuración de un *tertium genus* que no ha sido establecido legislativamente, pues no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores», afirmación que mal podría entenderse coherente si, acto seguido, se aceptara la misma posibilidad cegada a través de una reinterpretación del artículo 1258 del Código Civil.

Reitera por lo demás la sentencia los argumentos, en los mismos términos y con la misma eficacia —y mismo ponente, e idéntico voto particular—, de la STS 67/2016, de 3 de junio *[RJ* 2016, 2306]; en la que del desarrollo del voto particular se desprende el apoyo del mismo al control «cualificado» de *transparencia* —tal y como la entiende— para los no consumidores, si

bien lo disocia del control general de *abusividad*, como vertiente diferencial del mismo (pudiendo reconducirlo así en su especialidad a un control de *incorporación*). Se reitera dicha doctrina, en los mismos términos también —y mismo ponente—, en la SSTS 30/2017, de 18 de enero *[JUR* 2017, 20726], y 41/2017, de 20 de enero *[JUR* 2017, 20687]; recogiendo también todas las anteriores, de la STS 227/2015, de 30 de abril *[RJ* 2015, 2019], que «en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando este se ha obligado con base en cláusulas no negociadas individualmente».

No en vano, sin un cierto desarrollo legislativo o jurisprudencial, confiable y transparente en sus categorías, capaz de dotar de una mínima seguridad jurídica, un control de contenido fundado en la sola referencia genérica del general principio de la buena fe acaso podría exceder la función jurisdiccional y funcionar como acicate a una justicia de lo justo, a pesar de lo legal. Además, persisten elementos susceptibles de forzar el casuismo —y con él la arbitrariedad— mucho más allá del ámbito del consumo pues, a la forzosa heterogeneidad del empresario con poder de negociación limitado (frente al concepto necesariamente homogéneo de consumidor). Se añade el que, frente a la alternativa uniforme de la nulidad de la cláusula para consumidores, el artículo 1258 —frente a la inexistencia de efecto específico— podría llevar a una moderación o aproximación conforme a la buena fe (en realidad *equitativa*), fijando en cada caso el juzgador el equilibrio que no estime abusivo. De prescindir de toda precaución, sin ni siquiera una norma clara como fundamento, podría arriesgarse la función del contrato como elemento de cooperación y certeza, sacrificado en el altar justo de la buena fe[75]. En suma, la extensión del control de abusividad para no consumidores no ha alcanzado aún positivacion explícita, al menos si se evita una metamorfosis del artículo 1258 del Código Civil bajo la sola crisálida de la interpretación.

Además, también podría entenderse distinta, entre consumidores y no consumidores, el propio sentido y extensión de la buena fe objetiva[76], al margen de la legitimación concreta para su control. Existen normas específicas que delimitan el ámbito relevante de la buena fe en los contratos con los consumidores (así los arts. 4.1 de la Directiva 93/13 o el artículo 82.3 del TRLGDCU); pero tales normas responden —y crean, y consolidan— un específico concepto y contenido de buena fe en tales ámbitos. A día de hoy no solo no existe norma al respecto, sino que puede que no exista tal ámbito extendido de la buena fe. Puede que determinadas prácticas ventajistas que nunca se aceptarían para un consumidor, pudieran en cambio entenderse no necesariamente determinantes de la mala fe del empresario que se prevalezca de las mismas de forma habitual en el tráfico[77]. En última instancia, es el legislador quien mejor puede fijar, aun como

marco general, las concretas expresiones de la «conciencia social» proyectadas sobre el modelo de conducta esperable, más allá de las prohibiciones generales o específicas de todo contrato. No se trata de un imposible, de hecho ya ha ocurrido en otros ámbitos, como en cuanto al mandato general —de control de contenidos «abusivos», también frente a empresarios— del artículo 3 de la LCS[78]. Y probablemente el ámbito eléctrico comparta gran parte de la fundamentación que inspira tal precepto propio de la aseguración. Pero ni la mayor razonabilidad jurídica puede sustituir, en determinados casos, la —necesitada— actuación del legislador.

Con todo, esta discusión excede el ámbito tratado, con que debe bastar el apunte de que, en principio y con las advertencias y posibilidades apuntadas, cuando en el contrato de suministro participe un consumidor, efectivamente le serán de aplicación cuantas normas vigentes asistan a su tutela, y en especial las contenidas en el TRLGDCU. Si el contratante no fuese un consumidor, estaría privado de la tutela específicamente prevista para los mismos en cuanto a la exclusión de cláusulas abusivas[79]. No por ello tendrá que sufrir todo tipo de ilicitud abusiva, eventualmente proscrita por otros institutos jurídicos, como puede ocurrir en el ámbito de las condiciones generales de la contratación; de los vicios del consentimiento; o de proscripción de la usura, entre otros[80].

Ahora bien, que el contrato no se sometiera a un control específico de abusividad, no implica que el predisponente pueda desnaturalizar el contrato, imponiendo cláusulas contradictorias con el objeto o función real del contrato, obviando o evitando los elementos esenciales de este (que, por ello, quedarían —para algunos— en todo caso excluidos de un eventual control de abusividad). Así, si la comercializadora, actuando como tal, pretendiese cobrar un precio por el suministro de electricidad y, al tiempo, impusiera una cláusula en la que se excluyera la obligación de prestar tal suministro —evitando además obligarse a nada en un contrato sinalagmático—; no sería tanto lo abusivo de tal cláusula —o su nulidad— lo que obligaría al comercializador, sino la fuerza obligacional irreductible del contrato suscrito, de conformidad con su naturaleza y *tipo*, tal y como fue consentida por las partes[81]. No se limita a «abusar» quien compra y excluye su obligación de pago; sino que o bien no compró o, si lo hizo, deberá inevitablemente pagar lo comprado[82]. No es imperativo comprar, pero sí esencial —e indisponible— que para ese negocio exista un precio a cambio de la cosa comprada[83]. Lo mismo ocurría cuando a un arrendamiento «de vivienda» —que lo sea— se le nomine como de «no vivienda»: no se tratará de una cláusula o inciso abusivo de un contrato de arrendamiento de «no vivienda»; sino un contrato de arrendamiento «de vivienda» enteramente distinto —en cuanto a su calificación y tipo—. Por lo tanto, será esencial para la comercializadora que contrate el suministro eléctrico con un cliente, prestar suministro eléctrico al mismo.

VI. JURISPRUDENCIA

- STJUE, de 21 de marzo de 2013, asunto C-91-11
- STJUE, de 23 de octubre de 2014, asuntos acumulados C-359/11 y C-400/11

- STS de 27 de mayo de 1907
- STS de 24 de abril de 1909
- STS 106/2000, de 14 de febrero *[RJ* 2000, 1236]
- STS 1170/2002, de 11de diciembre *[RJ* 2002, 10737]
- STS, Sala Tercera, de 29 de junio de 2004 *[RJ* 2004, 6502]
- STS 395/2005, de 26 de mayo *[RJ* 2005, 6084]
- STS 726/2010, de 22 de noviembre *[RJ* 2011, 563]
- STS 382/2011, de 13 de junio *[RJ* 2011, 5719]
- STS 673/2013, de 31 de octubre *[RJ* 2013, 7259]
- STS 227/2015, de 30 de abril *[RJ* 2015, 2019]
- STS 419/2015, de 20 de julio *[RJ* 2015, 4792]
- STS 254/2016, de 19 de abril *[RJ* 2016, 1686]
- STS 67/2016, de 3 de junio *[RJ* 2016, 2306]
- STS 624/2016, de 24 de octubre *[RJ* 2016, 4970]
- STS 57/2017, de 30 de enero *[RJ* 2017, 371]
- STS 30/2017, de 18 de enero *[JUR* 2017, 20726]
- STS 41/2017, de 20 de enero *[JUR* 2017, 20687]

- SAP de Lérida 16/2000, de 21 de enero *[AC* 2000, 8]
- SAP de Madrid 149/2010, de 30 de marzo *[JUR* 2010, 205155]
- SAP de Cantabria 151/2000, de 31 de marzo *[AC* 2000, 4090]
- SAP de Madrid 176/2009, de 3 de abril *[JUR* 2009, 246929]
- SAP de Madrid 149/2010, de 30 de marzo *[JUR* 2010, 205155]
- SAP de Madrid 570/2010, 22 de noviembre *[JUR* 2011, 37110]
- SAP de Valencia 327/2011, de 8 de junio *[JUR* 2011, 326405]
- SAP de Madrid 126/2012 de 8 de marzo *[JUR* 2012, 128545]
- SAP de Barcelona 287/2013 de 27 de junio *[JUR* 2013, 338515]
- SAP de Vizcaya 72/2014 de 31 de marzo *[JUR* 2014, 184245]
- SAP de Lugo 382/2015, de 15 de octubre *[JUR* 2015, 289376]
- SAP de Cantabria 62/2016, de 8 de febrero *[JUR* 2016, 84550]
- SAP de Segovia 174/2016, de 7 de marzo *[JUR* 2016, 112591]
- SAP de Madrid 385/2016, de 27 de octubre *[JUR* 2016, 276280]
- SAP de Granada 246/2016, de 28 de octubre *[JUR* 2017, 5069]
- SAP de Asturias 358/2016, de 16 de noviembre *[JUR* 2017, 5124]
- SAP de Barcelona 593/2016, de 15 de diciembre *[JUR* 2017, 43566]
- SAP de Albacete 470/2016, de 29 de diciembre *[JUR* 2017, 20357]

- SAP de Albacete 471/2016, de 29 de diciembre *[AC* 2017, 92]
- SAP de Pontevedra 674/2016, de 29 de diciembre *[AC* 2017, 88]

VII. BIBLIOGRAFÍA

ATAZ LÓPEZ, J., GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., ANDRÉU MARTÍNEZ, M. B., GARCÍA PÉREZ, C.L., MACANÁS, G., PLANA ARNALDOS, M. C. (2016). Capítulo V. Título II. Libro Quinto, en *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, APDC coord., Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2016). Capítulo VII. Título II. Libro Quinto, en *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, APDC coord., Valencia: Tirant lo Blanch.

BENITO Y ENDARA, (1904). *Derecho Mercantil Español*, vol. 1, Valencia: Tip. Doménech.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2015). Artículo 3, *Comentario del TRLGDCULC* (Bercovitz coord.), 2.ª ed, Cizur Menor: Aranzadi.

CABELLO LÓPEZ, M. (2010). Las irregularidades en la ejecución del contrato de suministro de energía eléctrica, *Diario La Ley,* núm. 7320, Madrid: La Ley. Versión digital en http://diariolaley.laley.es.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2014). La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo, CESCO, núm. 11, Universidad de Castilla-La Mancha. http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/10/La-nueva-protecci%C3%B3n-del-consumidor-de-contenidos-digitales-tras-la-Ley-3-2014-de-27-de-marzo.pdf.

— (2016). Argumentaciones de los tribunales (y de la doctrina) para ampliar ambos controles a los contratos entre empresas (el marco jurisprudencial «heterodoxo»): construcciones extralimitadas, *Almacén de Derecho,* 27 de junio de 2016. http://almacendederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/

— (2016). El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015, *Indret*, núm. 3, Barcelona: Universidad Pompeu Fabra. http://www.indret.com/pdf/1242.pdf

CARNELUTTI, F. (1913). Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuiridici, *Rivista del Diritto commerciale*, Bolonia: Piccin.

CARRASCO PERERA, A. (2017). De nuevo sobre el «control de transparencia, y el control de contenido», en contratos celebrados entre no consumidores, *CESCO*, núm. 3, Universidad de Castilla-La Mancha. http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/03/De-nuevo-sobre-el-control-de-transparencia.pdf

— (2008). Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. Ámbito de aplicación y alcance de la refundición, *Aranzadi Civil*, núm. 1, Cizur Menor: Aranzadi.

— (2010). *Derecho de Contratos*, Cizur Menor: Aranzadi.

— (2016). *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*, Madrid: Civitas.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (2009). ¿Puede ser la electricidad «producto defectuoso»?, *Derecho de consumo: actas del Congreso Internacional sobre Derecho de Consumo*, (Canedo Arrillaga coord.), Valencia: Tirant lo Blanch.

DE CASTRO, F. (1967). *El Negocio jurídico,* Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

— (1982). Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor, *ADC,* vol. 35, núm. 4., Madrid: *BOE*.

DE FUENTES, E. (1934). Naturaleza físico-jurídica de la electricidad I, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año X, núm. 119, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

— (1934). Naturaleza físico-jurídica de la electricidad II, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año X, núm. 120, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

DÍEZ-PICAZO, L. (1956). Los llamados contratos forzosos, *ADC, IX,* 1, Madrid: BOE.

ENNECERUS-KIPP-WOLFF, (1935), *Tratado de Derecho civil*, T.II. v. II, Barcelona: Bosch.

— (1966). *Tratado de Derecho civil*, T. II, 2.º, v. I, Barcelona: Bosch.

ESTOA PÉREZ, A. (2014). La actividad de comercialización en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, *Revista Vasca de Administración Pública,* núm. 98, Gobierno vasco. https://www.euskadi.net/r61-s20001x/es/t59aWar/t59aMostrarFicheroServlet?t59aIdRevista=2&R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion=38&t59aContenido=4&t59aCorrelativo=1&t59aVersion=1&t59aNumEjemplar=98.

GARRORENA MORALES, A. (1980). *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GAZTAÑAGA E IBARRA, J. M. (1947). *El contrato de suministro de energía eléctrica*, Madrid.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1990). Comentario a la STS de 9 de noviembre de 1990, en *CCJC*, núm. 24, Madrid: Civitas.

— (2015). Artículo 81, *Comentario del TRLGDCULC*, (Bercovitz coord.), 2.ª ed, Cizur Menor: Aranzadi.

— (2015). Artículo 82, *Comentario del TRLGDCULC*, (Bercovitz coord.), 2.ª ed, Cizur Menor: Aranzadi.

LANDO, O., y BEALE, H. G., (eds.), (2000). *Principles of European Contract Law,* La Haya: Kluwer Law International.

MACANÁS, G. (2014). La facultad de desistimiento en los contratos de servicios, *Estudios sobre incumplimiento y resolución,* Cizur Menor: Aranzadi.

— (2015). El contrato de mediación», Madrid: Wolters-Kluwer.

— (2016). Capítulo VIII. Título VIII (Díaz Martínez, A.D., y Vaquero Pinto, M.J., coords). Libro Quinto, en *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, APDC coord., Valencia: Tirant lo Blanch.

MENDOZA LOSANA, A. I. (2013). Contratos de suministro de gas y electricidad, *Tratado de la compraventa*, (dir. Carrasco Perera), Cizur Menor: Aranzadi.

— (2014). Control de condiciones generales de la contratación en sectores regulados. En particular, la cláusula que permite la modificación unilateral de los precios, *CESCO*, núm. 3, Universidad de Castilla-La Mancha. http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/05/CONTROL-DE-CONDICIONES-GENERALES-DE-LA-CONTRATACI%C3%93N-EN-SECTORES-REGULADOS.pdf

— (2016). ¡No hay excusas! Los comercializadores de energía eléctrica deben indemnizar los daños ocasionados por la mala calidad del suministro, *CESCO*, noviembre

de 2016, Universidad de Castilla-La Mancha. http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/12/Los-comercializadores-de-energia-electrica-deben-indemnizar-los-da%C3%B1os.pdf

— (2016). Los comercializadores de energía eléctrica responden frente a los consumidores de la mala calidad del suministro, *Análisis GA&P*, noviembre de 2016. http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/los-comercializadores-de-energia-electrica-responden-frente-a-los-consumidores-de-la-mala-calidad-del-suministro.pdf

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., (2011), «Artículo 82», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores,* (dir. Cámara Lapuente), Madrid: Colex.

NEBREDA PÉREZ, J. M. (1999). *Distribución eléctrica*, Madrid: Civitas.

— (2008). Contratación del suministro eléctrico. Calidad y morosidad. Concurrencia de responsabilidad civil y administrativa, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 63, Madrid: La Ley.

PARRA LUCÁN, M. A., (2011), *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*. Madrid: Reus.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á., (1996). El contrato de energía eléctrica, *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, núms. 10-11, Madrid: UNED.

SOLÉ FELIU, J. (2015). Daños causados por alteraciones del fluido eléctrico y responsabilidad por productos defectuosos (arts. 128 a 146 TRLGDCU): la electricidad como producto defectuoso y la delimitación de los sujetos responsables, *CESCO*, núm. 14, Universidad de Castilla-La Mancha. https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/797/659.

TORAL LARA, E. (2001). Daños por interrupción del suministro eléctrico, *Práctica de Derecho de Daños,* núm. 90, Madrid: La Ley.

VAQUERO PINTO, M. J. (2005). *El arrendamiento de servicios*, Granada: Comares.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2016). Las reclamaciones de responsabilidad contractual por fallos en el suministro eléctrico ante las entidades comercializadoras. El criterio de protección del contratante débil en la sentencia de 24 de octubre de 2016, *Diario La Ley* 9375/2016, Madrid: La Ley. Versión digital en http://diariolaley.laley.es

VERDERA SERVER, R., (2011). Artículo 1190 del Código Civil, *Código Civil comentado*, (dir. De Pablo Contreras y Cañizares Laso), V. III, Madrid, Civitas.

VILLANUEVA LUPIÓN, C. (2009). *Los contratos de servicios*, Madrid: La Ley.

— (2016). Capítulo VII. Título VIII (Díaz Martínez, A.D., y Vaquero Pinto, M.J., coords). Libro Quinto, en *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, APDC coord., Valencia: Tirant lo Blanch.

VON BAR, C. y CLIVE, E. (eds.) (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Outline edition, Munich: Sellier.

NOTAS

[1] Mediante la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico —consecuencia del mandato establecido por la Directiva 96/92/CE de 19 de diciembre de 1996—, en un proceso que se ha ido desarrollando a lo largo de veinte años, hasta una compleción inalcanzada —y probablemente inalcanzable— en la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico.

[2] Además de simplificarse la enumeración presentada, que no pretende agotar funciones ni responsabilidades sino presentar el mapa de sujetos intervinientes, no se ha incluido en la

enumeración al *operador de mercado,* que gestiona el mercado diario de energía y desempeña una sociedad participada tanto por España como por Portugal, en el ámbito del Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica (MIBEL). Tampoco al *operador de sistemas* ni al *transportista*, encargados respectivamente de la coordinación general del sistema de producción y transporte y de las redes de transporte, en ambos casos asumido tal papel en la actualidad por Red Eléctrica de España, ampliamente regulada y con un 20% de su capital social participado por el Estado (SEPI).

[3] Se trata, de forma muy simplificada, de un mercado diario, organizado, de la electricidad. En él, los productores ofrecen la electricidad generada para cada uno de los periodos (horas) del día siguiente, en forma de subasta (aunque se complementa también con un mercado intradiario, menor que el anterior, para corregir los defectos de previsión). En la subasta, explicándolo con más alegoría que exactitud, la oferta de energía es creciente, empezando desde 0€ /MWh. Puede parecer extraño empezar en cero, pero hay dos motivos que lo justifican: de una parte, como se verá, el sistema general de la subasta corrige este punto de partida. De otra parte, puede pensarse que, por ejemplo, para una central nuclear sería más costoso «apagar» el sistema, y producir 0 MWh, que estar funcionando, por ello empezaría costando 0. Conforme más energía produjese, más costoso sería —incluyendo además el combustible usado, así como el resto de recursos empleados—, de forma que el precio iría creciendo (en realidad se agregarían todas las fuentes, no solo la nuclear añadiendo costes de cada una con sus peculiaridades). En cuanto a la demanda, empezaría al máximo, pues el primer MW producido, si solo existiese ese único MW, sería disputado y querido por todos. Sin embargo, conforme se oferte mayor cantidad de energía, menos valor tendría, puesto que puede o no necesitarse (colocarse); hasta que el comprador piense que la energía adquirida a partir de un punto será excedente, y por tanto no pagaría nada por ella. Pues bien, el punto en el que se cruce la oferta creciente y la demanda decreciente determinará el llamado precio base de casación, que determinará el precio total para toda la energía vendida para ese periodo (por lo tanto, no era tan relevante empezar en cero, puesto que el precio final será común, al margen de por cuánto comenzaran). Existen, claro, otras muchas variables, tanto relativas a las formas de producir la energía (renovables, nuclear, fósiles, etc.); como propias de un sistema mucho más complejo—y que también incluye otros elementos y peajes externos a la subasta, que influyen también en la determinación del equilibrio final de mercado—.

[4] Habida cuenta la necesidad vital de la energía eléctrica para la vida actual, el ámbito de protección es muy amplio. De conformidad con el artículo 5.3 del Real Decreto 216/2014, tal tutela se extiende a los «titulares de los puntos de suministro efectuados a tensiones no superiores a 1 kV y con potencia contratada menor o igual a 10 kW», entre los que cabría englobar, potencialmente, a la mayoría de consumidores —en sentido propio—.

[5] Sí podrían existir contratos forzosos de forma excepcional, como ocurre en la previsión del artículo 47 de la Ley 24/2013, según el cual, frente al incumplimiento de la comercializadora de determinados deberes, el Ministerio podrá imponer el traspaso de los clientes de tal comercializadora a otra de referencia, fijándose en tal acto además las condiciones de suministro de dichos clientes.

[6] En este sentido, «(…) los llamados contratos normados son efectivamente contratos. El fenómeno grave se produce cuando las relaciones jurídico privadas no se constituyen voluntariamente, cuando aparece la constitución forzosa, el contrato forzoso; cuando, con independencia de quién sea el que determine el contenido de la relación, el hecho es que esta no nace de un acto de las partes», DÍEZ-PICAZO, L. (1956), Los llamados contratos forzosos, *ADC*, 1, Madrid: BOE, 90.

[7] Así, por ejemplo, frente al deber de suscripción forzosa de seguro de responsabilidad civil para conductores de vehículos a motor como ejemplo de contrato forzoso en su forma de constitución, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del RDL 8/2004, pese a existir un deber inexistente en el ámbito eléctrico, acaso se trate de una constitución más libre, pues el contratante podría elegir legítimamente no conducir vehículo a motor alguno con mucha mayor facilidad de la que podría optarse por vivir sin electricidad (en cuanto a los parámetros

razonables de una vida digna y adecuada, coincidentes asimismo con la consideración social de tal fuente de energía frente a la utilidad más limitada del motor).

[8] Exponiendo las distintas posiciones respecto al llamado *contrato forzoso*, DÍEZ-PICAZO, si bien parece preferir la formulación teórica conforme a la que parece «disonante admitir la existencia de contratos dictados o impuestos», finalmente concluye que «existen en el mundo del Derecho privado nuevas formas de tráfico, nuevos actos de constitución forzosa de relaciones jurídicas, de los cuales nace una relación idéntica esencialmente a la que pueda originar un contrato. Varía solamente la fuente de producción: acto de creación voluntaria o acto de creación forzosa. La relación jurídica que de ellos mana y es consecuencia —la compraventa, arrendamiento, etc.— es en esencia la misma», (1956) *Los llamados contratos forzosos, op cit*., 101. Sin embargo, proyectar tal entendimiento sobre otros supuestos distintos de los propuestos por el autor podría resultar en una suerte de petición de principio, pues se asume una identidad que bien puede ser consecuencia —y no premisa— de la conclusión. De otro modo: si se concluyera que las relaciones jurídicas confrontadas no fuesen idénticas —salvo en su eventual resultado, que puede ser común además a distintas categorías jurídicas en general y contractuales en particular—, no se podría afirmar que se trata en ambos casos de un contrato. A salvo de supuestos específicos en los que la vertiente normada del contrato se integre de forma accesoria en el contrato, sin perjuicio de la voluntad y naturaleza de la relación negocial, no pocas de las bases comunes a obligaciones y contratos podrían verse afectadas por la constitución forzosa de la relación al margen de cualquier consentimiento originario —aunque fuera normado o hasta unilateral—. Sin ánimo de exhaustividad, poco sentido tendrían los vicios de la voluntad, o los defectos de forma negocial una vez generado legalmente el vínculo; tampoco parece que pudiese tener cabida ni la buena fe precontractual, ni que esta persistiera de forma ordinaria durante el contrato; no podrían utilizarse los criterios fundamentales de interpretación contractual; y hasta límites como el fraude de ley o el abuso de derecho serían seguramente inaptos para relaciones impuestas normativamente. Incluso, en cuanto a los remedios del incumplimiento, parece que, si se quisiese asumir un contrato forzoso sobre las partes, debería privarse a las mismas de poder deshacerse del mismo mediante la resolución de un incumplimiento que siempre podrían provocar, trasunto de un mutuo disenso imposibilitado asimismo por lo forzoso del contrato. Se trata, en fin, de que la regulación contractual presupone una estructura consensual y sinalagmática que, de no existir, en algunos casos dificultará la equiparación de un deber legal con la obligación derivada de un contrato.

[9] No en vano, en cuanto a la retribución mensual que el cliente final paga, incluye no solo la retribución pactada —que supone la menor parte de la factura— sino otros muchos conceptos, la mayoría regulados, que pueden suponer intereses directos del poder público en la relación contractual. Así, por ejemplo, en el peaje de acceso a terceros a la red (ACR), cuya repercusión puede suponer más de la mitad del precio final de cada cliente, se incluye además de los servicios y transporte de distribución de la energía —costes estructurales que si bien son individualmente necesarios incluyen sobrecostes generales derivados de las zonas geográficas económicamente menos rentables—, también otros conceptos como primas a las energías renovables, pago del déficit de tarifa, o compensación de los costes insulares, entre otros. Es decir, y de forma muy simplificada, además del coste contractual, también se paga en la misma relación el *coste social* del mercado eléctrico y, en ese ámbito, no es comercializador el empresario ni la contraparte.

[10] A tal respecto explica GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., que tal artículo 81.3 «Se refiere, por tanto, a toda relación por virtud de la cual la Administración, las empresas públicas o concesionarios de servicios públicos transmiten bienes o servicios a los particulares en régimen jurídico privado, en consonancia, por lo demás, con el artículo 4 TRLGDCU, que incluye en la definición de *empresario* a toda persona física o jurídica, *ya sea privada o pública*», (2015), Artículo 81, *Comentario del TRLGDCU*, 2.ª ed, Cizur Menor: Aranzadi, 1101. También, en cuanto el efecto tratado de la norma, CARRASCO PERERA, A. «cuando las Administraciones públicas competentes —que solo podrían ser las estatales, en buen Derecho— aprueben modelos de cláusulas tipo en contratos de prestadores de bienes o servicios

esenciales con consumidores (por ejemplo, en servicios de telecomunicaciones), estas cláusulas podrán ser combatidas en vía civil ordinariamente, sin tener que pasar previamente por una especie de recurso directo o indirecto contra reglamentos administrativos y sin que se absorba la competencia judicial correspondiente por la jurisdicción contencioso-administrativa», Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. Ámbito de aplicación y alcance de la refundición, *AC* 2008/I, 2224; donde «telecomunicaciones» puede ser un servicio análogo al referido al sector eléctrico tratado. Acaso esta posibilidad podría parecer descartada, de conformidad con la previsión general del artículo 1 de la Directiva 93/2013, a tenor de la STJUE de 23 de octubre de 2014, asuntos acumulados C-359/11 y C-400/11 (Sala Cuarta), en cuanto a la protección de los consumidores en el mercado interior de gas y electricidad, entendió que «(51) Pues bien, con arreglo al artículo 1 de la Directiva 93/13, las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de dicha Directiva (52). Dado que, en el presente asunto, el contenido de los contratos objeto de los litigios principales está determinado por las disposiciones reglamentarias alemanas de carácter imperativo, la Directiva 93/13 no es de aplicación»; pero nada impide que el ámbito de protección del artículo 80 de la Ley española tiene un mayor ámbito de aplicación, más tuitivo, que el artículo 1 de la Directiva.

[11] En este sentido, «casi cualquier reglamento que viniese a regular tal materia [contractual] vendría a ocupar un espacio ya ocupado por una regulación con rango de ley —o con su interpretación, que parte igualmente de la misma—, con que acabaría colisionando con esta si no tiene un llamamiento [legal] para un desarrollo expreso», MACANÁS, G. (2016), Las fuentes del Derecho, *Lecciones de Derecho civil*, Murcia: DM, 63. VERDERA SERVER, R., reconoce con acierto la posibilidad de que el reglamento sea fuente de obligaciones (o determine los hechos de los nazcan las obligaciones), (2011) «Artículo 1190 del Código Civil», *Código Civil comentado*, V. III, Madrid: Civitas, 41; lo que no empece a la necesidad de habilitación legal para desarrollar administrativamente el ámbito contractual de que se trate —y, aun así, podrían persistir problemas interpretativos si tal reglamento contraviniese otra ley—. En cuanto a la posibilidad de desarrollo autónomo, *praeter legem*, del reglamento, niega tal posibilidad GARRORENA MORALES, A., (1980) *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid: CEPC, 91 y sigs.

[12] A tal ámbito parece referir, principalmente, la libertad de ejercicio de la actividad de la comercializadora ESTOA PÉREZ, A., «La comercialización no es una actividad regulada, a diferencia de la distribución. Ello significa que la retribución de los comercializadores no se fija administrativamente, sino que resulta del libre ejercicio de su actividad», en La actividad de comercialización en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, (2014) *RVAP,* núm. 98, Instituto Vasco de Administración Pública, 144. Insiste en esa idea el mismo autor (para el *suministro de referencia*) al dar a entender que cabría imponer un modelo tipo de contrato de suministro: «(…) se considera necesario aprobar un modelo de contrato que regule las relaciones entre el comercializador de referencia y los consumidores (…)».

[13] Más aún: incluso en la propia determinación del precio, el artículo 46.1.g de la Ley 24/2013 impone «(…) realizar las facturaciones a sus consumidores de acuerdo a las condiciones de los contratos que hubiera formalizado *en los términos que se establezcan en las disposiciones reglamentarias de desarrollo de esta ley* (…)».

[14] Así lo entiende CABELLO LÓPEZ, M., «La posibilidad, al menos teórica, que tienen las partes contratantes de configurar libremente el contrato, caracteriza al suministro de energía eléctrica que hemos denominado «sin tarifa prefijada». Siendo así, resulta obvio que todas aquellas cuestiones que pudieran plantearse a lo largo del desarrollo del suministro, podrían haber sido previstas de antemano por los firmantes del contrato», Las irregularidades en la ejecución del contrato de suministro de energía eléctrica, (2010), *Diario La Ley,* núm. 7320, Madrid: Wolters Kluwer, 11.

[15] Acerca de la continuidad del suministro como contenido del contrato, por ejemplo, señala igualmente CABELLO LÓPEZ, M., que «(…) a salvo de las excepciones previstas (…) habrá que acudir al contrato para averiguar en qué casos es posible suspender el su-

ministro de electricidad», (2010), *op cit.,* 11. O, lo que es lo mismo, el artículo 50, en sus apartados 1 y 2, establecería de este modo contenidos imperativos que no pueden desplazarse contractualmente, incluso en beneficio del suministrador: así ocurriría con la posibilidad de suspender el suministro en los supuestos legalmente establecidos aun cuando, siguiendo este razonamiento, se hubiera negado tal facultad en el contrato—.

[16] Recoge VERDERA SERVER, R., la interpretación tradicional del precepto: «Los criterios que consagra el Código Civil son dos: que no cabe acudir al mecanismo presuntivo para entender que ha surgido esa obligación de origen legal; y que la previsión legal debe tener carácter expreso, lo cual afecta a la interpretación de esas previsiones legales», (2011), «Artículo 1190 del Código Civil», *op cit*., 41; si bien luego discute tal consenso tradicional, entendiendo que más bien que lo que el artículo «pretende es evitar que el intérprete se subrogue en el lugar del legislador, pero sin que ello impida o condicione cómo debe llevarse a cabo la interpretación de las normas».

[17] Al respecto de la norma, específicamente en cuanto a los contratos forzosos, entiende DÍEZ-PICAZO que «Su sentido no ofrece duda, no cabe la analogía, ni la interpretación extensiva. Solamente cuando se haya "establecido expresamente" puede existir un acto de imposición. Lo cual lleva a concluir: que la constitución forzosa tiene, en nuestro Derecho, carácter excepcional; que solo puede admitirse en los casos expresamente señalados por la ley; que, consiguientemente, no puede practicarse sobre ella una interpretación extensiva, sino que, por el contrario, debe ser tratada con un riguroso criterio restrictivo», (1956), Los llamados contratos forzosos*, op cit*., 116-117; si bien lo proyecta fundamentalmente en cuanto a la constitución de la relación obligatoria (lo que serviría de forma plena para los deberes impuestos al distribuidor frene al destinatario final), y no siempre para disposiciones normativas complementarias, accesorias, o basales de contratos voluntariamente establecidos.

[18] Advierte CARRASCO, con abundante referencia jurisprudencial, que «No es preciso que la validez del acto o contrato sea impuesta por la norma infringida, sino que deberá reputarse por vía de interpretación como la solución más adecuada (…) El resultado de esta doctrina ha sido, en la práctica, el de descalificar la relevancia civil de todo el Derecho sectorial de naturaleza administrativa, y admitir solo en contadas ocasiones que su infracción ha de ser relevante en la invalidez del contrato», (2010) *Derecho de Contratos,* Cizur Menor: Aranzadi*,* 727.

[19] Así lo interpreta también, respecto a la misma sentencia, MENDOZA LOSANA, A. I., «(…) El Alto Tribunal declara que la normativa liberalizadora del sector eléctrico no tiene como propósito regular las relaciones privadas derivadas del suministro», (2016), 12; o VÁZQUEZ DE CASTRO, «la aplicación de legislación sectorial se ha descartado por no responder a la finalidad de regular las relaciones contractuales o de responsabilidad (…)», (2016), 14.

[20] Así la SAP de Madrid 149/2010, de 30 de marzo *[JUR* 2010, 205155], parte de «(…) los Tribunales que consideran que la interrupción del suministro de energía eléctrica constituye un incumplimiento contractual» y, frente a la pretensión de aplicar las normas sectoriales como delimitadoras de la prestación comprometida, entiende que «se evidencia que dicha normativa no altera los principios generales de la responsabilidad contractual o extracontractual del Código Civil, que pueden exigirse a dichas entidades en cualquiera de dichas vías», si bien es cierto que dicha conclusión viene reconocida incluso por la propia norma del sector, menciona tal reconocimiento normativo la sentencia como argumento *a fortiori*, asumiendo que sería igualmente así.

[21] Fundamentaron la existencia de un contrato (entre cliente y distribuidor) en un mandato que entienden contiene los artículos 105 del Real Decreto 1955/2000 y 3 del Real Decreto 1435/2002, la SAP de Granada 246/2016, de 28 de octubre *[JUR* 2017, 5069]; SAP de Valencia 327/2011, de 8 de junio *[JUR* 2011, 326405]; o SSAP de Vizcaya 72/2014 de 31 de marzo *[JUR* 2014, 184245].

[22] Por el contrario, entiende NEBREDA PÉREZ, J., que «resulta patente que el conjunto obligacional derivado del contrato de suministro eléctrico, sea a tarifa integral o sea el referido

al de uso de red necesario para el suministro a precio libre, es de naturaleza mixta: *jurídico-privada* en lo que se refiere a las prestaciones interpartes y jurídico-administrativas en lo referente al conjunto obligacional sustantivo, a las obligaciones materiales regulatoriamente establecidas (…) *contrato normado* en el que prácticamente todo el conjunto obligacional viene predeterminado por la normativa administrativa, legal o reglamentaria (…), (2008), Contratación del suministro eléctrico. Calidad y morosidad. Concurrencia de responsabilidad civil y administrativa, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 63, Madrid: La Ley Grupo Wolters Kluwer, 4.

[23] Apunta esta posible dualidad TORAL LARA, E., si bien parece concretar que, una vez vinculado contractualmente con la «eléctrica», toda responsabilidad sería contractual, (2001), «Daños por interrupción del suministro eléctrico», en *Práctica de Derecho de Daños,* núm. 90, Madrid: La Ley Grupo Wolters Kluwer*,* 2 y 3.

[24] Parece entender, en cambio, generalmente concurrentes las responsabilidades contractuales y administrativas, al menos en los supuestos contractuales más intervenidos, NEBREDA PÉREZ, J., «En gran parte de los supuestos, el incumplimiento contractual devendrá en infracción reglamentaria y viceversa, apareciendo ambas responsabilidades frente al mismo agente, el operador del servicio de que se trate», en (2008), Contratación del suministro eléctrico…, *op cit*, 4.

[25] En un sentido aproximado, en cuanto a este extremo, para VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «(…) la función normativa de esta Ley no permite deducir consecuencias del régimen jurídico aplicable a las relaciones entre suministrado y suministrador», (2016), Las reclamaciones de responsabilidad contractual por fallos en el suministro eléctrico ante las entidades comercializadoras. El criterio de protección del contratante débil en la Sentencia de 24 de octubre de 2016, *La Ley*, núm. 9375, Madrid: Wolters Kluwer, 3.

[26] Especialmente relevante podría ser esta base —no tanto del negocio como de la situación jurídica preexistente— en el ámbito de las relaciones de consumo, por cuanto podría funcionar como base de referencia que determinara un criterio posible de abusividad *ex* artículo 82 TRLGDCU, en el sentido —no absoluto— de «marco normativo de referencia» al que se refiere GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., como «el carácter ejemplar de la norma dispositiva que, junto a las demás fuentes de integración del contrato, proporciona el trasfondo con el que ha de medirse la cláusula no negociada», (2015), Artículo 82, *Comentario del Texto Refundido…, op. cit*., 1114.

[27] En lo referido a los servicios, pues aunque suministro sea la categoría atípica, no es la carente de regulación. El suministro supone una suerte de compraventa con especialidades, bajo un concepto contractual centenario (ya definía, poco después de terminado de codificar el derecho privado, BENITO Y ENDARA como «una operación de compraventa de cosas muebles, en la que una de las partes se obliga a entregar a la otra, con intervalos de tiempo convenidos, una determinada cantidad de ellas mediante un precio que puede fijarse con relación a la totalidad de la entrega o con relación a determinadas unidades», en (1904), *Derecho Mercantil Español*, Madrid, 581. En cambio, el contrato de servicios es una categoría mucho más nueva, referida en general a cuantas obligaciones consistan en prestaciones de hacer, renacida ahora doctrinalmente tras el duelo que supuso la escisión del derecho laboral, pero aún huérfana de un mínimo desarrollo legislativo que le permita desarrollar adecuadamente su función. Al respecto *vid*. VAQUERO PINTO, M. J., (2005), *El arrendamiento de servicios*, Granada: Comares; o VILLANUEVA LUPIÓN, C., (2009), *Los contratos de servicios*, Madrid: La Ley; entre otros.

[28] En contra, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: «Por tanto, la electricidad no es "cosa", sino un "estado" especial de condensación de una onda energética que entraña movimiento o vibración de onda energética en los electrones de un hilo conductor, sin que quepa, por ser de consumo inmediato, ser aislada y recogida para su almacenamiento. Cuando se suministra corriente eléctrica lo que en realidad se está proporcionando es una capacidad de realizar trabajo», (1996), El contrato de suministro…, *op. cit*., 171.

[29] No se trata necesariamente de servicios directos, en los que se persigue el efecto concreto del trabajo realizado por el prestador, sino de la continua puesta a disposición de

unos efectos más difusos, indirectos de la acción contemporánea del prestador. Así, de forma análoga —también en cuanto a la consideración de objetos refractarios a la consideración clásica de las «cosas»—, la PCC, que «entiende por servicios de comunicaciones electrónicas las prestaciones consistentes total o principalmente en la *transmisión de señales mediante las redes de comunicación electrónica*, con independencia de los contenidos transmitidos o de las actividades que consistan en el control editorial sobre los mismos», artículo 587-1.2, como parte del Título VIII, «De los contratos de servicios». Siendo diferentes las prestaciones, no parece tan distinta la conceptualización y categorización de las mismas. Se refuerza la analogía además al referirse a la obligación principal del prestador en el artículo 587-9.1 como «proporcionar el acceso a la red pública de comunicaciones para la transmisión de señales, conforme a las características de la prestación de los servicios contratados, en las condiciones de continuidad, regularidad, velocidad, volumen y seguridad previstas en el contrato (…)».

[30] No fue Ennecerus el primero en plantear la cuestión, pero sí es especialmente significativo el cambio de criterio sostenido en su tratado a lo largo de los años. Se afirmaba primero, terminante y claro, que «el contrato que versa solamente sobre el suministro de energía eléctrica no es contrato de obra porque no se promete un resultado, ni de servicios porque no se promete una prestación de trabajo, ni de arrendamiento porque no se concede el uso de una cosa y porque lo que realmente se suministra es consumido, ni compraventa porque la electricidad no es una cosa. El contrato no encaja en ninguno de los tipos regulados por el Código Civil, pero habrá de tratarse principalmente por analogía de la compraventa», (1935 —1933 original en Alemania—), *Tratado de Derecho civil,* t. II. v. II, Barcelona: Bosch, 274. Sin embargo, un cuarto de siglo más tarde, en la edición revisada por LEHMANN, H., no se plantea la cuestión con la misma asertividad sino que, al contrario, se plantea que «Muy discutida es en cambio la naturaleza jurídica del contrato sobre suministro de energía eléctrica (…)». Y, aunque el texto se muestra dubitativo, calificando en principio el contrato como de obra, tal y como él describe la prestación típica, se corrige luego a sí mismo, pero no por un motivo especialmente técnico, sino porque «según la concepción natural, el objeto del contrato parece ser el producto del trabajo, la energía a suministrar, que el tráfico considera como una mercancía. Esto no implica la inmediata aplicación de las reglas de la compraventa, ya que la energía eléctrica no es una cosa, pero sí abona su uso por analogía (…) Contrato de servicios no puede serlo, ya que no se promete una prestación de trabajo como tal; arrendamiento tampoco, ya que no se procura el uso». En (1966 —1958) original en Alemania—), *Tratado de Derecho civil,* t. II, 2.º, vol. 1, Barcelona: Bosch, 510. Todo ello, además, limitado por un concepto de «cosa mueble» que, bajo el criterio residual omnicomprensivo del Derecho español, no sería aquí aplicable.

[31] Ya en 1934, DE FUENTES, E., concluía que «El suministro de energía eléctrica es locación de servicios. En este contrato concurre, según queda indicado, el elemento esencial propio de la locación: la prestación de un servicio o trabajo técnico como objeto del contrato», (1934), Naturaleza físico-jurídica de la electricidad II, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año X, núm. 120, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 925 (con la primera parte del artículo en el número anterior de la misma revista, el mismo año). En su contra, defendió GAZTAÑAGA E IBARRA, J. M., que «podemos calificar a este contrato como compraventa genérica sucesiva a la que hemos dado en denominar contrato de suministro (…) un empresario produce una determinada cantidad de energía; un consumidor adquiere el derecho de dominio sobre parte de dicha cantidad de energía; una entrega o tradición continuada o sucesiva de cosa mueble; un precio a satisfacer por la misma», 103, si bien reconoce también que «(…) participará también del de arrendamiento de servicios en lo que hace referencia a la prestación de los trabajos y servicios necesarios para el cumplimiento de la primera obligación de realización y mantenimiento de un servicio permanente de producción y distribución de energía para utilidad del contratante (…)», 108, (1947), *El contrato de suministro de energía eléctrica*, Madrid.

[32] Frente a la inclusión del suministro bajo el tipo de la compraventa, que niega, concluye SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á. (1996) que «el suministro de energía eléctrica encaja en esta categoría de locación de servicios (…) A disposición del locatario no se pone una cosa, sino

el aprovechamiento del efecto de la energía eléctrica», en El contrato de energía eléctrica, *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, núms. 10-11, 181. También NEBREDA PÉREZ, J. M., expresa que «Si bien la energía eléctrica ha sido declarada producto, lo que puede ser discutible, sin duda es aceptable hablar de "servicio" eléctrico cuando nos referimos al conjunto de actividades necesarias para la satisfactoria prestación del suministro eléctrico», (1999), *Distribución eléctrica*, Madrid: Civitas, 503-504.

[33] No se trata de que la doctrina de hace más de cien años careciera de tino y precisión en este ámbito, pues ya planteaba todos los problemas señalados en 1913 CARNELUTTI, tanto la calificación contractual de la prestación «(…) al *dare* si accoppia il *fare* (…) avremo locazione d'opera nel primo caso, e vendita nel secondo» 355, 368; como el plantemiento de la discusión conceptual de que se trate de una «cosa» en sentido estricto, señalando las conclusiones —que no comparte— de quienes entendían que «L'elettricità è una *forza*, dunque non è una cosa. Oppure l'elettricità è uno *stato;* e lo stato non è la cosa» 356; así como la adecuada respuesta que excluye la necesidad de una premisa físico, científica, como determinante de las categorías jurídicas «A un giurista invece, preme questo solo; non ciò che l'acqua sia, ma *como sia oggetto del godimento degli uomini*; l'indagine giuridica riguarda sempre non la natura della cosa in sè, ma il suo comportamente di fronte allùomo, como base di relazioni fra gli uomini» 358-359, en «Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuiridici», en *Rivista del Diritto commerciale*. Con todo, y sin merma del planteamiento o conclusiones del autor, es razonable pensar que la mayoría de operadores jurídicos, por debajo de la alta doctrina, acaso mantuviesen —como se mantiene de hecho en la actualidad— una idea mucho más directa de la electricidad como si de un *fluido* se tratase (término que incluye gases y líquidos, pero ajeno a cualquiera de los aspectos de lo eléctrico). No en vano el propio CARNELUTTI acaba argumentando también sobre conclusiones del ámbito penal, cuya concepción material del «fluido eléctrico» difieran de la argumentación razonable de «cosificar» todo objeto de utilidad jurídico-económica.

[34] De forma análoga, tratando el concepto de «suministro de contenidos digitales», explica CÁMARA LAPUENTE, S., que «El artículo 2.10 PDCDig. define el «suministro» como el hecho de «*facilitar el acceso*» o «*poner a disposición*» los contenidos digitales. De esta forma, la propuesta de Directiva crea una categoría contractual genérica para evitar entrar en distinciones sobre tipos contractuales distintos en función de si el contenido digital se «entrega» (descarga, transmisión en soporte material), se «pone a disposición» (con o sin autonomía *off-line* del usuario) o se «facilita el acceso»; de acuerdo con las categorías contractuales al uso en los Estados miembros, en función de la forma de procurar la prestación, el contrato podría ser calificado fundamentalmente como compraventa, como servicio o como arrendamiento (…)», (2016), «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *Indret*, núm. 3, Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.

[35] Así parece haberlo asumido, de forma más o menos expresa, la STS 624/2016, de 24 de octubre *[RJ* 2016, 4970]. También las SAP de Lugo 382/2015 *[JUR* 2015, 289376]; la SAP de Barcelona 287/2013 de 27 de junio *[JUR* 2013, 338515]; o la SAP de Madrid 126/2012 de 8 de marzo *[JUR* 2012, 128545]; entre otras muchas.

[36] La Ley 24/2013 define precisamente a *los comercializadores,* en su artículo 6.f, como «(…) aquellas sociedades (…) que, accediendo a las redes de transporte o distribución, adquieren energía para su *venta* (…)»; define el mercado de producción de energía eléctrica, en el artículo 8.1 como «(…) el integrado por el conjunto de transacciones comerciales de compra y venta de energía y otros servicios relacionados con el suministro de energía eléctrica»; y en otras tantas disposiciones —hasta utilizar el término «venta» en treinta ocasiones a lo largo del articulado de la Ley—. Más específico aún puede resultar que intente establecer el momento en el que se produce «la transmisión de la propiedad de la energía» en su artículo 8.4, como si se tratase de la consumación de una compraventa. Sin embargo, acaso la Ley no se preocupe tanto por plantearse —ni resolver— cuestiones de calificación contractual como de señalar la distribución de riesgos asumidos por las partes, así como una referencia

objetiva para el cumplimiento. No en vano, por mucho que la Ley diga y aun aceptando considerar la disponibilidad eléctrica como cosa mueble, la *propiedad* —y transmisión— de la misma, dada la propia naturaleza del objeto tratado, y su instantánea consunción, supone una cuestión aparte.

[37] La misma Ley 24/2013 utiliza el término «consumidor» en más de cien ocasiones, sin que en casi ningún caso se pueda identificar con el concepto general asumido de «consumidor» en el ámbito del TRLGDCU. Peor aún: en ocasiones se mezcla en el mismo artículo el doble uso del mismo término. Así, el artículo 6 de la Ley 24/2013 incluye referencias tanto a «consumidores y usuarios» (en el sentido general) como a «consumidores» (como destinatarios de la energía eléctrica) y «consumidores directos en mercado», como una cualificación de los anteriores.

[38] No en vano la Directiva 85/374/CEE estableció de forma específica que se entendiese a la electricidad como producto —asumiendo que de otra forma podría no comprenderse como tal—. Del mismo modo el artículo 136 del TRLGDCU dispone que «A los efectos de este capítulo se considera producto cualquier bien mueble, aún cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad», de donde cabría inferir que no hay certeza —de ahí la necesidad de especificarlo— que el gas o la electricidad sean bienes muebles. En todo caso, y anticipando la posible calificación con elementos de distintos contratos, no siempre tienen por qué ser productos y servicios categorías antitéticas (así entiende DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., que «la frontera entre "productos" y "servicios" no es siempre nítida», si bien parece preferir distinguir entre hipótesis con las que poder distribuir el defecto al producto o bien al servicio, en ¿Puede ser la electricidad «producto defectuoso?, (2006), *Práctica de daños,* núm. 44, Madrid: La Ley Grupo Wolters Kluwer, 3). La distinción, actual, *ex lege*, supone una opción legislativa, no una calificación deducida, y no empece a otras consideraciones del suministro como servicio sino a los únicos efectos de aplicar el régimen específico que se prevé para productos defectuosos.

[39] Entendiendo en muchos casos —con criterios que responden, empero, a fundamentos y fines diferentes a la calificación del contrato entre comercializador y cliente— que se trataba de la prestación de un servicio. Así la —escueta— SAP de Tarragona de 30 de abril de 2002. *JUR* 2002, 185670 establecía, sin demasiada justificación, que «en el presente caso no nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad civil por producto defectuoso, sino por prestación del servicio, concretamente del suministro de energía eléctrica». También lo califica como servicio la SAP de Cantabria 151/2000 de 31 de marzo. *AC* 2000, 4090; o la SAP de Lérida 16/2000 de 21 de enero. *AC* 2000, 8 (que, si bien lo trata en ocasiones como bien o servicio de forma indistinta, acaba calificándolo como servicio —a efectos del art. 28 de la Ley 26/1984—).

[40] Al respecto, MACANÁS, G. (2014), La facultad de desistimiento en los contratos de servicios, *Estudios sobre incumplimiento y resolución,* Cizur Menor: Aranzadi, 229-232. Distintos a la denuncia serán los supuestos en los que, antes de la prórroga contractual, o en ocasiones como fruto de una modificación de las condiciones legítima —si fuera tal el caso—, pudiera decidirse la no renovación o el mutuo disenso del contrato (al respecto STJUE, de 21 de marzo de 1013, asunto c-91-11, comentada por MENDOZA LOSANA, A. I. (2014), «Control de condiciones generales de la contratación en sectores regulados. En particular, la cláusula que permite la modificación unilateral de los precios», *CESCO*, núm. 3, Universidad Castilla-La Mancha).

[41] Sobre ello, en profundidad, MACANÁS, G. (2014), La facultad de desistimiento…, *op. cit.,* 213-287. Cierto que debería el cliente indemnizar la utilidad que el comercializador habría de perder con la terminación anticipada pero, atendiendo al deber del comercializador de mitigar el daño, conjugado con las especiales formas de adquisición mayorista de la energía, y la amplitud casi universal del mercado, dichas pérdidas apenas serían testimonio de eventuales costes de transacción que, bajo el tráfico en masa, tenderían a desaparecer (a salvo de eventuales actuaciones que en su caso hubiera que practicar sobre la red pública o privada en atención al desistimiento ejercido).

[42] En coherencia con tal presupuesto, la indicación reglamentaria del artículo 110 *ter*. C), Real Decreto 2000, 1955, prevé al respecto que «En contratos suscritos en el mercado libre se incluirá además, sin perjuicio de lo establecido en la normativa general sobre contratación, lo siguiente: 1.º Las posibles, penalizaciones en caso de rescisión anticipada del contrato de duración determinada por voluntad del consumidor (…)», lo que no puede entenderse como una facultad sancionatoria normativamente reconocida al prestador del suministro, sino el deber reglamentariamente reforzado de explicitar las penas que en su caso se pacten —o se incluyan en las condiciones no negociadas—; reconociendo indirectamente como premisa la desestabilidad del cliente (sin perjuicio de que dichas penas puedan o no ser abusivas —cuando se trate de clientes consumidores—; ni de que en defecto de las mismas siga cabiendo la indemnización prevista por el art. 1594 del Código Civil).

[43] De forma parecida, en relación a la Directiva 2011/83/UE, CÁMARA LAPUENTE, S., concluye que, efectivamente, el suministro eléctrico (además del resto de objetos contractuales relatados vinculados en la misma categoría por la Directiva) supone, entre compraventa y servicios, un *tertium genus*. Y, respecto a tal configuración, impulsada por un *enfoque funcional* (que comparte alguno de los motivos propuestos, pero añade otros, como los relativos a la armonización), entiende que «Aunque esa decisión puede ser sometida a crítica, ciertamente el enfoque funcional soluciona buena parte de los problemas concretos que plantean estos contratos y evita clasificaciones legales que en algún caso podrían producir disfunciones», (2014), La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo, *CESCO*, núm. 11, Universidad Castilla-La Mancha, 94.

[44] Aclara NEBREDA PÉREZ, J. M., que «(…) el suministro eléctrico, segunda fase del proceso industrial, se compone de dos elementos, red eléctrica y *producto* electricidad (…) la calidad del suministro eléctrico no está en el producto incorporal, en la electricidad, sino en la red», (2008), Contratación del suministro eléctrico. Calidad y morosidad. Concurrencia de responsabilidad civil y administrativa, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 63, Madrid: La Ley Grupo Wolters Kluwer, 2.

[45] Sigue tal criterio VÁZQUEZ DE CASTRO, (2016), «(…) se debe considerar que entran dentro de las obligaciones del vendedor las contempladas en el artículo 1461 y, en este sentido, el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta. La obligación recogida en el artículo 1462 para el vendedor resulta desarrollada por el artículo 11.4 de la Ley 54/1997», 8 (siendo tal precepto idéntico al 8.4 de la Ley 24/2013, en vigor).

[46] Sobre esta distribución de riesgos MENDOZA LOSANA, A. I., «Hay además otra razón que lleva a pensar que el propio legislador sectorial ha querido que fuese el comercializador quien responda ante el consumidor, independientemente de la acción de regreso frente al distribuidor. Así, en caso de interrupción del suministro o deficiencias de calidad (…) aunque el responsable de la interrupción sea el distribuidor, el regulador hace recaer en el comercializador la responsabilidad frente al consumidor porque es él quien mantiene la relación contractual con el comercializador» (2016), ¡No hay excusas! Los comercializadores de energía eléctrica deben indemnizar los daños ocasionados por la mala calidad del suministro, *CESCO*, Universidad Castilla La Mancha, 12; aunque quizá sería posible discutir que la norma distribuya tal responsabilidad contractual —en el artículo 51.5 L 24/2013—; y no se trate de una distribución *ex lege* de costes y riesgos que, en algunos casos —ciertamente mayoritarios—, puede absorber el contrato. Máxime cuando lo hace a través de la invocación a un desarrollo reglamentario (cuyo destinatario incluso podría discutirse en su literalidad —que no en su desarrollo—).

[47] El incumplimiento causado por actos u omisiones del distribuidor, empero, no puede tratarse de ordinario como un caso fortuito pues supone la propia base prevista y asumida del riesgo negocial para el comercializador. Así lo entiende también la STS 624/2016, de 24 de octubre, *[RJ* 2016, 4970]: «[no] puede concebirse como caso fortuito exonerador de responsabilidad un suceso que cae dentro de la esfera de control de riesgo a cargo del deudor, y al que es ajeno el cliente o consumidor»; o la SAP de Cantabria 62/2016, de 8 de febrero *[JUR* 2016, 84550]: «(…) ello es consustancial a la decisión de introducirse en un mercado,

el de comercialización, que contempla como normales esas vicisitudes, puede afirmarse que forma parte del riesgo natural de la comercializadora la contingencia de que, ante el cliente, se produzcan incumplimientos cuya causa proceda de otros previos imputables a la distribuidora». También para MENDOZA LOSANA, A. I., «el incorrecto cumplimiento por parte del distribuidor de las obligaciones que, legal o contractualmente, le incumben podrá justificar la imposición de una sanción administrativa o la exigencia de responsabilidad contractual por el comercializador, pero no actuará como causa de exoneración de responsabilidad del comercializador frente al consumidor», (2013), Contratos de suministro de gas y electricidad, en *Tratado de la compraventa*, Carrasco dir., Cizur Menor: Aranzadi, 778.

[48] También para CABELLO LÓPEZ, M., aunque lo fundamente principalmente en la reglamentación sectorial, «Ante la falta de continuidad en el suministro (…) nos encontramos en nuestra opinión en presencia de un incumplimiento contractual, ya que estas exigencias obligatorias para la empresa suministradora tienen valor o efecto de cláusula contractual para la contraparte, esto es, para el usuario. En este sentido, si aplicamos analógicamente el artículo 329 CCom, dos serán las posibilidades que tendrá el usuario de electricidad perjudicado frente a la empresa distribuidora [indemnización y *rescisión*]. En ambos casos, con indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado», Las irregularidades…, (2010), *op. cit.,* 7. Explica la autora la referencia al artículo 329 CCom por cuando está «partiendo del carácter netamente mercantil de este contrato» (nota 27). Sin embargo, y al margen de que se trate o no de un negocio mercantil, es difícil compartir la referencia a las normas específicas de compraventa mercantil regulada en el Ccom, que más que referirse a una *compraventa profesional,* tiende a limitarse a supuestos de compra para reventa, lo que parece difícil para el cliente que utiliza —y consume— la energía *comprada* (y antijurídico para el cliente que pretendiera actuar él mismo como comercializador de forma independiente a los requisitos reglados establecidos).

[49] «La continuidad de la entrega de energía eléctrica, entendida como ausencia de interrupciones, adquiere la cualidad de obligación esencial y tiene su reflejo en la estructura de precios, que incluyen la disponibilidad del suministro», MENDOZA LOSANA, A. I., (2013), Contratos de suministro…, *op. cit.,* 780.

[50] Suele entenderse que el defecto de calidad viene dado, sobre todo, por supuestos de sobretensión, susceptibles de dañar los aparatos que en ese momento estuviesen utilizando la potencia de la red. Sin embargo, como bien apunta NEBREDA PÉREZ, J. M., «cuando la electricidad adolece de una *bajada de tensión* su transformación en energía terciaria la hará ineficaz para cumplir con su función y la luz será más tenue, los motores se moverán a menor revolución, etc. Con lo que se producirá, realmente, un incumplimiento contractual, pero sin producir daños directos sino perjuicios por la frustración (…)», (2008), Contratación del suministro…, *op. cit.*

[51] Parece entenderlo en cambio NEBREDA PÉREZ, J. M., más bien como un máximo, en cuento a que «Desde la perspectiva civil (…) si no se franquean los umbrales de calidad establecidos [por la normativa sectorial] aunque existan fallos en el suministro, no se producirá incumplimiento contractual ni, consecuentemente, responsabilidad contractual ni, por tanto, derecho indemnizatorio alguno», (2008), Contratación del suministro…, *op. cit,* 11-12.

[52] «En particular, de acuerdo con los artículos 19 y siguientes, y 99 y siguientes Real Decreto 2000, 1955, el consumidor tiene derecho a recibir un suministro continuado de la energía eléctrica, libre de interrupciones. También significa que el producto suministrado debe ser de calidad (…) debe cumplir las condiciones de frecuencia y tensión en régimen permanente, sin que las variaciones de tensión puedan superar los márgenes establecidos por las disposiciones técnicas aplicables (…)», SOLÉ FELIU, E., (2015), *op. cit.* 87.

[53] De hecho marginal, apenas defendido de forma directa por las SSAP de Madrid 176/2009, de 3 de abril *[JUR* 2009, 246929]; y 570/2010, 22 de noviembre *[JUR* 2011, 37110]. Indirectamente sí hay alguna sentencia más que podría indicarlo, pero la relación entre comercializador y cliente no es el objeto del pleito, sino la relación entre distribuidor y cliente —y de lo que se trata es de evitar la prescripción extracontractual de un año—. En

este último sentido la SAP de Granada 246/2016, de 28 de octubre *[JUR* 2017, 5069]; SAP de Valencia 327/2011, de 8 de junio *[JUR* 2011, 326405]; o SSAP de Vizcaya 72/2014 de 31 de marzo *[JUR* 2014, 184245].

[54] Tratando con precisión al fenómeno completo entre *producción* y utilización final de la electricidad (no del negocio jurídico), señala NEBREDA PÉREZ, J. M., que «la electricidad es *potencia*, capacidad de trabajo que se contiene en una gran malla, en una gran red. De esta *red cargada*, de esta *red en tensión*, los usuarios tomarán potencia para transformarla en otros tipos de energías terciarias (calorífica, motriz, lumínica, etc.) y para ello, tendrán que convenir con el productor, mediando habitualmente un intermediario, para que inyecte en la red tanta potencia y durante tanto tiempo cuanta vaya a tomar en el mismo tiempo el usuario (…)», (2008), l Contratación del suministro eléctrico…, *op. cit*., 2.

[55] Prestando garantía suficiente para dar cobertura a las obligaciones económicas que se pudieran derivar de su actuación, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.b del Real Decreto 1997, 2019, además de cumplir el resto de exigencias previstas en los artículos 76 y 78 del Real Decreto 2000, 1955 (fundamentalmente: ser persona física o jurídica; que los centros o unidades que constituyan la instalación estén unidos por líneas eléctricas propias; que la energía eléctrica se destine a su propio uso; y comunicar el inicio de la actividad al ente administrativo competente).

[56] En contra de este planteamiento residual de la mediación, y de casi todo lo expuesto en cuanto a la relación contractual y obligaciones del comercializador, la SAP de Granada 246/2016, de 28 de octubre *[JUR* 2017, 5069], entiende que «De lo expuesto, se desprende que la relación establecida entre el distribuidor de energía eléctrica y el destinatario final es de naturaleza contractual, aunque la contratación se haya efectuado a través de un comercializador, pues este actúa como mandatario o sustituto del consumidor, según la propia dicción legal», haciendo referencia en este último inciso al artículo 3 del Real Decreto 2002, 1435, que luego se comentará.

[57] El contenido exacto del contrato resulta necesariamente incierto toda vez que, además de contrato atípico parte de una categoría —de servicios— sin regulación. No existe un derecho positivo directo que de certeza al respecto. De la —voluble en este ámbito— doctrina jurisprudencial podría afirmarse un contenido esencial de la prestación del mediador que, en síntesis, además de actuar diligentemente en cuanto a la prestación característica del contrato, mantendrá también deberes de información y secreto; así como la carga de rendir cuentas o el deber de imparcialidad. Ver MACANÁS, G., «El contrato de mediación», (2015), *op cit*, 299-302. Con todo, y frente la atipicidad absoluta, podría ser de utilidad referirse también a modelos contractuales proyectados como el contenido en la PCC, artículos 588-1 a 588-5.

[58] Esta prestación podría ser especialmente útil para el cliente en un sector en el que la información no es siempre enteramente comprensible, con una oferta no especialmente diferenciada, y, en fin, con amplias posibilidades de concretar intereses y necesidades específicas para ofertas más específicas —si bien esto último sería posible, únicamente, para determinados destinatarios con un cierto poder de negociación, aun a través del mediador. En cuanto al esencial deber de imparcialidad del mediador, implicaría que la comercializadora no podría estar más vinculada ni actuar en provecho de una de las partes —aunque nada impediría el apoderamiento, bajo instrucciones concretas de una o sendas partes—, ver MACANÁS, G., (2015), El contrato de mediación, Madrid: Wolters-Kluwer, 155-160.

[59] Entiende MENDOZA LOSANA, A. I., que «(…) aplicando la terminología civil habría que hablar en un caso de representación directa, en la que el comercializador hace constar su condición de representante (art. 3.2 Real Decreto 2002, 1435) y de representación indirecta en el caso de la sustitución (art. 3.3. Real Decreto 2002, 1435), pues el comercializador actúa en su propio nombre con efectos para otro», (2016), Los comercializadores de energía eléctrica responden frente a los consumidores de la mala calidad del suministro, *Análisis GA&P*, Madrid: Gómez Acebo y Pombo, 5. Sin embargo, podría ser discutible que en este último caso se tratara de un supuesto de representación indirecta, ya que tal precepto exige, aun cuando habla de «sustitución», que «el comercializador deberá disponer de poder

suficiente otorgado por el consumidor a favor del comercializador», de donde cabe pensar que el comercializador no actúa realmente en propio nombre. De hecho, el propio 3.3 Real Decreto 1435/2002, explicita que la posición del comercializador no será la propia —como si interviniese en el negocio *en su propio nombre*, obligándose él mismo, de conformidad con el artículo 1717 del Código Civil—, sino que, de forma originaria, «la posición del comercializador en el contrato de acceso suscrito será a todos los efectos el del consumidor correspondiente».

[60] En cambio, ESTOA PÉREZ, A., parece tomar la relación representativa como necesaria para el suministro eléctrico contratado con el comercializador: «El suministro requiere un vínculo contractual no solo con el comercializador, con quien se contrata la venta de energía, sino también con el distribuidor (…) Aunque el consumidor a mercado podría contratar el acceso directamente con el distribuidor, lo habitual es que lo haga a través del comercializador. A estos efectos, la representación del comercializador admite dos fórmulas: como "mandatario" o como "sustituto" (…)», (2014), «La actividad de comercialización en la Ley 24/2013, *op. cit.*, 150. Puede entenderse necesaria la intervención del comercializador, por mandato legal, pero ello no lo convierte en representante necesario.

[61] Explicita el artículo 3.3 del Real Decreto 2002, 1435 esta relación directa entre el consumidor representado y el distribuidor: «En cualquier caso, el distribuidor mantendrá con el consumidor todas las obligaciones relativas al contrato de acceso y en caso de rescisión del contrato entre el comercializador y el consumidor, este será el titular del depósito de garantía, así como de cualquier otro derecho asociado a la instalación, sin que pueda ser exigible, por parte del distribuidor, actualización alguna con motivo de la renovación contractual». Este apartado del artículo puede resultar dudosa utilidad, puesto que una vez que la premisa de representación general de la que la norma administrativa partía fuera rectificada por el TS, ni sirve para supuestos de tal «representación putativa»; ni añade nada en supuestos de representación en sentido propio. Tampoco aporta demasiado, más allá de la completa tautología, la referencia que el precepto añade en cuanto a que de que el comercializador apoderado actuará como «sustituto» del cliente —salvo, quizá, que se piense en una legitimación frente a la administración, más allá del ámbito contractual, como en el ámbito tributario—.

[62] Así lo entiende también la SAP de Segovia 174/2016, de 7 de marzo *[JUR* 2016, 112591], cuando afirma que «No constando que esta autorización se haya recabado, tampoco consta que el actor hubiese sido informado en momento alguno de que la comercializadora era una mera intermediaria y que ella no sería responsable de la correcta prestación del suministro, aspecto que, chocando frontalmente con la que es la responsabilidad ordinaria de todo vendedor de un producto (en este caso al energía eléctrica), así como dada la posición de dominio que ocupa la eléctrica en la relación contractual, hace que esa falta de trasparencia e información en la contratación deba afectarla directamente y por lo tanto que su pretensión no sea admisible»; también la ya citada STS, Sala Tercera, de 29 de junio de 2004 *[RJ* 2004, 6502] «la posibilidad jurídica de que el comercializador asuma la condición de mandatario del cliente final, a los efectos del contrato de acceso a la red, no vulnera, en sí misma, ningún precepto legal (siempre que, lógicamente, ambas partes pacten acogerse a esta posibilidad legal)».

[63] «No basta, pues, que quien adquiera bienes o servicios no proceda a su reventa o comercialización ulterior. De ahí que el destino final empresarial o profesional de un bien o servicio no transforme a su adquirente en un consumidor», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (2015), Artículo 3, *Comentario del Texto Refundido…*, *cit.*, 57.

[64] Para NEBREDA PÉREZ, J. M., «Lamentablemente, es común en la reciente regulación administrativa reiterarse en la falta de respeto por el concepto jurídico de consumidor en sentido estricto, utilizándose en forma indistinta al *cliente*. No es baladí la cuestión que planteo por cuanto el *consumidor, stricto sensu,* es titular de una singular protección (…) que no pueden reclamar quienes integrarán en actividades profesionales los productos o servicios de los que sean perceptores (…) lo propio es denominar como clientes a los preceptores de los servicios los suministros, advirtiendo que, en unos casos estos clientes tendrán, por la

legislación especial de defensa de los consumidores, una singular cualificación, la de *consumidor stricto sensu*, que les otorgará singular protección», (2008), Contratación del suministro eléctrico…, *op. cit.,* 15-16. También, SOLÉ FELIU, J., «(…) los daños ocasionados en bienes de uso empresarial o profesional están excluidos del ámbito de protección del TRLGDCU», (2015), Daños causados…, *op. cit.*, 100; si bien excluye el ámbito de consumo no por no encajar en el artículo 3 del TRLGDCU, sino en el 129.1, específico para el tema que trata, lo hace dentro de una calificación más amplia del empresario en las relaciones de suministro eléctrico, alejándolo del ámbito tutelar propio del consumidor pues «En la decisión del legislador late la idea de que los daños a bienes de uso empresarial deben quedar sujetos a un régimen que, como el contractual, sea suficientemente flexible para adaptarse a la amplia variedad de situaciones en las que pueden producirse» 104. Asimismo, TORAL LARA, E., parte de la premisa —diferenciadora— de «Si estamos en el caso de consumidores y usuarios, y pretendemos fundamentarla en el TRLGDCU debemos tener en cuenta, en primer lugar, si nos encontramos dentro del ámbito de aplicación de la misma», remitiéndose al artículo 3 de la norma, en (2001), Daños causados…, *op. cit.,* 4.

[65] VÁZQUEZ DE CASTRO, entiende que «(…) el concepto de consumidor que ofrece la Ley [del Sector Eléctrico] en su artículo 9 va mucho más allá del concepto clásico de consumidor (…) En consecuencia, también las empresas encajan o tienen cabida en este concepto especial de consumidor en el suministro de energía eléctrica», (2016), *op. cit.,* 11. Parte el autor de la circunstancia de la mayor debilidad estructural del suministrado y de la fuente normativa Constitucional: «La condición de parte débil que ostenta el consumidor en las relaciones contractuales sirve de premisa menor para el artículo 51 CE, y la consecuencia interpretativa del principio de protección del consumidor es obvia. En virtud de lo establecido en los artículos 53 CE y el 1 del RDL 1/2007 *en la aplicación de las normas se debe velar por la seguridad del consumidor*», 9; siempre comentando el autor una situación en la que el cliente suministrado es una empresa, de tratamiento de mármol y granito. También parece afirmarlo —aun de forma condicional— PARRA LUCÁN, M.A., (2011) «si a efectos del régimen sectorial de la electricidad son consumidores las personas físicas o jurídicas que compran la energía para su propio consumo con independencia, por tanto, de su consideración como consumidores en el sentido del TRLGDCU, quizá les resulte más ventajoso acudir a las reglas de responsabilidad contractual [frente al nudo régimen de productos defectuosos]», *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*. Madrid: Reus, 118.

[66] De hecho, las cinco comercializadoras vinculadas a los grandes grupos tradicionales energéticos concentran un 77% de cuota de comercialización en el mercado libre, de conformidad con el último informe publicado por la CNMC en relación al mercado minorista de electricidad, IS/DE/002/15, de 8 de octubre de 2015, referido al periodo de 2014.

[67] Así, en la PCC, la Sección 2.ª del Capítulo V del Título I del Código Civil propuesto, *De las condiciones generales de los contratos*, trata en general de relaciones contractuales, haciendo mención específica en el artículo 525-8 a las *Cláusulas abusivas en contratos entre empresarios y consumidores*; pero no empece eso al resto de la regulación de aplicación general, ni en particular al artículo 525-7 que define, para toda relación contractual, las *Cláusulas abusivas*, ni el artículo 525-9, que determina la *No incorporación y nulidad* de las mismas.

[68] Así, el artículo 4:110 PECL, *Unfair Terms not Individually Negotiated*, que no hace distingos entre el control para consumidores o no consumidores. El artículo II-9: 405 DCFR, por su parte, también incluye el control general de abusividad para no consumidores, pero lo matiza, añadiendo a los requisitos ordinarios una suerte de contención, ampliando la tolerancia salvo para aquellas cláusulas que se aparten de forma muy significada de las adecuadas prácticas comerciales —pareciendo estas funcionar como *marco no-normativo de referencia* para la abusividad—. El artículo 86 de la Propuesta de Reglamento para una Compraventa Europea, COM (2011) 635 final, también incluía la abusividad para empresarios, restringida como en el DCFR, y estableciendo unos criterios guía generales para su apreciación.

[69] Expone CARRASCO tal posibilidad, en subjuntivo: «Más allá de este ejemplo, una nulidad fundada en la injusticia material del contrato solo podría apoyarse en el artículo 1258 del Código Civil, si este precepto fuera (que no es en términos literales) una norma de control de contenido de las cláusulas contractuales, en lugar de ser, o además de ser, una norma de integración de lagunas. Fuera de los casos de excepción, la regla es que la injusticia en el valor respectivo de prestación y contraprestación no puede ser controlada por los tribunales», (2010), *Derecho de contratos*, *op. cit.,* 666.

[70] VÁZQUEZ DE CASTRO asume, en comentario de la misma sentencia, que «la extensión de la protección a la parte contratante débil más allá de la consideración del concepto de consumidor o usuario», (2016), *op. cit*., 5, si bien admite que el TS resuelve aplicando normas contractuales, en concreto de la compraventa, sin que sea patente que *ratio* o efecto tuitiva de la parte débil resulta utilizado por la sentencia. También MENDOZA LOSANA, A. I., parece referirse en tal sentido para la STS aludida al empresario contratante, en cuanto a la protección de la buena fe. Parte de que «En este caso, la buena fe actúa como principio general que configura la relación contractual y que obliga a proteger la confianza que el consumidor ha depositado en el comercializador (…) a pesar de que el usuario perjudicado no era un consumidor final en el sentido de la legislación de consumo, la demandante citaba también en apoyo de su pretensión [normas en tutela de consumidores]» y entiende que «El Tribunal Supremo respalda esta posición», ¡No hay excusas!…, (2016), *op. cit*, 10-11. Sin embargo, no es claro este respaldo pues la fundamentación más allá de una mera mención incidental, no se apoya —ni necesita hacerlo— en el artículo 1258 del Código Civil. De hecho, tras citar el precepto como posible fuente de integración en caso de lagunas, declara la sentencia que «no cabe duda» del vínculo contractual, partiendo la resolución de la premisa de la efectiva validez de las cláusulas suscritas, de donde infiere que la prestación principal la comercializadora era el suministro de energía (como prestación principal pactada, término esencial del contrato). Y, si bien la sentencia vuelve a referirse a la buena fe (de nuevo de forma ociosa) lo hace, literalmente en cuanto a la «integración contractual, con base al principio de buena fe».

[71] Discute CARRASCO tal diferencia, aludiendo que «(…) en ningún momento de su historia el Tribunal Supremo ha dedicado ningún argumento que pueda explicar en qué medida el control derivado de las exigencias de buena fe del artículo 1258 del Código Civil es más laxo que el control del artículo 82 de la Ley de General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Según la sentencia comentada, entre "la buena fe y el justo equilibrio" del artículo 1258 y el control del artículo 82, hay una «laguna» que el juzgador no puede colmar. Imposible colmarla», (2017), "De nuevo sobre el «control de transparencia» y el «control de contenido» en contratos celebrados entre no consumidores", *CESCO*, 1-2. Explica también de forma general la equivalencia entre interpretar el artículo 1258 del Código Civil en clave de integración de la buena fe, frente a hacerlo como control de validez, de forma que «El procedimiento para este tránsito puede reconstruirse teóricamente de dos formas, aunque de hecho el juicio aplicado por el operador será materialmente el mismo, y ni seguramente él mismo podrá discriminar si ha practicado una u otra aventura argumentativa. Pues, en efecto, cabe proceder integrando previamente el contrato en cuestión con una regla exigida por la buena fe, y suprimiendo a continuación el pacto contractual que es contrario a este contenido así integrado, o cabe proceder confrontando directamente el pacto cuestionado con las exigencias de la buena fe, y luego, eventualmente, integrar con la buena fe la laguna producida por la nulidad». Las poco matizadas (y muchas veces innecesarias) declaraciones de la jurisprudencia de casación confirman al intérprete que la protección específica de la normativa de consumidores es un «desarrollo» del artículo 1258 del Código Civil y que este precepto contiene una norma de control de validez de los pactos contrarios a la buena fe, (2010), *Derecho de contratos, op. cit.,* 782-783. En el mismo sentido, también de forma específica, MIQUEL GONZÁLEZ «No hay gran diferencia entre imponer un contenido contractual en contra de la voluntad de una de las partes y excluir un contenido contractual en contra de uno de los contratantes (el predisponente)», (2011), Artículo 82, *Comentarios a las normas de*

protección de los consumidores, (Cámara Lapuente, S., dir.), A Coruña: Colex, p. 736; pero sigue «Otra cuestión es si este precepto puede apoyar un control del contenido contractual negativo respecto de los contratos con condiciones generales entre empresarios. Sin embargo, no ha tenido lugar, en lo que se me alcanza, un desarrollo ni jurisprudencial ni doctrinal del artículo 1258 del Código Civil para cumplir esa función», 737.

[72] En la caracterización del artículo 1258 recogida, al igual que en muchas otras resoluciones que la anteceden, por la STS 419/2015, de 20 de julio *[RJ* 2015, 4792]: «(…) su aplicación, unas veces, se traduce en una mera complementación objetivada de la reglamentación acordada por las partes, casos, entre otros, de la existencia de lagunas o de imprecisión del clausulado. Otras veces, en un sentido más específico, su aplicación se traduce en la configuración de auténticas obligaciones accesorias de las prestaciones contempladas como en su caso, supuesto que nos ocupa, en una corrección de lo ejecutado por alguna de las partes por infringir los deberes legales que se derivan de los criterios de integración contractual previstos por la norma; especialmente con relación al principio de buena fe contractual. Principio estrechamente conectado tanto con la conducta de las partes como medio o criterio de interpretación, como con la doctrina de los actos propios». La resolución es un ejemplo notable, porque sí utiliza la función de integración para censurar una pretensión de cumplimiento pretendidamente *abusiva*, pero no por desplazar contenido contractual alguno sino, al contrario, por interpretar el contrato en un sentido distinto al pretendido por quien, con sus actos —que no con sus pactos— pudo abusar.

[73] En el sentido apuntado por la STS 227/2015, de 30 de abril *[RJ* 2015, 2019] —y al margen de pronunciamientos judiciales más recientes que luego se tratarán— «el artículo 1258 del Código Civil (…) contiene reglas de integración del contrato, en concreto la relativa a la buena fe, de modo que en el cumplimiento y ejecución del contrato pueda determinarse lo que se ha denominado el "contenido natural del contrato". Pero con base en este precepto no puede pretenderse que se declare la nulidad de determinadas condiciones generales que deban ser expulsadas de la reglamentación contractual y tenidas por no puestas, y que, en su caso, puedan determinar la nulidad total del contrato».

[74] Esto es, habrá que pasar antes por el sentido declarativo de la interpretación antes de acudir, si persiste la laguna a la «función complementaria», en el sentido subsidiario apuntado por DE CASTRO (1967), que «supone salir del ámbito estricto de la interpretación y pasar al de la conjetura. *Cuando lo declarado es insuficiente* para reglar debidamente la relación negocial, se hace necesario el llenar las lagunas que se revelan existentes en el negocio. En tales casos, se acude primeramente a lo que se ha llamado la «voluntad hipotética» o «interpretación objetiva»; presumiendo que se quiso lo que hubiera sido la voluntad de un hombre razonable y prudente, si hubiese previsto la cuestión planteada», en *El Negocio jurídico,* Madrid: INEJ, 78. Afirma la STS 254/2016, de 19 de abril *[RJ* 2016, 1686], que «en relación con el artículo 1283 del mismo cuerpo legal (…) el artículo 1258 del Código Civil, conforme a su alcance normativo, no resulta de aplicación restrictiva». Se puede colegir en tal afirmación y defender, a la vez, que la integración del artículo 1258 es subsidiaria a la interpretación *ex* 1283 del Código Civil. Aunque no quepa restringir los efectos y alcance del 1258 para todo contenido que deba ser integrado; difícilmente cabrá integración cuando no exista laguna directa o, al menos contradicción, entre lo pactado y lo que se acepta como contenido en el contrato.

[75] Advierte CARRASCO de que «Por lo ordinario, las normas del sistema jurídico privado no se formulan como atribuciones respectivas de expectativas cuya legitimidad esté sujeta a una concomitante valoración del respectivo interés legítimo del resto de interesados en el certamen. La situación es distinta de la que, por ejemplo, contempla el artículo 82.1 de la LGDCU, una cláusula de ponderación universal (…) A partir de ahí, quedaría abierto el camino para la ponderación irrestricta, cuyas consecuencias nefastas serán sufridas por las exigencias constitucionales de legalidad y previsibilidad en las asignaciones de derechos. Este camino, afortunadamente, no se ha recorrido en Derecho español», (2016), *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*, Madrid: Civitas, 64-67. El autor, sin embargo, se

refiere únicamente al ámbito del artículo 7 del Código Civil, relativo solamente a situaciones activas, excluyendo explícitamente supuestos de obligaciones correlativas entre las partes «Porque, a diferencia del artículo 7 del Código Civil, el artículo 1258 del Código Civil sí admite ponderación, si las posiciones recíprocas de las partes pueden reducirse a un común denominador que las haga a ambas acreedoras y deudoras», 142.

[76] Apunta GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., que, en el ámbito de la abusividad de consumo, la buena fe «tiene un matiz algo distinto y conectado con la *relatividad* de la noción de abuso y con el análisis de las demás circunstancias que han de ponderarse para juzgar si la ventaja que la cláusula proporciona al empresario está no justificada o si la desigualdad carece de repercusión relevante. El trato *equitativo* remite a las *circunstancias del caso concreto*. La apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual exige tener en cuenta la *naturaleza* de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, todas las *circunstancias* que concurran en su celebración y todas las *demás cláusulas* del contrato (…)», (2015), Artículo 82, *Comentario del Texto Refundido…*, *op. cit.,* 2015, 1119.

[77] Quizá en este sentido podría interpretarse la modificación del artículo 86 de la Propuesta de Reglamento para una Compraventa Europea, fijada en la Posición del Parlamento Europeo de 26 de febrero que la modifica (aprobada en la Resolución del mismo día, P7_TA(2014) 0159), que cambia la referencia de «*buenas* prácticas comerciales» por «prácticas comerciales *habituales*» (por la enmienda 175 del informe de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios); lo que, empero, podría ser menos justificable en sectores que podrían partir —en la actual ausencia de control de abusividad— de «*malas* prácticas comerciales *habituales*».

[78] Ya afirmaba GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., que «El artículo 3 LCS es el pionero en la regulación del control de contenido de las condiciones generales, prohibiendo las "cláusulas lesivas" (…) se podría entender la expresión cláusula lesiva en el sentido de "cláusula abusiva" [en el ámbito del consumo] (…) De lo anterior resulta que el artículo 3 LCS ha establecido dos tipos de control respecto de las cláusulas contractuales. Uno, el control de contenido que puede llevar a la nulidad de la cláusula que se considere lesiva (…)», (1990), Comentario a la STS de 9 de noviembre de 1990, en *CCJC*, núm. 2, Madrid: Civitas, 1206.

[79] Afirma tal premisa —presentada aquí como conclusión— CÁMARA LAPUENTE, S., en cuanto que «El punto de partida en el Derecho español es que no existe una norma general con rango de ley que permita aplicar el concepto de "cláusula abusiva" genuino de la protección de los consumidores ex Directiva 93/13/CEE a cualesquiera cláusulas no negociadas en contratos entre empresarios; por lo tanto, ni el genuino control de contenido de las cláusulas propio de ese régimen legal, ni el nuevo control de transparencia de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato (…)», en Argumentaciones de los tribunales (y de la doctrina) para ampliar ambos controles a los contratos entre empresas (el marco jurisprudencial «heterodoxo»): construcciones extralimitadas, *Almacén de Derecho,* 27 de junio de 2016. Sí parece admitir como posible —que no actual— un cierto control derivado de la interpretación de determinados preceptos del Código Civil (sobre todo 1255, 1256 y 1258), pero advierte que sería, para este fin, «la vía más adecuada, pero también más trabajosa e incierta, mientras no se produzca una reforma legislativa que incorpore al Código Civil o a la LCGC una cláusula general de abusividad en relaciones empresariales como la del preámbulo transcrito».

[80] Advierte GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., que, aun de excluirse un eventual control de abusividad (sobre los elementos esenciales, en lo que trata), «nada impediría resolver sobre la base de los límites generales a la autonomía de la voluntad y con el recurso a las normas del Código Civil, en especial los artículos 1256, 1258 y 1275 (o normas sectoriales, como la ley de la usura), para rechazar lo que provoca desequilibrio importante en contra de la buena fe», (2015), Artículo 82, *Comentario del Texto Refundido…*, *op. cit.,* 2015, 1145; y alude en tal sentido, como ejemplo posible, a la STS 106/2000, de 14 de febrero de 2000 *[RJ* 2000, 1236] que califica como *leonino* «a aquellos contratos onerosos en que se estipulan todas las ventajas para una de las partes, y los inconvenientes para la otra, y también cuando existe desde el momento inicial de la perfección del sinalagma una exorbitante desproporción o desequilibrio entre las prestaciones de una y las correspectivas contraprestaciones de la otra,

de modo que es fácilmente advertible la relevancia que tienen las circunstancias de cada caso y como consecuencia la gran variedad morfológica con que las situaciones se pueden presentar en la realidad práctica, por lo que será preciso que se concreten los particulares que, explícita o implícitamente, dan lugar a la situación de desmesura jurídica, o las circunstancias de necesidad o inexperiencia en una de las partes que dieron lugar a la conducta abusiva o contraria a la buena fe (entendida en el sentido objetivo de conducta honrada y leal) por parte de la contraria. La calificación de un contrato o de una cláusula como leonina puede dar lugar a la declaración de nulidad, o en su caso a la corrección por desorbitada o desproporcionada, o a su moderación, en atención a los preceptos de los artículos 1255, 1275 y 7.1 y 2, 1258, y 1154, todos ellos del Código Civil». Tal pronunciamiento, que podría ser manifestación de cuantos riesgos de inseguridad se han advertido, podría tomar más sentido —y, sobre todo, concreción— si la tutela que alude, más que un remedio genérico para «situaciones de desmesura»; se concretase como un intento de configurar un vicio anulatorio cual es el *ventajismo*, no regulado expresamente aún en nuestro ordenamiento, a veces empujado en el ámbito del dolo, y efectivamente recogido en el artículo 527-9 de la PCC, así como en la mayoría de instrumentos de modernización contractual contemporáneos.

[81] Afirma DE CASTRO, en relación al recto entendimiento de las normas dispositivas y la autonomía de la voluntad, que «el tipo de cada contrato reconocido por la Ley no es un mero nombre, sino que corresponde al conjunto organizado de los derechos y obligaciones que forman su contenido», con ejemplo en nota: «La consideración realista del caso, señala que el querer o el nombrar no hace la cosa y que la venta por un dólar de un rascacielos no es venta, y el dólar no tiene aquí papel de precio». Prosigue empero, acercándolo a una suerte de control de contenidos en el que «(…) los pactos, cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo o lo contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces», (1982), Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor, *ADC,* vol. 35, núm. 4., Madrid: BOE, 1060-1061; pero añade al desequilibrio tal ruptura causal de la estructura esencial del contrato, pues tal «Ineficacia que habría de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño de una de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato».

[82] En un sentido aproximado, respecto al control de contenido —abusivo— *ex* artículo 3 LCS, y frente al problema de controlar elementos esenciales del contrato, entiende GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., que «no se trata de velar por la equivalencia económica de las prestaciones, pero sí de conseguir que la prestación que se determina a través de las condiciones predispuestas se corresponda con la naturaleza y finalidad del contrato», (1990), Comentario a la STS de 9 de noviembre de 1990, en *CCJC*, núm. 24, Madrid: Civitas, 1210.

[83] En este sentido expresa la STS 673/2013, de 31 de octubre *[RJ* 2013, 7259] que «esta Sala tiene declarado que la calificación del contrato consiste en la inclusión del mismo en un tipo determinado, la averiguación de su naturaleza y de la normativa que le es aplicable, todo lo cual está por encima de las declaraciones y de la voluntad de los sujetos». También la STS 382/2011, de 13 de junio *[RJ* 2011, 5719] afirma que «para la calificación del contrato o la inclusión del mismo en un tipo determinado, la averiguación de su naturaleza y de la normativa que le es aplicable, previa interpretación del mismo, debe estarse a su contenido real, con independencia de las calificaciones que les hayan dado las partes e incluso de su voluntad, ya que los contratos son lo que son y no lo que las partes digan». Conclusión, en fin, pacíficamente asumida por la doctrina jurisprudencial (STS 726/2010, de 22 de noviembre *[RJ* 2011, 563]; STS 395/2005, de 26 de mayo *[RJ* 2005, 6084]; o la STS 1170/2002, de 11 de diciembre *[RJ* 2002, 10737], que recoge la principal jurisprudencia anterior, entre muchas otras).

(Trabajo recibido el 17-4-2017 y aceptado para su publicación el 8-6-2017)

La nulidad de las conductas anticompetitivas

*Voidness of anticompetitive conducts**

por

CARMEN HERRERO SUÁREZ
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid

RESUMEN: La nulidad como sanción civil frente a los acuerdos anticompetitivos aparece ya contemplada de manera expresa en los Tratados fundacionales y su desarrollo es resultado del ejercicio de una competencia compartida entre las autoridades europeas y nacionales. En este trabajo se analizan los caracteres de esta nulidad comunitaria y los problemas que su aplicación plantea, en especial en relación a la nulidad parcial, la extensión a otras relaciones contractuales, así como su eventual aplicabilidad en el marco del abuso de posición dominante.

ABSTRACT: Voidness as a civil penalty against anticompetitive agreements was expressly included in the founding Treaties and its development is the result of the exercise of shared competence between European and national authorities. This paper analyses the characteristics of this communitarian voidness and the problems that its application poses, especially in relation to partial nullity, the extension to other contractual relations, as well as its possible applicability in the context of abuse of dominant position.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación: «Competencia y Distribución: nuevos retos en la sociedad globalizada y en contextos de crisis económica» (DER 2014-58774-R), del Ministerio de Economía y Competitividad (2014-2017).

PALABRAS CLAVE: Aplicación privada. Nulidad. Restitución. Conductas anticompetitivas. Nulidad parcial. Abuso de posición dominante.

KEY WORDS: Private enforcement. Voidness. Restitution. Anticompetitive conducts. Partial voidness. Abuse of dominant position.

SUMARIO: I. LA NULIDAD COMO SANCIÓN FRENTE A CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.—II. LA NULIDAD COMO CONCEPTO COMUNITARIO: 1. El fundamento de la nulidad de los acuerdos restrictivos. 2. Características de la nulidad comunitaria. 3. Límites marcados por el Derecho europeo.—III. EFECTOS Y ALCANCE DE LA NULIDAD: 1. La nulidad parcial. 2. La propagación de la nulidad. 3. La restitución de las prestaciones.—IV. LA NULIDAD EN EL ARTÍCULO 102 TFUE.—V. CONCLUSIONES.

I. LA NULIDAD COMO SANCIÓN FRENTE A CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

El debate sobre los efectos civiles de las prácticas anticompetitivas ha venido centrándose, tradicionalmente y, de forma aún más acusada en los últimos diez años, en el eventual ejercicio de acciones resarcitorias por los daños causados por dichas conductas en los patrimonios individuales. Este énfasis parece haber colocado en un segundo plano otras de las consecuencias que en el marco de las relaciones entre particulares pueden derivarse de la infracción de las normas *antitrust*, tales como la solicitud de medidas cautelares y, muy especialmente, el ejercicio de acciones de nulidad y restitutorias[1].

Este olvido puede resultar, a primera vista, injustificado. Si bien el ejercicio de acciones de daños en Europa como mecanismo para potenciar la aplicación del Derecho de la competencia es relativamente novedoso, la nulidad de los acuerdos colusorios aparece ya contemplada en los propios Tratados fundacionales[2]. De este modo, el actual artículo 101 del TFUE, en su apartado segundo establece que «los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho». Es este el único efecto civil que se reconoce expresamente en las normas *antitrust* europeas. De forma paralela, los ordenamientos de los Estados miembros configuran esta sanción en relación a la vulneración de la normativa nacional. En el caso español, el artículo 1.2 LDC, con una dicción ligeramente diferente, establece la nulidad de pleno derecho de «los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley».

Pero no solo desde una perspectiva teórica o de ubicación normativa puede resultar extraño este abandono. También la realidad práctica exige que esta figura sea atendida, siquiera, para delimitar sus perfiles y su verdadero alcance. Así, al menos por lo que respecta al caso español, gran parte de la aplicación por parte de los tribunales civiles de las normas de competencia ha tenido lugar en relación a la valoración de la eventual ineficacia de determinadas cláusulas contractuales, generalmente en el contexto de acuerdos verticales de distribución comercial, principalmente de hidrocarburos[3]. La remoción paulatina de los distintos obstáculos que dificultaban la aplicación judicial de las normas de competencia en el orden civil ha favorecido el incremento del recurso a la nulidad del acuerdo anticompetitivo como argumento en el marco de procedimientos por incumplimientos contractuales o licencias de propiedad industrial[4].

Pero, ¿qué implica esta sanción? La nulidad supone la negación de los efectos jurídicos del contrato. Es el resultado de un juicio de valor realizado por el ordenamiento jurídico de una ordenación privada de intereses que se considera reprobable y a la que, por tanto, se le niega toda capacidad de fuerza vinculante. Las consecuencias del negocio nulo no merecen tutela jurídica y, en su caso, deben desaparecer. Entre las partes, significa la imposibilidad de exigirse el cumplimiento de las obligaciones que derivan del contrato. Así, pueden solicitar —vía acción o excepción— que se declare la nulidad, de manera que se enerve toda exigencia basada en el contrato inválido. Esta pretensión puede acompañarse o seguirse de exigencias sustantivas, como la restitución de las prestaciones realizadas en el marco del contrato inválido destinadas a borrar todo rastro de este.

En la práctica judicial encontramos numerosos ejemplos de la utilización de la nulidad tanto como argumento defensivo frente a la exigencia del cumplimiento de obligaciones contractuales (lo más frecuente), como del recurso a la misma como medio para deshacer una relación contractual e intentar una novación subjetiva del contrato en condiciones más favorables[5]. De hecho, la práctica también evidencia utilizaciones fraudulentas o estratégicas de la nulidad, generalmente en su modalidad defensiva, para legitimar el incumplimiento de obligaciones jurídicas derivadas de un contrato[6]. Estos casos de oportunismo han provocado el recelo tradicional de los tribunales, especialmente ingleses y holandeses, frente a la utilización indiscriminada de la conocida como defensa-europea o *Euro-defense* y ha impulsado el planteamiento de diversas cuestiones prejudiciales para intentar clarificar su alcance y límites.

Pese a que la nulidad como categoría o modalidad de ineficacia de un negocio jurídico en los casos en que este contraviene una norma imperativa es un concepto consolidado y presente en todos los ordenamientos jurídicos, no deja de causarnos cierta extrañeza que se decidiera su inclusión expresa como consecuencia de la infracción de la prohibición de acuerdos colusorios en el propio Tratado de Roma[7]. El legislador comunitario podría haber optado, como

de hecho así lo hace en relación a los efectos de las conductas anticompetitivas desde la perspectiva de la responsabilidad civil, por silenciar estos en relación a su incidencia en la eficacia contractual, dejando que ese vacío se cubriera por las normas nacionales privadas sobre actos y negocios ilícitos. La solución finalmente adoptada constituye el reverso de la existente en el sistema estadounidense, en el que se reconoce desde los orígenes del Derecho *antitrust* el derecho al resarcimiento de daños[8], pero en el que no se contiene ninguna referencia expresa a la nulidad de los acuerdos restrictivos, zanjándose, generalmente, este tema de una manera más pragmática, con el reconocimiento judicial de su inejecutabilidad o inexigibilidad (*unenforceability*)[9]. La comparación de ambos sistemas nos lleva necesariamente a plantearnos una serie de interrogantes:

¿Por qué de esta sanción? ¿Hay que valorar esa medida realmente como una sanción civil que afecta solo a los derechos de los particulares, o como una solución que implica una sanción de interés público, orientada a garantizar la plena y efectiva aplicación del Derecho de la competencia? ¿Qué consecuencias tiene su aplicación práctica?

Se intentará dar respuesta a estas cuestiones, partiendo de las pautas que ha venido progresivamente estableciendo el TJ en relación a la finalidad y alcance de la nulidad de los acuerdos anticompetitivos, así como de las que resultan de la aplicación judicial de la misma en los distintos Estados miembros. La fijación clara del objetivo e intereses protegidos con esta sanción resulta crucial para abordar otros problemas que este remedio plantea, como la delimitación del alcance de la nulidad, tanto entre las partes contractuales, como frente a terceros; la procedencia de acciones restitutorias; la extensión de la nulidad a otras conductas anticompetitivas, como las prácticas abusivas de empresas en posición de dominio y, en general, para delimitar el papel que a la nulidad compete desempeñar en el diseño de la política europea y nacional de competencia y, especialmente, en el concreto marco de la aplicación privada de las normas *antitrust*.

Antes de abordar el análisis de estos problemas, cabe realizar una pequeña consideración previa tendente a delimitar el ámbito real de aplicación de este remedio y poder, por tanto, ceñir los problemas a los escenarios en los que con más probabilidad pueden plantearse. Resulta poco probable, pese a la rotundidad en su configuración, que la amenaza de ineficacia contractual pueda jugar algún papel relevante en relación a los acuerdos horizontales más lesivos de la competencia, como los cárteles de fijación de precios, o los acuerdos de reparto de mercados o limitación de la producción. El juicio negativo que invariablemente acompaña a estas conductas hace poco verosímil que las partes del acuerdo intenten hacer valer su contenido en los tribunales[10]. Por tanto, y a pesar de que sin duda, estos acuerdos colusorios pudieron haber estado en la mente del legislador en el establecimiento de la nulidad de pleno derecho, el campo en el que esta puede tener una mayor aplicación es el de los acuerdos

cuyo potencial lesivo de la competencia es más ambiguo y, sobre todo, en el marco de relaciones horizontales y, principalmente, verticales, complejas.

Finalmente, en el análisis de las distintas cuestiones que suscita la nulidad de los acuerdos anticompetitivos se tendrá especialmente en cuenta la nulidad como consecuencia de la infracción de la normativa *antitrust* europea, sin perjuicio de que las distintas reflexiones y las principales conclusiones que resulten de esta, sean trasladables a la aplicación de este remedio en el caso de contravención de las normas nacionales de competencia.

II. LA NULIDAD COMO CONCEPTO COMUNITARIO

La configuración de la nulidad como remedio negocial en el caso de infracción de la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia del artículo 101.2 TFUE es el resultado del ejercicio de una competencia compartida entre las autoridades europeas y nacionales.

La nulidad de pleno derecho por infracción de la normativa *antitrust* es una noción de Derecho comunitario que solo el Tribunal de Justicia (TJ) está cualificado para interpretar en última instancia. Gracias a la interposición de diversas cuestiones prejudiciales, y en ausencia de una regulación específica europea de la nulidad, el TJ ha venido delimitando los caracteres configuradores de la nulidad establecida en el artículo 101.2 TFUE. Ahora bien, en atención al principio de autonomía procesal (art. 5 Reglamento 1/2003), es el legislador nacional el que define el alcance con qué debe aplicarse y establece las vías procesales a través de las que se puede reclamar su efectividad. Se trata, por tanto, de un área de colaboración conjunta, en la que, dentro del marco impuesto por las exigencias comunitarias específicas y por los principios de equivalencia y eficacia, compete a los ordenamientos de los Estados miembros y, especialmente, a las autoridades judiciales encargadas de su aplicación, concretar el alcance de la nulidad de una específica relación contractual por vulneración de las normas de competencia.

1. El fundamento de la nulidad de los acuerdos restrictivos de la competencia

La nulidad de pleno derecho es la sanción de ineficacia más extrema que se vincula a un negocio o contrato viciado o defectuoso. La presencia de determinadas deficiencias en la formación del negocio determina que no se despliegue la tutela jurídica que el ordenamiento atribuye normalmente a los acuerdos jurídico privados y se les niegue su validez para crear vínculos obligacionales entre particulares. Esta forma de ineficacia del negocio jurídico se asocia, en el ordenamiento jurídico español, a dos grandes grupos de causas. En primer

lugar, son nulos los contratos que carezcan de alguno de los requisitos esenciales: consentimiento, objeto, causa o forma exigida *ad solemnitatem* o en los que estos sean ilícitos. En segundo lugar, también serán nulos aquellos contratos en que los contratantes traspasan los límites de la autonomía privada, infringiendo una norma prohibitiva o imperativa, salvo que de la contravención se derive un efecto distinto[11].

¿A cuál de estas causas o factores cabe reconducir la nulidad de pleno derecho de los acuerdos restrictivos de la competencia?

Si bien algunos autores lo consideran una cuestión meramente teórica, desde el momento en que las mismas consecuencias se aplican en todos los supuestos o modalidades de nulidad de pleno derecho, otro sector defiende que la valoración del fundamento de la nulidad puede tener trascendencia en sus efectos concretos, como, por ejemplo, en el alcance total o parcial de la ineficacia del negocio jurídico (GONZÁLEZ, 2016, 186-187). Existen, principalmente, dos opiniones sobre el fundamento de la nulidad. La primera, la de considerar que el contrato es nulo porque adolece de un vicio en su formación que es intrínseco a la relación jurídica. La segunda defiende que la nulidad es una sanción que deriva de la infracción de los límites impuestos a la autonomía privada y, por consiguiente, es externa al acuerdo anticompetitivo y a la relación contractual.

Dentro del primer grupo, se englobarían aquellas corrientes que reconducen el fundamento de la nulidad a la existencia de una causa u objeto ilícito. Estas posiciones plantean problemas en dos órdenes distintos. En primer lugar, de delimitación, dada la dificultad inherente a la concreción de los propios conceptos de objeto y, fundamentalmente, de causa, como elementos esenciales del negocio jurídico. Pero el problema fundamental reside, no obstante, en el alcance limitado de los fundamentos propuestos, que no podrían explicar el por qué de la nulidad en multitud de acuerdos a los que, pese a considerárseles anticompetitivos, no cabe atribuir una causa u objeto ilícito (ORTIZ, 2011, 378). En este sentido, si bien un cártel o un acuerdo de reparto de mercados plantea pocas dudas sobre la ilicitud de su causa y su objeto, no puede extenderse esta afirmación a, por ejemplo, un contrato de franquicia con una cláusula de fijación de los precios de reventa, en los que la finalidad económica del contrato es perfectamente lícita, la distribución de bienes o servicios, sin perjuicio de la existencia de un elemento nulo por su carácter anticompetitivo.

Resulta más convincente, en consecuencia, vincular la causa de la nulidad a un factor de carácter externo, como es la vulneración del marco normativo que circunscribe la autonomía de la voluntad. Las normas de Derecho de la competencia son normas de carácter imperativo que limitan el ejercicio de la autonomía privada por parte de los particulares. La nulidad derivada de la infracción de las reglas de Derecho *antitrust* tiene un fundamento (vicio en la formación del negocio o contrato provocado por la infracción de las referidas reglas) y una finalidad únicas (eliminación de los obstáculos artificiales a los que

da lugar la infracción de estas normas para proteger la estructura competitiva y con ella el derecho a la libertad de empresa). La idea que subyace es que, como si se tratara de una ley anticompetitiva, ese acuerdo (que no deja de ser *lex inter partes* conforme a la máxima *pacta sunt servanda*) debe ser dejado sin efectos o valor jurídico y si cabe, también sus efectos materiales han de ser eliminados mediante la restitución.

Esta solución es, además, la que más se adecua a las opinión del TJ que ha reiterado en diversas ocasiones que la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia prevista en el Tratado constituye una norma integradora del orden público europeo y, por tanto, su contravención incide directamente contra este[12].

2. Características de la nulidad de los acuerdos anticompetitivos

La nulidad es una modalidad de invalidez de los negocios jurídicos de la que resulta su ineficacia, es decir la ausencia de los efectos del negocio acordes con lo querido por las partes. El contrato nulo es aquel que no produce efectos, sanción que el ordenamiento jurídico establece para un negocio que no debería de haberse realizado nunca. El contrato calificado como nulo, carece, por tanto, de valor desde una perspectiva jurídica de manera definitiva, de ahí que no pueda producir ninguno de los efectos característicos del concreto tipo negocial: los contratantes no quedan vinculados, no nacen las obligaciones previstas, las atribuciones patrimoniales eventualmente realizadas en virtud del contrato inválido se considerarán carentes de causa.

Dado que la nulidad supone la privación de efectos jurídicos, en principio solo pueden sufrir esta sanción las conductas susceptibles de generar obligaciones jurídicamente exigibles. Es por ello que el apartado 2 del artículo 101 TFUE limita la nulidad a los acuerdos (se presupone que solo a los contractuales en exclusión de otro tipo de entendimientos como los *gentlemen's agreements* que carecen de fuerza vinculante) y a las decisiones de las asociaciones de empresas (fijándose en el acuerdo plurilateral que está en la base de la asociación). Las prácticas concertadas y las conductas conscientemente paralelas que no tienen fuerza de obligar quedan excluidas, por tanto, del ámbito de la sanción[13].

Desde los años setenta, el TJ ha venido delimitando las notas características de esta sanción de ineficacia de los acuerdos anticompetitivos.

En primer lugar, y atendiendo a la razón o causa de la que dimana la ineficacia se trata de una ineficacia de carácter *estructural,* dado que se produce en el mismo momento de formación del negocio jurídico. La irregularidad determinante de la ineficacia radica en la estructura misma del contrato, en la presencia de un vicio o defecto congénito. El acuerdo restrictivo de la competencia no ha respetado en su formación los límites impuestos por la normativa *antitrust* y adolece, por tanto, de esa ineficacia estructural.

La ineficacia que se deriva de un acuerdo nulo es *automática,* no precisa, como en el supuesto de los acuerdos anulables, de un acto de impugnación que la active (CALVO CARAVACA, 2017, 152-153). Esta nota no impide el ejercicio de una acción de nulidad ya que, si en la práctica ha surgido una cierta apariencia negocial será conveniente e incluso necesario si alguien sostiene su validez, solicitar la intervención judicial, teniendo que ser probada la causa de nulidad por quien la mantenga, y pudiendo ser ejercitada la acción por los terceros perjudicados. Ahora bien, el carácter automático de la nulidad sí determina la naturaleza puramente declarativa de la sentencia que la reconozca.

Además la ineficacia del negocio nulo es *absoluta* y tiene efecto *erga omnes*. Esta modalidad de ineficacia, frente a la ineficacia relativa, significa que la carencia de efectos jurídicos se extiende a cualquier sujeto. El contrato no produce efectos para nadie, la ineficacia alcanza tanto a las partes, como a sus causahabientes y a terceros[14]. En la práctica, esto significa que la nulidad es oponible por cualquiera y frente a cualquiera, y puede ser solicitada por todo sujeto que tenga interés en el acto. De este modo, la nulidad puede pretenderse por cualquier sujeto con interés legítimo y por las partes contractuales. En el célebre caso *Courage* el Tribunal de Justicia establece tajantemente que el artículo 101.2 crea un derecho a favor de los particulares que les permite invocar ante los tribunales la infracción del artículo 101.1. TFUE, incluso cuando sean parte en el contrato que falsea o infringe la competencia a efectos de dicha disposición[15]. Esta postura ha sido reafirmada por el TS español en el caso *Svenson*, en el que la demandada alegó que la demandante al solicitar la nulidad contractual había incurrido en mala fe y en abuso de derecho, dado que las partes conocían perfectamente las características de funcionamiento del negocio y habían asumido libremente las estipulaciones pactadas[16]. El TS recalcará que el carácter absoluto de la nulidad en este supuesto de contravención de normas, determina que sea irrelevante el conocimiento y consentimiento de las cláusulas prohibidas, así como de quien fuera la iniciativa de su introducción en el contrato. «El abuso de derecho opera a extramuros del ámbito de ilicitud, de tal manera que si una conducta es ilícita por contraria al ordenamiento jurídico, la pretensión encaminada a obtener la sanción de nulidad no puede ser calificada de abusiva». Carácter absoluto que opera a efectos tanto de inexigibilidad de las prestaciones como de restitución o indemnización de daños y perjuicios.

La nulidad de los acuerdos restrictivos produce una ineficacia *originaria*. La falta de efectos jurídicos se produce *ab initio*. El negocio jurídico viciado no produce efectos en ningún momento. Los negocios nacen con un vicio congénito, de ahí que la sanción deba y pueda aplicarse desde el momento mismo en que el contrato ha sido concluido (efectos *ex tunc*[17]). Esta nota produce algunas fricciones en la práctica, como tendremos ocasión de examinar más adelante, dado que el carácter continuado de las prestaciones y el hecho de que muchos de los negocios cuya nulidad se pretende hayan estado ejecutándose durante

largos periodos dificulta la retroacción de la ineficacia al momento de su celebración, fundamentalmente en relación a la remoción de sus efectos mediante la restitución de las prestaciones y al destino de los negocios celebrados al amparo del contrato nulo.

Puede ocurrir, no obstante, que un negocio que nace sin vicio, perfectamente válido, deje de serlo con el paso del tiempo. Se trata de la denominada nulidad *sobrevenida,* que, en el ámbito del Derecho de la competencia, puede producirse ya sea por la existencia de nuevas circunstancias de hecho a las que la ley liga esa sanción de invalidez[18], ya sea por la aprobación de una nueva norma que prohíbe el negocio en los términos inicialmente previstos. Así, por ejemplo, en el marco de las restricciones verticales de la competencia, los criterios de exención de las cláusulas de exclusiva o no competencia previstos en el inicial Reglamento 1884/1983 experimentaron importantes modificaciones con la aprobación de los Reglamentos 2790/1999 y el actual Reglamento 330/2010, lo que determinó que determinados contratos exentos dejaran de estarlo con arreglo a las nuevas normas. Esta situación de nulidad sobrevenida por incompatibilidad de las condiciones de exclusiva pactadas con las nuevas exigencias normativas ha sido profusamente examinada en España en el marco de la distribución de carburantes, dando lugar a una numerosa y, no siempre, lineal jurisprudencia[19].

La nulidad es *definitiva*. No puede sanarse con el paso del tiempo, de modo que la acción para hacerla valer no tiene, en principio, plazo de prescripción ni de caducidad. El carácter definitivo de la nulidad también significa que no puede subsanarse mediante una declaración de voluntad, como la confirmación ni ninguna otra forma de convalidación o subsanación[20].

Estas notas también han sido reiteradas por los tribunales españoles en la aplicación de las normas sobre Derecho de la competencia y coinciden, además en lo sustancial con los rasgos o caracteres que la doctrina y jurisprudencia civilista española vinculan a la nulidad absoluta[21].

3. Límites marcados por el Derecho europeo

El TJ ha reiterado en numerosas ocasiones que la nulidad del artículo 101.2 TFUE solo afecta a las disposiciones contractuales incompatibles con dicho artículo. Las consecuencias de esta nulidad respecto de los demás elementos del contrato no están reguladas por el Derecho comunitario, como tampoco lo están el destino de los negocios jurídicos que traen causa en el contrato nulo ni la eventual restitución de las prestaciones realizadas en la práctica. Todas estas cuestiones son competencia de los Estados miembros, correspondiéndoles a los órganos judiciales nacionales valorarlas conforme a su propio Derecho. Parece, por tanto, que autoridades nacionales —legislativas y judiciales—, tienen un importante papel que desempeñar en la aplicación de la sanción de nulidad, ya

que no solo ostentan, como acabamos de señalar, competencias en exclusiva en determinadas materias sino que, además, es el legislador nacional el que determina los cauces procesales para hacer efectiva la sanción de nulidad y los tribunales los que concretan o delimitan su alcance en el caso concreto. Ahora bien, en el ejercicio de estas atribuciones los tribunales no son enteramente libres. No solo están sujetos a los criterios interpretativos marcados por el TJ así como a los principios generales de eficacia y equivalencia sino que, además, el hecho de que la sanción de nulidad haya sido expresamente prevista en el Tratado pone de manifiesto la importancia que el legislador comunitario ha querido concederla y la exigencia de que los tribunales nacionales garanticen la efectividad del precepto (KOMNINOS, 2008, 150). La relevancia de esta provisión ha sido destacada, entre otros casos, en *Courage* y *Ecoswiss* y la primacía del Derecho comunitario ha llevado a la inaplicación del principio de autonomía procesal en materias relevantes de los ordenamientos nacionales, como en el caso de la disposición estructural del derecho inglés que no reconoce el derecho a la indemnización o en relación a la configuración del sistema arbitral holandés. En consecuencia, los obstáculos legislativos nacionales que cuestionen o dificulten el ejercicio del derecho a impedir la efectividad de un acuerdo anticompetitivo pueden ser contrarios al Derecho comunitario y al principio de efectividad. Por esta misma razón, los tribunales también han de mostrarse cautos en el recurso a interpretaciones restrictivas de la defensa que, por otra parte, se han producido y —cabe augurar que— seguirán produciéndose en la práctica, tanto para evitar conductas oportunistas de las partes de un contrato viciado de nulidad como para intentar paliar algunos de los problemas que la aplicación de la sanción de nulidad genera en el ámbito *antitrust*, como, por ejemplo, reconociendo a la nulidad solo efectos *ex nunc* a efectos de la restitución de las prestaciones.

III. EFECTOS Y ALCANCE DE LA NULIDAD

La nulidad de pleno derecho del artículo 101.2 solo afecta a las disposiciones contractuales incompatibles con el apartado 1 y que no cumplan los criterios de exención del apartado 3. Las consecuencias de esta nulidad respecto de los demás elementos del contrato no están reguladas por el Derecho comunitario. Lo mismo sucede en relación con los posibles pedidos realizados y los suministros efectuados conforme a dichos acuerdos y con las obligaciones de pago que resultan de los mismos. Compete al órgano jurisdiccional nacional apreciar dichas consecuencias conforme a su propio ordenamiento.

Si bien la principal consecuencia de la nulidad es la ineficacia del negocio viciado, esto no significa que la realización de un contrato nulo carezca de efectos jurídicos, sino que va a producir, no los efectos queridos por las partes, sino los propios de la nulidad, que pueden ser de diverso signo. Los efectos

negativos se refieren a la ausencia de fuerza vinculante del contrato entre las partes y en relación a terceros, mientras que los efectos positivos hacen referencia a la remoción de las consecuencias materiales de la conducta, mediante la restitución recíproca de las prestaciones efectuadas. Estos efectos pueden ser modulados por el legislador o por los tribunales, bien, por ejemplo, señalando un efecto *ex nunc* a la declaración de invalidez; permitiendo u ordenando que se produzcan algunos de los efectos del contrato pero no su totalidad (nulidad parcial) o, finalmente, limitando el derecho a la restitución en aplicación de la doctrina de la causa torpe (DELGADO/PARRA, 2005, 203 y sigs.).

1. Nulidad parcial

Los contratos y otros negocios jurídicos, en cuanto regulación privada de situaciones complejas, se componen, generalmente, de una pluralidad de disposiciones o reglas de conducta. La nulidad —y, por tanto, la ineficacia que de ella se deriva—, puede afectar, al menos, en abstracto—, tanto a la totalidad del negocio como solo a una o varias de estas disposiciones que lo integran.

El alcance total o parcial de la nulidad de los acuerdos anticompetitivos es una de las cuestiones más complejas y con mayor incidencia y dificultades en la práctica, puestas de manifiesto en la ausencia de una línea jurisprudencial de razonamiento homogénea y en la existencia de posturas manifiestamente enfrentadas en la doctrina. En principio, dos son las cuestiones que conviene dilucidar. En primer lugar, es preciso determinar, en el caso concreto en que se ha planteado el vicio de nulidad si cabría o no limitar los efectos de esta a alguna de las disposiciones del negocio afectado. En caso afirmativo, se plantea la cuestión de la forma de integración del contrato parcialmente nulo. Ahora bien, la valoración de estas cuestiones conexas no responde siempre a este razonamiento sucesivo, y puede plantearse que la imposibilidad de integración del contrato determine que acabe descartándose la opción inicial por la nulidad parcial y se opte, finalmente, por la ineficacia de todo el negocio jurídico.

El Derecho comunitario no ofrece respuesta concluyente —al menos, de forma expresa— a este interrogante, ya que, si bien es cierto que reiterada jurisprudencia del TJ ha puesto de manifiesto una clara preferencia por la conservación del negocio jurídico y, consiguientemente, por limitar el alcance de la nulidad a las cláusulas contrarias al Derecho de la competencia, se condiciona esta limitación a la posibilidad de que las mismas puedan ser escindidas del resto de elementos del contrato[22]. Posibilidad cuya valoración se remite a las autoridades judiciales nacionales, que deberán resolver en el caso concreto la conveniencia o no de extender la ineficacia a todas las disposiciones contractuales y, en su caso, la forma de reintegración del espacio dejado por la cláusula nula.

Pese a que en todos los ordenamientos —o, al menos, en la jurisprudencia— de los Estados miembros se encuentran arbitradas reglas en relación a la nulidad parcial, las soluciones o principios que la informan difieren ciertamente entre ellos[23]. Algunos ordenamientos, como el alemán o el italiano, establecen normativamente una regla general sobre el alcance de la nulidad, vinculada en ambos casos a la voluntad de las partes, pero partiendo de premisas distintas. Así, mientras que en el caso italiano se establece como punto de partida la ineficacia parcial (art. 1419 *Codice Civile*), el BGB alemán, en su párrafo 139, considera que el negocio es nulo en su totalidad, a menos que quepa suponer que las partes lo hubieran concluido igualmente sin la parte nula. En el Derecho inglés se ha reconocido judicialmente la posibilidad de separar las partes contractuales nulas, manteniendo la validez del resto del acuerdo (*severance*), siempre que se cumplan una serie de requisitos. En primer lugar, en aplicación del conocido como *blue pencil test*, se elimina la cláusula nula, y se valora si el remanente contractual posee sentido sin ella. En caso afirmativo, procederá la separabilidad, siempre que esta no implique «una alteración sustancial del alcance y finalidad del acuerdo», «sea contraria al orden público» o «la disposición invalidada constituyera la causa del contrato»[24]. El carácter ciertamente indeterminado de estos criterios ha posibilitado soluciones muy dispares en su aplicación a la nulidad de los acuerdos restrictivos de la competencia, reconociéndose la nulidad parcial en los casos en los que la parte que invocaba la infracción pretendía justificar así el incumplimiento de obligaciones contractuales y rechazándose, en otros supuestos, en los que estas partes solicitaban, por el contrario, la limitación de la ineficacia a la cláusula nula (BELLAMY/CHILD, 2001, 788 y sigs.).

En el caso español no se establece una regla general sobre el alcance de la nulidad en relación al contenido del contrato viciado. La solución requiere la ponderación de dos intereses enfrentados: el principio de conservación del contrato manifestado en la máxima *utile per inutile non vitiatur* y el respeto al principio de autonomía privada y a la voluntad reguladora de las partes que podría verse lesionado en caso de imposición de una regulación mutilada (DÍEZ PICAZO, 1996, 481).

En relación con la primera cuestión, puede ocurrir que sea el propio legislador el que delimite el alcance de la nulidad en un supuesto concreto. En este sentido, la nulidad parcial se recoge en el Código Civil como solución específica en numerosas disposiciones, en las que se establece que la posible cláusula nula se tenga por no puesta[25]. También encontramos ejemplos de nulidad parcial establecida normativamente en la legislación mercantil[26]. Específicamente además, dentro del campo del Derecho de la competencia, se ha señalado que las restricciones excluidas en las cláusulas grises de los Reglamentos de exención por categorías vendrían a constituir un caso de nulidad parcial por imperativo legal[27].

Cuando no esté recogida como sanción expresamente prevista, se han distinguido jurisprudencial y doctrinalmente dos ámbitos en los que cabe aplicar la ineficacia parcial como consecuencia jurídica resultante de un negocio viciado de nulidad de pleno derecho.

Mayoritariamente, la doctrina civilista más tradicional defiende la necesidad de atender a la voluntad, presunta o expresa, de las partes para determinar el alcance de la nulidad. Si la autonomía privada es el elemento estructurador de las relaciones entre los particulares, esta debería desplegarse con rotundidad en estos supuestos, lo que significa que procederá la nulidad parcial cuando se puede deducir de la voluntad de las partes que el negocio habría sido querido igualmente sin la parte afectada de nulidad. El Tribunal Supremo condiciona, no obstante, la escisión del contrato, al cumplimiento cumulativo de dos requisitos. En primer lugar, el negocio no debe ser indivisible y, además, la nulidad no debe afectar a uno o más elementos esenciales del mismo[28]. Para que se consideren afectados los elementos esenciales del negocio jurídico sería preciso que se diera alguna de las siguientes situaciones: que sin los contenidos inválidos no sea posible dar un significado al negocio; que, tras la amputación del contenido nulo la modificación del negocio sea tal que se esté ante un negocio nuevo con causa distinta de la original; que la supresión de la cláusula comporte una desventaja económica para una de las partes tal que convierta al negocio en excesivamente oneroso para ella y que, suprimida la cláusula, no haya referencias para saber qué regulación habrían querido las partes[29].

Pero no solo cabe tener en consideración la voluntad de las partes a efectos de apreciar la procedencia de la nulidad parcial. En este sentido, aunque una norma no establezca expresamente esta modalidad de sanción en los casos de su contravención, esta consecuencia puede apreciarse si con la misma se evitan situaciones fraudulentas. Se trata de la denominada nulidad parcial objetiva o por fraude de ley, que encuentra su principal campo de aplicación en las normas de protección, es decir, en el caso de normas imperativas dictadas con la finalidad de reequilibrar las posiciones contractuales y proteger al contratante más débil[30]. Dentro de este grupo de nulidad parcial por fraude de ley pueden encontrar cabida también otros supuestos, como el incumplimiento de una normativa administrativa que establezca las condiciones de competencia en un mercado regulado (GONZÁLEZ GARCÍA, 2016, 252 y sigs.).

¿Resultan estos criterios adecuados en la valoración del alcance de la ineficacia de un acuerdo restrictivo de la competencia?

El artículo 101.2 TFUE (y sus equivalentes nacionales) se limitan a establecer la prohibición de acuerdos restrictivos, sin ninguna referencia expresa a las consecuencias de la infracción, tanto en lo que se refiere al alcance de la nulidad como a un eventual mecanismo de integración de la parte nula.

La jurisprudencia española viene siendo muy reticente a la preservación de parte del negocio jurídico cuando una o varias de sus disposiciones están

viciadas de nulidad por contravenir la prohibición de acuerdos restrictivos. Los tribunales, pese a partir de la posibilidad en abstracto (por otra parte, impuesta por el Derecho europeo), de una nulidad parcial que afectara solo a la disposición anticompetitiva, la rechazan en el caso concreto. Entre las razones frecuentemente alegadas, se encuentran: la esencialidad de la cláusula prohibida, el hecho de que el objeto del contrato en su totalidad fuera la restricción de la competencia y la imposibilidad de integración del contrato en respeto de la voluntad de las partes de apreciarse la nulidad parcial[31]. El respeto a la autonomía privada y a la necesidad de indagar en la voluntad de los contratantes, tanto originaria, a fin de valorar si las partes hubieran celebrado el contrato en ausencia de la cláusula nula, como sobrevenida, para ponderar la posibilidad de integración consensuada del contrato, ha estado muy presente en los razonamientos judiciales[32]. Si bien la nulidad total es la respuesta judicial más frecuente, el Tribunal Supremo ha reconocido en alguna ocasión, la conveniencia de limitar la ineficacia a la cláusula nula[33]. El problema es que, en estos supuestos, no sigue un razonamiento claro y para llegar a esa conclusión entremezcla criterios que impiden deducir una línea uniforme de razonamiento sobre la aplicabilidad de la nulidad parcial[34].

Esta solución drástica (sin duda, más fácil de implementar en la práctica), ha sido fuertemente contestada desde diversos sectores doctrinales, con base en argumentos muy diversos que sirven para evidenciar la complejidad de los supuestos dada la multiplicidad de conductas que caben dentro de la categoría de acuerdos prohibidos, y, sobre todo, las grandes diferencias entre la valoración de acuerdos horizontales y verticales y la necesidad de atender al caso concreto desde las perspectivas adecuadas.

Al tratar el fundamento de la nulidad de los acuerdos anticompetitivos, ya se puso de manifiesto como esta resulta de la vulneración de los límites impuestos a la autonomía privada por una normativa imperativa. Las normas delimitan así, por tanto, el margen de maniobra de las voluntades particulares que, en principio, solo deberán ser tenidas en cuenta una vez se restaure o garantice el objetivo pretendido por la norma vulnerada (MARTÍ MIRAVALLS, 2011, 302). Por tanto el criterio decisivo para resolver sobre la pervivencia parcial o no del contrato no debe venir determinado por cuál es la solución deseada o preferida por las partes contractuales sino cuál es la más acorde con la finalidad y la *ratio* de la norma infringida.

Probablemente, la determinación de cuáles sean los objetivos que a las normas de la libre competencia compete tutelar y promover constituya una de las cuestiones más complejas de este concreto sector del ordenamiento jurídico, que ha dado lugar a innumerables contribuciones doctrinales y enconados debates continuamente replanteados[35]. Obviamente, este análisis excede con mucho el objetivo del presente trabajo, basta simplemente con señalar que, con independencia de la posición que se adopte sobre la naturaleza de los objetivos, o la mayor o menor importancia de fines económicos, en términos de eficiencia,

de las normas *antitrust*, lo que sí resulta incuestionable es que los objetivos perseguidos con ellas y, por tanto, con la prohibición de acuerdos restrictivos, trascienden las posiciones individuales. La normativa *antitrust* está orientada a garantizar el correcto o adecuado funcionamiento de los mercados, interés, por tanto, de carácter general o público. La prohibición de acuerdos restrictivos no tiene como finalidad evitar o corregir posiciones desiguales en el poder de negociación de las partes contractuales. La autonomía privada se ve limitada por la prohibición de acuerdos restrictivos para proteger al consumidor en sentido amplio como protagonista último del mercado y no como parte contractual especialmente débil. Por ello, no compartimos las posiciones que utilizan el argumento del equilibrio entre las prestaciones de los contratantes como criterio para fundamentar la nulidad parcial del contrato[36], ni siquiera cuándo es utilizado de forma residual o indirecta, en cuanto puede introducir distorsiones en el análisis. Si bien los intereses de las partes contratantes (especialmente de la parte débil) y del mercado pueden estar alineados en el caso concreto, en cuanto víctimas ambos del ejercicio de poder económico, en los casos de divergencias entre ambos, la solución ha de decantarse no por la que más satisfaga a los contratantes, sino por la más acorde con el objetivo de tutela del mercado.

Una vez purgada la finalidad de la prohibición de acuerdos restrictivos y limitada a evitar distorsiones de la competencia y garantizar un correcto funcionamiento de los mercados, surgen nuevos interrogantes. ¿Cabe deducir de esta finalidad una solución a la alternativa entre conservación del contrato o propagación de la nulidad?

No es posible una respuesta única frente a esta cuestión. La solución más acorde con la finalidad de tutela del mercado puede ser la nulidad total, la parcial o, incluso puede ocurrir que la respuesta sea indiferente desde esta perspectiva. La ausencia de una conclusión general no significa, no obstante, que los tribunales hayan de moverse en el vacío. El marco comunitario, la *ratio* de la norma y la aplicación de los principios jurisprudenciales que han venido siendo desarrollados sobre el alcance de la nulidad, permite fijar una serie de pautas o reglas básicas.

En primer lugar, no solo la nulidad parcial no es incompatible en los casos de acuerdos restrictivos de la competencia, sino que constituye precisamente el punto de partida de las autoridades europeas, que han manifestado una clara preferencia por limitar los efectos de la nulidad a la cláusula anticompetitiva.

En segundo lugar, la nulidad absoluta aparece como respuesta más adecuada en aquellos casos en los que la única finalidad del contrato es la restricción de la competencia. La cláusula ilícita constituiría el elemento configurador del contenido de un negocio jurídico. ¿Qué figuras contractuales pueden encontrar cabida en estos supuestos? Frente a algunas posturas que extienden la ilicitud de la causa a la totalidad del catálogo ejemplificativo de prácticas restrictivas incluido en el artículo 101.1 TFUE (y equivalentes nacionales), así como a las

restricciones consideradas especialmente graves (cláusulas negras) previstas en los distintos Reglamentos de exención por categorías (GONZÁLEZ GARCÍA, 2016, 215) consideramos conveniente una visión más restrictiva. Solo debería partirse de la nulidad total en aquellos negocios cuya única razón de ser es precisamente la restricción de la competencia: cárteles, acuerdos de reparto de mercados, etc. Restricciones especialmente graves y, sobre todo, aisladas, no enmarcadas en un negocio jurídico más amplio de finalidad lícita[37]. Precisamente aquellos casos respecto de los cuales como señalamos con anterioridad, y salvo situaciones claramente excepcionales, no existe un interés de las partes contratantes por exigir o cuestionar su contenido en juicio.

En el resto de supuestos, en los que la restricción prohibida se inserta en un negocio jurídico con una finalidad más amplia: acuerdos horizontales de cooperación; acuerdos de distribución comercial; acuerdos de transferencia de tecnología y, en general, en cualquier negocio complejo, habría de partirse, en principio, de la nulidad parcial. ¿Por qué? En primer lugar, es una solución adecuada al interés público tutelado por las normas *antitrust*: preservación de mercados en los que no se falseen las condiciones de competencia. Sin llegar al extremo de defender una equivalencia absoluta entre ese interés público y la conservación del negocio jurídico[38], en cualquier caso no es incompatible con el mismo ni lo lesiona. La nulidad parcial permite salvar un contrato ajustando sus contenidos a los límites impuestos por el Derecho de la competencia. Supone la forma mínima de intervención que garantiza el desenvolvimiento lícito de las relaciones privadas. La sanción de nulidad de los acuerdos anticompetitivos lo único que pretende es la eliminación del mundo jurídico de aquellas partes de un contrato que no han respetado la barrera impuesta por la necesidad de proteger la libre competencia en los mercados. Además, la limitación de la ineficacia del contrato a los aspectos anticompetitivos resulta conveniente desde otras perspectivas. Por una parte, puede resultar más sencilla en los casos, frecuentes en este terreno, de que se alegue la ilicitud de cláusulas insertas en contratos que han venido ejecutándose durante largos periodos de tiempo, dada la dificultad que puede plantear la remoción de los efectos materiales del negocio jurídico declarado totalmente nulo a través de la restitución de prestaciones. Finalmente, cabe alegar en su defensa un argumento de justicia, ya que constituye la solución más idónea para limitar o impedir el ejercicio abusivo de los derechos y evitar estrategias oportunistas de las partes contratantes. La nulidad parcial evita la restitución de las prestaciones, al menos parcialmente, y el incumplimiento global de las obligaciones derivadas del contrato.

En cualquier caso, la solución final vendrá condicionada por la posibilidad de pervivencia del contrato mutilado, una vez purgado de la cláusula nula. El principal problema o dificultad en los casos en los que se limita la ineficacia a una o varias cláusulas contractuales, es la reintegración del negocio. Al tratarse las normas *antitrust* de reglas imperativas negativas, que imponen una prohi-

bición, no contemplan un contenido legal expreso que haya de utilizarse para sustituir a las cláusulas nulas, por lo que es preciso acudir necesariamente a los distintos mecanismos de integración del contrato.

La solución más sencilla y que debería ser intentada en primer lugar, es valorar si la simple eliminación de la cláusula nula permitiría la supervivencia del contrato sin necesidad de que este experimente modificaciones. Se trataría de una ineficacia parcial eliminatoria que opera de forma similar al *blue pencil test* anglosajón. Las cláusulas grises contenidas en los distintos Reglamentos de exención por categorías podrían constituir un parámetro útil, sobre el tipo de restricciones cuya desaparición no habría de afectar, en principio, a la pervivencia del contrato, desde el momento en que su eventual anticompetitividad no afecta a la validez del resto del acuerdo[39]. Tomando como referencia el Reglamento de exención de acuerdos verticales, dado que es en el campo de la distribución comercial donde mayor número de casos de nulidad de acuerdos anticompetitivos se han planteado, en este se recogen tres tipos de conductas no cubiertas por la exención, que se traducen, todas ellas en último término, en compromisos de exclusividad y obligaciones de no hacer. En este sentido, las cláusulas no autorizadas se refieren a obligaciones de no competencia tanto durante como tras la vigencia del contrato que no cumplan determinadas condiciones y a la prohibición de venta de marcas competidoras en los sistemas de distribución selectiva. En la mayoría de las situaciones en las que la anticompetitividad se refiera a la imposición de una obligación negativa, bastaría con restaurar la libertad comprometida: la prohibición de ventas pasivas frente a determinados clientes o territorios se elimina, permitiéndose estas; la anticompetitividad resultante de la obligación de no distribuir los productos de marcas competidoras en los sistemas de distribución selectiva se restaura permitiéndose esas ventas, etc.

Más problemático es la determinación del contenido sustitutivo de las cláusulas nulas cuando estas afectan a elementos esenciales y, por lo tanto, su eliminación dificulta el mantenimiento del contrato. Esta ineficacia parcial sustitutoria es más compleja porque confiere al juez un poder de reconstrucción del contrato al margen de la autonomía de voluntad de las partes. Ahora bien, pese a que las normas *antitrust* no fijan de manera expresa el contenido que han de tener los acuerdos para garantizar su licitud, sí marcan en numerosas ocasiones los parámetros máximos dentro de los cuales se entiende que no se produce una lesión a la competencia. Por tanto, los tribunales que se vean en la necesidad de integrar el contenido de una cláusula nula, pueden recurrir a estos para garantizar la pervivencia del contrato de conformidad con la ley. Así, por ejemplo, en el caso de cláusulas de exclusiva que excedan de la duración prevista en los Reglamentos cabría valorar la posibilidad de sustitución de la duración de la cláusula nula por el máximo legal permitido[40]; en el caso de fijación de precios mínimos de reventa, estos precios establecidos con carácter imperativo pasarían a considerarse dispositivos, meras recomendaciones, etc.

2. La propagación de la nulidad

El problema de la determinación del alcance de la nulidad no se agota en el seno del contrato viciado sino que puede extenderse a otras relaciones negociales relacionadas o conectadas con este, ya sea celebradas entre las mismas partes, ya sea concluidas con terceros ajenos a la relación inicial. Se trata de la situación conocida como *nulidad derivada*, *en cascada* o *en cadena*, que atiende a la posibilidad de que la ineficacia de un negocio alcance a otros que se basen o traigan causa en aquel. Si bien esta cuestión ha tenido un desarrollo doctrinal y jurisprudencial más reducido que la nulidad parcial, los principios que la vertebran son esencialmente los mismos. Su traslación al ámbito *antitrust* puede dar lugar al planteamiento de interrogantes similares a estos: ¿La nulidad de un cártel de fijación de los precios de azúcar industrial puede extenderse a los acuerdos verticales de compraventa de azúcar celebrados, en ejecución de dicho cártel, entre las azucareras cartelistas y las principales empresas galleteras? Y ¿a los acuerdos de compraventa de galletas celebrados entre estas y sus distribuidores? Y ¿entre los distribuidores y los consumidores finales? ¿Están viciados de nulidad los contratos celebrados entre la Administración y la empresa determinada tras un acuerdo de amaño de ofertas o *bid-rigging*? ¿Es también ineficaz el contrato de opción de compra celebrado junto a un contrato de abanderamiento contrario a las normas de competencia? ¿O un contrato de fianza anexo a este? ¿Y los contratos de distribución de carburante a los consumidores finales? Diversas compañías eléctricas acuerdan un modelo de contrato de distribución de energía en el que se incluye un cláusula de ajuste de precio en un porcentaje fijo en el caso de subidas de impuestos. ¿El acuerdo de distribución en el que se implementa esa cláusula y se ajusta el precio en la proporción convenida horizontalmente es nulo?[41].

Como ponen claramente de manifiesto los ejemplos considerados, la posibilidad de ramificaciones negociales del contrato nulo es amplísima, como también lo es la diversidad de los vínculos que pueden establecerse entre los distintos contratos relacionados con el inicial acuerdo restrictivo. Ahora bien, en el caso de los acuerdos anticompetitivos, y dado que las normas generales permiten resolver con mayor o menor facilidad sobre la eventual ineficacia de los contratos en una relación pura de accesoriedad con la conducta prohibida, el debate se ha planteado principalmente sobre la posible extensión de la ineficacia a contratos derivados o *follow-on*, es decir, a contratos celebrados por las empresas infractoras con terceros situados aguas arriba o aguas abajo de estas[42].

En principio, es posible delimitar dos posibles escenarios. Un primero rechaza la extensión de la ineficacia a otras relaciones contractuales distintas de las consideradas anticompetitivas en aplicación del artículo 101.2 TFUE. Los terceros, —empresas o consumidores—, que no hayan sido parte de la relación nula, no disponen de remedios negociales para cuestionar la validez de los contratos

celebrados con las empresas infractoras o con las empresas que hayan tenido relaciones jurídicas con ellas, sino únicamente de la acción de resarcimiento de los daños que la conducta ilícita haya podido causarles en sus patrimonios individuales. Una segunda posición vendría constituida, contrariamente, por la posibilidad de que los contratos relacionados con el acuerdo anticompetitivo original, puedan verse afectados por el vicio de este, y consiguientemente, se reconozca a las partes implicadas el derecho a solicitar la nulidad del acuerdo u otro mecanismo jurídico que permita privar de eficacia al contrato derivado, como la anulabilidad o la rescisión. Se posibilitaría así, la justificación del incumplimiento de las obligaciones derivadas de ese negocio nulo por derivación así como la disolución del vínculo contractual.

El examen de los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros —y de las diversas posiciones doctrinales nacionales— pone de manifiesto no solo la inexistencia de reglas claras y uniformes en relación a la extensión de la nulidad a otras relaciones contractuales, sino, además, la utilización de criterios de la más variada naturaleza, que atienden a la protección de intereses generalmente no coincidentes, para decantarse por una u otra de las dos soluciones adelantadas.

La respuesta a la cuestión de la validez de los contratos derivados de acuerdos anticompetitivos puede buscarse, teóricamente, tanto en las propias normas de Derecho de la competencia, europeas y nacionales, como en el marco de los principios y reglas sobre la contratación de los distintos Estados miembros[43].

En cualquier caso y antes de proceder al análisis individualizado de cada uno de estos parámetros, es importante tener en cuenta como punto de partida, al igual que ocurría en el caso de la nulidad parcial, que la pregunta inicial no debería ser si los mecanismos de ineficacia jurídica ofrecen una protección adecuada a los sujetos afectados por estipulaciones contractuales anticompetitivas, sino si la extensión de la nulidad es acorde con los objetivos de interés público perseguidos por las normas *antitrust*. Así, al menos en el marco del análisis desde la óptica del Derecho de la competencia, esta habría de ser el interés principal[44], sin perjuicio de que pueda ser ponderado con otros, como la protección de la seguridad jurídica o el justo equilibrio de las prestaciones o la protección del contratante débil, en aplicación de los principios que informan otros sectores del ordenamiento jurídico, como el Derecho de los contratos o las normas sobre responsabilidad civil extracontractual.

Desde las autoridades europeas no obtenemos muchas respuestas. Si bien el TJ ha adoptado un enfoque restrictivo en relación a la propagación de la nulidad, limitando como. cuestión de principio, la sanción de nulidad a los acuerdos que en sí mismos constituyen una violación del artículo 101.1 TFUE, al igual que en el caso de la nulidad parcial reenvía a los Estados miembros la determinación de la medida en que la nulidad del acuerdo puede afectar la

validez de otros contratos accesorios que constituyan la ejecución o el desarrollo del comportamiento anticoncurrencial[45].

La pelota está de nuevo en el campo de las autoridades nacionales… Conclusión que se ve reforzada por la posición adoptada por la Comisión Europea en la Decisión *Astra*[46] que si bien defiende que los contratos derivados no caen en el ámbito de prohibición del artículo 101.1, reconoce que la mera nulidad de los acuerdos colusorios puede no ser suficiente para acabar con las consecuencias negativas sobre la competencia en algunos casos, en los que el efecto restrictivo es trasladado aguas arriba o aguas abajo mediante la conclusión de otros negocios jurídicos. ¿Qué hacer en estos supuestos? El ejecutivo comunitario no se pronuncia directamente sobre la extensión de la nulidad y se limita a exigir a las empresas implicadas en la práctica prohibida la adopción de algún mecanismo corrector, como la renegociación del contrato derivado o su rescisión para «restablecer la situación de las víctimas».

Es preciso, por tanto, acudir a los ordenamientos nacionales, a fin de valorar si cabe predicar la nulidad —u otra forma de ineficacia negocial—, de los acuerdos derivados, en aplicación, bien de la normativa *antitrust* nacional (que, de este modo podría hacerse extensible a las infracciones del Derecho europeo sobre la base del principio de equivalencia), bien de los principios y normas generales sobre contratación.

El examen de las distintos sistemas *antitrust* estatales pone de manifiesto que, excepto en algún supuesto normativo aislado —y no concluyente— que reconoce la posible propagación de la nulidad[47], con carácter general se defiende el mantenimiento de la validez de los contratos derivados o *follow-on contracts*. Las distintas ramificaciones horizontales o verticales de los acuerdos no estarían cubiertas por la prohibición, a menos que en sí mismas reúnan los elementos del ilícito del artículo 101.1 (y equivalentes nacionales) y se puedan considerar acuerdos restrictivos[48].

Ahora bien, pese a que en la práctica parece existir cierto consenso, la situación no es doctrinalmente pacífica, enfrentándose partidarios y detractores de la propagación de la nulidad en un debate que ha trascendido, al menos, en algunos ordenamientos, al ámbito judicial[49].

Frente a la postura tradicional limitativa de la nulidad al acuerdo prohibido, se alega, fundamentalmente, que tanto la propia eficacia del Derecho *antitrust* y, en concreto, de la prohibición de acuerdos restrictivos, así como el eventual efecto disuasorio de la sanción de nulidad pueden verse cuestionados si se mantiene la validez civil de los acuerdos destinados a ejecutar o implementar una conducta colusoria prohibida.

Si el Derecho de la competencia tiene como finalidad la prevención y la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia debería establecerse alguna medida contra los contratos que constituyen la implementación en la práctica de los efectos anticompetitivos del acuerdo inicial. Resulta incoherente que se

defienda, por ejemplo, la nulidad de un cártel de fijación de precios, pero que los tribunales deban mantener la validez y ejecutabilidad de los acuerdos verticales destinados a llevar a la práctica el acuerdo prohibido. Si no se transmite la invalidez, en realidad se estaría ignorando la propia prohibición de las conductas anticompetitivas, o al menos, su efecto útil, ya que los efectos anticompetitivos seguirían produciéndose en el mercado[50]. Los hechos que, en realidad, distorsionan el funcionamiento de la libre competencia: precios supracompetitivos, reducción de la producción o exclusión de competidores se actúan, no a través del acuerdo anticoncurrencial, sino de los contratos de ejecución del mismo.

No compartimos estas posiciones. Aunque formal o teóricamente la extensión de la nulidad a los acuerdos que implementan una práctica anticompetitiva podría resultar coherente con los objetivos del Derecho *antitrust*, que no son otros que intentar garantizar que los mercados funcionan de manera no falseada, evitando restricciones artificiales de la competencia en interés de todos los sujetos y agentes económicos, en la práctica constituye una solución inadecuada que plantea muchos más inconvenientes que ventajas. En principio, la nulidad supone la negación de cualquier efecto jurídico del acuerdo y la posibilidad de remoción de sus efectos materiales mediante el reconocimiento del derecho a la restitución de las prestaciones efectuadas por las partes contratantes. De extenderse la nulidad a los acuerdos derivados, ¿se conseguiría efectivamente la remoción de todos los efectos anticompetitivos y el restablecimiento de la situación de competencia anterior a la celebración del acuerdo inicialmente prohibido? Resulta bastante ingenuo pensar en una respuesta afirmativa.

En primer lugar, esta solución plantearía enormes problemas en la práctica, tanto de delimitación como de aplicación. Así, sería preciso, dentro de las múltiples ramificaciones negociales que podrían derivarse del contrato prohibido, seleccionar cuáles son los acuerdos afectados por la nulidad derivada. Esto presupone que la invalidez del contrato anticompetitivo repercute sobre la validez del contrato aguas abajo, hecho que debería ser demostrado y que introduciría en el análisis consideraciones como la valoración de la posible repercusión o *passing-on* del sobreprecio a fin de delimitar en que escalón de la cadena productiva y distributiva se concretan las consecuencias anticompetitivas. Igualmente, también sería preciso realizar el juicio sobre el alcance de esa nulidad derivada, es decir, la identificación de los elementos nulos y la valoración sobre si la ineficacia ha de limitarse a estos, lo que introduciría la necesidad de su integración, o si, por el contrario, afectaría a todo el acuerdo. Pero sin duda, la cuestión más problemática la plantearía la eventual restitución de las prestaciones que se antoja como una maniobra difícil, cuando no imposible en numerosas ocasiones, dados los escenarios en los que más frecuentemente se plantean los problemas de nulidad de las prácticas anticompetitivas. Contratos habitualmente ya ejecutados, que en la práctica han producido todos sus efectos. Efectos que, además, se han extendido en el tiempo, y que generalmente, se

engarzan con otras relaciones negociales, formando parte de una cadena más o menos amplia de contratos orientados a hacer llegar los bienes o servicios a los destinatarios finales. En realidad, a nuestro juicio, estos problemas son reflejo de la inadecuabilidad de la sanción civil de nulidad en el marco del Derecho *antitrust*, o al menos, de su encaje un tanto forzado, en contratos proyectados al mercado, en el que los intereses de las partes se van a entremezclar con los intereses de terceros y del tráfico jurídico en general.

No solo las dificultades prácticas en su aplicación y los escasos resultados —en relación a la protección de la competencia— que supone la extensión de la ineficacia a contratos no prohibidos directamente por la norma *antitrust*, desaconsejan su reconocimiento. Las pretendidas ventajas e intereses tutelados han de ser ponderados con otros intereses cuya afectación es susceptible de causar aún mayores distorsiones en los mercados. La nulidad en cadena puede ser sumamente perturbadora del tráfico jurídico. La declaración de invalidez de contratos no prohibidos directamente por la norma cuestiona la máxima *pacta sunt servanda* introduciendo dudas sobre la estabilidad de las relaciones con terceros y la seguridad del tráfico en los mercados.

Finalmente, en relación a la pretendida limitación de la eficacia disuasoria de conductas anticompetitivas de la sanción de nulidad, consideramos que esta función compete directa y principalmente a las sanciones administrativas, sin perjuicio de que, efectivamente, tanto la nulidad y el resarcimiento de daños puedan contribuir, indirectamente a prevenir la realización de prácticas contrarias a la competencia, pero sin ser esta su finalidad primera[51].

Si desde el Derecho *antitrust* resulta, por tanto, difícilmente justificable la extensión de la nulidad, puede valorarse su conveniencia desde otros sectores del ordenamiento jurídico que atiendan fundamentalmente a la protección de los intereses particulares de las partes contractuales, como el Derecho de contratos o las normas sobre responsabilidad civil extracontractual. ¿Los contratos que incluyen términos o condiciones cuyo contenido es el resultado de la implementación de un acuerdo restrictivo de la competencia pueden ser atacados desde otras perspectivas para proteger el interés de los contratantes en no verse afectados por prácticas anticompetitivas?

El análisis del resarcimiento de los daños derivados de prácticas anticompetitivas excede del ámbito de análisis de esta obra, aquí nos limitaremos a plantear brevemente algunas cuestiones sobre la validez o eficacia del negocio derivado desde una perspectiva contractual. En este marco se atenderá tanto a la posible ineficacia de un contrato por derivación, es decir, por su relación con un contrato anticompetitivo nulo, como a la eventual ineficacia propia, debido a la presencia de un vicio o defecto intrínseco al contrato que justifique su nulidad, absoluta o relativa.

Respecto de la propagación de la ineficacia y en ausencia de norma legal, no cabe sentar reglas generales para determinar cuando la nulidad de un acto

deba trascender a otro posterior que con él se relacione o que en el mismo se apoye[52]. Tradicionalmente, se recurre para resolver esta cuestión a la regla de accesoriedad (*accesorium sequitur principale*), de tal modo que la nulidad de un contrato principal (*ad. ex.* un préstamo hipotecario) determinará la de los negocios accesorios a este (*ad. ex.* la garantía hipotecaria)[53]. Ahora bien, la doctrina alerta sobre las limitaciones de esta regla que no permite ofrecer una respuesta contundente en todos los casos, dada la propia relatividad de los conceptos de accesorio y principal que puede determinar la valoración de la operación como un todo que las partes no hubieran querido realizar sin lo aparentemente accesorio, así como el hecho de que no siempre lo accesorio se da respecto del contenido de la obligación principal.

Un sector doctrinal ha defendido la conveniencia de atender al propósito negocial complejo, valorándolo como un todo y teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la naturaleza del negocio y las exigencias de la buena fe. De este modo, deberá extenderse la ineficacia, produciéndose una nulidad en cadena o propagada, cuando todos los contratos cooperen a la consecución del resultado económico o económico-social pretendido por las partes, es decir, cuándo pueda identificarse una única situación a través de la que se ejecuta la vulneración de la norma (DÍEZ PICAZO, 1996, 467 y sigs.; DELGADO-PARRA, 2005, 208 y sigs.).

La valoración del conjunto de contratos como un único negocio jurídico complejo, sin perjuicio de su posible trascendencia en el caso de negocios celebrados entre las mismas partes contractuales[54], no resulta adecuada, a nuestro juicio, en el ámbito de los acuerdos anticompetitivos derivados. En la mayoría de los casos, estaremos en presencia de negocios autónomos e independientes desde una perspectiva funcional, que obedecen a un propósito diverso del acuerdo prohibido sin perjuicio de que entre ellos exista la concatenación lógica de ser instrumentos empresariales integrantes de la cadena de producción y distribución de bienes y servicios en el mercado. Los acuerdos concluidos entre las empresas infractoras y los terceros son independientes de la práctica anticompetitiva inicial. La finalidad del contrato es, al menos, desde la perspectiva del tercero totalmente legítima y diversa de la que determinó la celebración del acuerdo prohibido (aún más en relación con acuerdos entre las empresas que contrataron con las infractoras y terceros) (GUSTAFFSON-HOSEINIAN, 2006, 8)[55]. Así, por ejemplo, en el caso de la celebración de un contrato de compraventa entre el miembro de un cártel de fijación de precios y su distribuidor, la naturaleza o finalidad económica del acuerdo, no varía porque el precio haya sido establecido aguas arriba en el contexto de un acuerdo anticompetitivo.

Es más, la razón de interés público que determina la sanción de nulidad de pleno derecho originaria, debería también fundamentar la extensión de la misma a otros negocios. Ya hemos analizado como la ineficacia contractual no es la solución más adecuada para proteger ese interés general en un mercado en

condiciones de competencia no falseada y como esta puede además ser especialmente dañina en relación a otros intereses generales de la importancia de la seguridad jurídica y la confianza en la estabilidad de las relaciones contractuales.

Pero es que, ni siquiera desde la perspectiva de tutela de los intereses de los contratantes que se relacionan con las empresas infractoras, la nulidad de sus acuerdos constituye la solución más adecuada. La ruptura del vínculo puede constituir para ellas una solución mucho más gravosa que la genera su cumplimiento, ya que, generalmente, estas tendrán interés en el mantenimiento del contrato. Así, por ejemplo, alegando la nulidad del contrato, los compradores que han estado dispuestos a pagar el precio cartelizado por un determinado bien, obtendrían, en principio, solamente la restitución de la cantidad pagada por el bien que, a menos que se aprecie causa torpe, debería a su vez ser restituido —o, al menos, su equivalente económica—, siendo su obtención la que realmente satisface sus intereses. Existen otros instrumentos para proteger los intereses de los agraviados por estas conductas como, fundamentalmente, el ejercicio de acciones de daños.

Desde una perspectiva contractual, se han planteado distintos argumentos que defienden que la nulidad de los acuerdos celebrados entre las empresas infractoras y terceros no deriva de la del acuerdo prohibido sino que es originaria o directa. A este razonamiento pueden ser adscritas tanto las posiciones que sostienen que los acuerdos derivados son nulos por contrarios a normas imperativas, o por tener un objeto o causa ilícitos, como aquellas que para solventar los inconvenientes que para las víctimas se derivan de la nulidad de pleno derecho, defienden la anulabilidad de estos por presentar algún vicio de la voluntad: dolo, intimidación o error.

Ninguna de estas posturas nos resulta convincente. Por lo que se refiere a las primeras, ya ha sido apuntado como es difícilmente sostenible la ilicitud del objeto o de la causa de estos acuerdos simplemente porque el precio, o el contenido de alguna de sus cláusulas ha sido determinado aguas arriba en el contexto de un acuerdo anticompetitivo. Tampoco cabe considerar que este acuerdo vulnera normas imperativas, ya que no reúne en sí mismo los elementos del ilícito anticompetitivo. El recurso a los vicios de la voluntad, que posibilitaría decantarse por la anulabilidad como forma de ineficacia[56], resulta un tanto forzado, siendo difícil que puedan apreciarse en los contratos derivados los elementos que justifican el derecho a solicitar la ineficacia del contrato debido a una incorrecta formación del consentimiento contractual[57].

3. Restitución prestaciones

La máxima *quod nullum est, nullum producit effectum* expresa que el contrato afectado por un vicio de nulidad no produce ningún efecto o, más exactamente,

que no debe producir ningún efecto digno de tutela por el ordenamiento jurídico. Es por ello que si, pese a la existencia del vicio, la realidad negocial surge y se desarrolla en la práctica, el ordenamiento jurídico va a arbitrar una serie de mecanismos orientados a garantizar que, efectivamente, pueda asegurarse la irrelevancia jurídica de los efectos fácticos derivados del contrato inválido. De este modo, dentro de estas reacciones frente al contrato ineficaz se encuentran tanto la inexigibilidad e irrelevancia de las prestaciones, como la restitución de las mismas, a fin de facilitar la desaparición de los efectos socialmente producidos y la vuelta de las cosas al ser y estado anterior a la celebración del contrato.

El Derecho europeo no contempla expresamente ningún instrumento restitutorio y, de nuevo en esta materia, reenvía a los ordenamientos jurídicos nacionales[58]. En el caso español, esta consecuencia de la nulidad —única expresamente prevista por el legislador— se regula en los artículos 1303 y siguientes del Código Civil, que delimitan el alcance y límites de la obligación recíproca de los contratantes de restituirse las prestaciones que en cumplimiento del contrato nulo realizaron.

A diferencia de lo que ocurre en relación a la acción de nulidad, cuya finalidad es meramente declarativa, la acción restitutoria contiene una pretensión sustantiva o de condena: la devolución de las aportaciones patrimoniales entre las partes contratantes de un negocio nulo. Estas acciones restitutorias tienen como base la ineficacia declarada del negocio jurídico. La restitución es, por tanto, consecuencia directa de la constatación de la nulidad del contrato. Ahora bien, sobre lo que existe menor consenso es sobre si se trata o no de una consecuencia necesaria, es decir, sobre la posibilidad de deslindar el ejercicio de la acción de nulidad de las pretensiones restitutorias. Obviamente, las partes pueden decidir si solicitan o no la restitución de las aportaciones ejecutadas con arreglo a un contrato nulo. La cuestión afectaría, por tanto, a la posibilidad de que esa restitución pudiera ser acordada de oficio por el tribunal sin incurrir en incongruencia.

Una primera postura defiende la necesidad de la restitución al margen de la voluntad de las partes y de cualquier otra circunstancia relativa al grado de ejecución o la naturaleza de las prestaciones, sobre la base de que es la propia ley la que exige que se reviertan los efectos indebidamente producidos al amparo de un contrato inválido[59]. Se trataría con ello, consiguientemente, de tutelar un interés objetivo general. Una segunda opinión admite, por el contrario, la posibilidad de que las partes decidan no plantear la restitución y que esta no pueda ser acordada de oficio por el juez, considerando que, en realidad, afecta exclusivamente a intereses subjetivos, concretamente al restablecimiento de eventuales desequilibrios patrimoniales entre las partes[60].

La confluencia de intereses generales y particulares en esta materia dificulta la adopción de conclusiones tajantes, si bien consideramos más adecuadas las posturas que defienden la posibilidad de escisión de acción de nulidad y accio-

nes restitutorias. Si detrás de las causas que determinan la nulidad absoluta o de pleno derecho de los negocios se encuentra la tutela de intereses generales, parece lógico considerar que la reversión de los efectos del negocio inválido y la vuelta a la situación anterior a su celebración es la postura más adecuada para la protección de dichos intereses. Si esa reversión es fácticamente posible, con la devolución de lo entregado en cumplimiento del contrato ilícito, puede quedar efectivamente restablecido el interés general —al menos desde esta perspectiva lógico-teórica—. Ahora bien, esta tutela del interés general se plantea mucho más difusa en otras ocasiones, como cuando la restitución originaria de las aportaciones patrimoniales deviene imposible y la única alternativa es la restitución de su valor económico. Al fin y al cabo, en estos casos, el objeto de las prestaciones se ha ejecutado, los efectos del contrato se han consolidado *de facto*, y la entrega de su valor económico no restaura realmente la situación anterior. La restitución por equivalencia parece obedecer más a la consideración de los intereses económicos particulares de las partes contratantes que a la salvaguarda o restitución de intereses generales dañados por el negocio ineficaz. Esta preponderancia de intereses subjetivos en materia de restitución permite entender, a nuestro juicio, determinadas características de su régimen jurídico, como, por ejemplo, la limitación de la legitimación para interponer acciones restitutorias a los contratantes o la posibilidad de sancionar a las partes con la negación de los efectos restitutorios y consolidación de los efectos del contrato nulo en los casos de causa torpe, así como diversos pronunciamientos de los tribunales de justicia, en los que se reconoce la posibilidad de limitar las consecuencias de la nulidad a su mera declaración.

El régimen de restitución previsto en el Código Civil está diseñado fundamentalmente sobre la base del contrato de compraventa, sin perjuicio de que pueda hacerse extensivo, siempre que sea posible, a los casos en los que existe una prestación única o a aportaciones patrimoniales de otra naturaleza (LÓPEZ BELTRÁN, 2009, 58). Así, en principio se prevé que la restitución de las cosas o bienes que han sido entregados en ejecución de un contrato nulo, deba hacerse *in natura*, mediante la restitución de esos mismos bienes. Si esta no fuera posible, procederá la restitución del equivalente pecuniario de las aportaciones patrimoniales realizadas (art. 1307 del Código Civil). Igualmente, se establece el carácter recíproco de la obligación de restitución en el artículo 1303 del Código Civil y se consigna, expresamente, la excepción de contrato no cumplido, al establecerse que mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a lo que está obligado, el otro no puede ser compelido a cumplir su parte (art. 1308 del Código Civil)[61].

Finalmente, el Código recoge dos supuestos excepcionales que permitirían la exclusión de las pretensiones resarcitorias y la consolidación —cuanto menos, parcial—, de los efectos derivados del contrato inválido. En este sentido, no procede la restitución de las prestaciones ejecutadas en cumplimiento de una

obligación derivada de un contrato nulo que constituya una actividad delictiva (art. 1305 del Código Civil) o cuando el contrato tenga una causa torpe que no constituya delito (art. 1306 del Código Civil). Preceptos cuya aplicación en la práctica, especialmente en relación con la calificación de torpeza, no es sencilla y han dado lugar, como tendremos ocasión de examinar, a pronunciamientos judiciales dispares, incluso por parte del propio Tribunal Supremo, cuando no manifiestamente enfrentados.

Esta ausencia de uniformidad está presente, en realidad, en la interpretación de todo el régimen jurídico sobre restitución de prestaciones y es fiel reflejo de las dificultades que ocasiona la aplicación de unas mismas normas en escenarios muy diversos, con prestaciones de diversa naturaleza y en distintos grados de ejecución, así como de la presencia de disposiciones como la causa torpe, de honda tradición histórica pero cuya impronta moralizadora de conductas tiene un difícil anclaje en la situación actual.

La traslación de estas normas al ámbito *antitrust* reproduce estos problemas aplicativos que, incluso se acrecientan, dadas las dificultades que plantea la aplicación de estos preceptos en escenarios caracterizados por la proyección al mercado de las conductas, lo que va a determinar, en muchos casos, que las relaciones o efectos «fácticos» que se han producido al amparo de un contrato nulo generalmente se hayan encadenado o engranado en otras relaciones jurídicas.

La restitución determina que, en principio, las partes de un acuerdo anticompetitivo están obligadas a devolverse lo que hayan entregado en cumplimiento de ese pacto. Obviamente, la operatividad de este precepto exige que los contratantes en virtud del acuerdo anticompetitivo se hayan comprometido a realizar una atribución patrimonial que pueda ser revertida, ya sea *in natura* o por equivalencia y, excluye a *priori*, en nuestra opinión, su aplicación a los casos en los que de los contratos se derivan simplemente obligaciones de no hacer (*ad. ex.* acuerdos de exclusiva, reparto de mercados, etc.) o de hacer que no impliquen una aportación patrimonial (*ad. ex.* acuerdo de incrementar los precios en un determinado porcentaje, o de fijar determinados precios de reventa).

Por lo que a la experiencia judicial de su aplicación se refiere, la línea general —marcada especialmente en los numerosos casos entre petroleras y estaciones de servicio— es una tendencia restrictiva en relación a las pretensiones de restitución, bien atendiéndose de manera parcial, bien rechazándose de pleno en el caso concreto, a menudo en base a una interpretación forzada de las normas.

Dos son las principales dificultades a las que los tribunales tienen habitualmente que hacer frente en los casos de restitución de aportaciones derivadas de un contrato anticompetitivo declarado nulo. En primer lugar, suele tratarse de contratos que en la práctica han desplegado ya sus efectos, generalmente, durante largos periodos de tiempo. En segundo lugar, la propia naturaleza de las prestaciones ejecutadas, habitualmente obligaciones de hacer, dificulta la restitución de lo actuado.

Por ello, el TS ha recurrido, en ocasiones, a las normas sobre resolución de los contratos de tracto sucesivo y ha considerado que si la restitución *in natura* no es posible habría que limitar los efectos de la nulidad al futuro[62]. La nulidad, en estos supuestos, produciría únicamente efectos *ex nunc*, consolidándose, por tanto, los producidos hasta la fecha de la declaración de invalidez. Es una posición que, al menos cuando se trate de la aplicación del artículo 101 TFUE puede encontrarse con la resistencia del Tribunal de Justicia europeo ya que, como hemos visto en apartados anteriores, este ha insistido reiteradamente en el carácter originario de la nulidad del artículo 101.2 TFUE[63].

La eventual viabilidad de las excepciones a la restitución en los casos de causa torpe tampoco ha sido abordada con profundidad por los tribunales, pese a que sí constituye un asunto debatido doctrinalmente. De hecho, algunos autores defienden un incremento del protagonismo de los remedios negociales y principalmente, restitutorios en el marco de la aplicación privada del Derecho *antitrust*, planteándolos como una alternativa eventualmente más interesante —desde una perspectiva procesal pero también económica— para las partes de un contrato anticompetitivo, que el ejercicio de acciones resarcitorias[64]. La restitución podría restaurar el equilibrio de las posiciones contractuales y evitar el enriquecimiento injusto de las partes. Ahora bien, su utilización adicional o como alternativa al resarcimiento carece de sentido si no se elimina la reciprocidad de la restitución, de tal modo que esta opere exclusivamente a favor de una de las partes contractuales, en principio, la «víctima» de la violación de las normas *antitrust*.

Con arreglo a las reglas del artículo 1306 del Código Civil, cuando la nulidad proviene de ser torpe la causa, si esta es común a ambos contratantes ninguno de ellos tiene derecho a la restitución. Si solo afecta a uno de ellos, únicamente este será privado de su derecho a la restitución. Por ello, frente a las pretensiones restitutorias, los contratantes pueden alegar la torpeza de la contraparte y evitar así la devolución de lo entregado por esta. El contratante inocente puede ejercitar las acciones restitutorias sin estar obligado a cumplir lo que hubiera prometido. Los tribunales españoles han sido muy reacios a considerar las alegaciones de torpeza en el ámbito del Derecho de la competencia, lo que no significa que siempre hayan atendido las solicitudes de restitución. Como ya hemos señalado, en lugar de aplicar la regla de la irrepetibilidad del artículo 1306.1 del Código Civil, se ha recurrido a otras argumentos para mantener el *status quo* resultante del contrato inválido, en los casos en los que no se consideraba razonable, por carecer de sentido económico o por su dificultad para proceder a la repristinación de la situación anterior.

El juego que la causa torpe puede desempeñar en el marco de la nulidad de los acuerdos anticompetitivos es difícil de concretar. Es una institución polémica cuyo fundamento y alcance es objeto continuo de replanteamiento doctrinal y de interpretación judicial[65]. El Tribunal Supremo, de hecho, no ha seguido una

línea uniforme y ha defendido dos interpretaciones sobre el concepto de torpeza de muy distinto alcance. Una primera interpretación restrictiva o estricta, fiel al origen histórico de la institución, limita su alcance a conductas que merecen un reproche negativo desde una perspectiva moral: conductas deshonestas, impúdicas, lascivas, ignominiosas, indecorosas o infames. El Tribunal ha rechazado expresamente que esta situación esté presente en el marco de acuerdos contrarios a la libre competencia en el caso *Svenson*, donde valorando la nulidad de una cláusula de fijación de los precios de reventa considera que «ni la causa tiene la condición de torpe en su sentido estricto de inmoral, ni ha existido un propósito dañino o malicioso por parte de la franquiciante»[66].

Si bien en la trayectoria del Tribunal la visión restrictiva de la causa torpe es dominante, también ha seguido, en ocasiones, una segunda interpretación, más amplia, que fundamenta la inatendibilidad de la pretensión restitutoria en la ilicitud. La causa torpe se extendería a todos aquellos supuestos de contratos con objeto o causa ilícita no susceptible de ser tipificada como infracción penal[67]. Esta postura que no ha tenido aún reflejo en relación a las consecuencias de la nulidad de los acuerdos restrictivos de la competencia, incrementa sensiblemente el juego de la causa torpe, y tiene su reflejo en determinadas posiciones doctrinales que vinculan la cuestión de la existencia o no de torpeza a la naturaleza del acuerdo anticompetitivo[68].

Una vez esbozado el régimen de la restitución de las prestaciones derivadas de un contrato nulo: su fundamento, alcance y las dificultades que plantea su aplicación en la práctica, es posible valorar el papel o la trascendencia de este en el marco de la nulidad de los acuerdos anticompetitivos. Desde la perspectiva del Derecho *antitrust* y del fundamento de la ilegalidad de los acuerdos colusorios, la restitución de las prestaciones y la retroacción de los efectos del contrato al momento de su celebración es, a nuestro juicio, mucho menos conflictiva que la determinación del alcance de la nulidad, manifestada en la problemática examinada sobre nulidad parcial y propagación de la ineficacia. ¿Constituye la restitución un peligro o amenaza para otros intereses tutelados por las normas *antitrust*? Pese a que se ha defendido la ambigüedad de las restituciones recíprocas desde la perspectiva de su conveniencia para el correcto funcionamiento del mercado y la eficacia del Derecho de la competencia (ORTIZ BAQUERO, 2011, 383-384), consideramos que, tal y como ya hemos adelantado, si no es posible una restitución *in natura* —que habitualmente no lo será en este terreno—, y siempre que la sanción de nulidad no se extienda a otros contratos relacionados con el prohibido, la restitución por equivalencia carece de interés desde la perspectiva de la competencia. El riesgo de conflicto con otros intereses como la seguridad jurídica no es excesivo y los problemas se reducen a la conciliación de los intereses de las partes contractuales. Ello sin perjuicio de la complejidad que su valoración en la práctica puede plantear si, efectivamente, los tribunales deciden en base a estos intereses estimar las

pretensiones de restitución y de que, en numerosas ocasiones, resulta mucho más eficaz el recurso al resarcimiento de los daños y perjuicios para proteger la posición de los contratantes débiles o víctimas de la práctica anticompetitiva.

IV. LA NULIDAD EN EL ARTÍCULO 102 TFUE

A diferencia de lo que ocurre en materia de acuerdos restrictivos, el artículo 102 TFUE —y como reflejo de este, la mayor parte de legislaciones *antitrust* de los Estados miembros— no contempla una sanción negocial o civil específica para las conductas abusivas de una posición de dominio[69].

Este silencio se ha intentado explicar por diversas razones. En primer lugar, un argumento histórico, basado en la influencia alemana en el diseño de la prohibición del abuso de posición dominante y la ausencia de una previsión expresa de nulidad en dicha legislación. Otro orden de explicaciones se centra en la consideración de que la nulidad encuentra poca cabida en el caso del abuso ya que este se tratará generalmente de una situación fáctica y no contractual y de carácter unilateral[70].

Cualesquiera que sean las causas a las que se pretenda reconducir esta ausencia normativa, lo cierto es que la cuestión de la eventual nulidad de los contratos o negocios en los que podría materializarse el abuso, sí ha sido objeto de atención —y debate— por parte, tanto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia[71] y los tribunales nacionales[72], como de la doctrina.

Actualmente, tanto judicial como doctrinalmente se defiende, de forma mayoritaria, la nulidad de los actos jurídicos a los que sea de aplicación la prohibición de prácticas abusivas del artículo 102. Eso sí, los argumentos utilizados en defensa de esta afirmación y el fundamento al que se vincula la sanción de nulidad varían. Una primera cuestión es si la nulidad constituye una exigencia que deriva del propio derecho europeo o si se trata, ante el silencio del Tratado, de un asunto de derecho interno, debiendo ser las normas nacionales en materia de negocios y actos ilícitos las encargadas de marcar las características y alcance de dicha ineficacia[73].

Un segundo motivo de discusión lo constituye la determinación del fundamento de la nulidad en el caso del abuso de una posición de dominio en los mercados. Este se ha buscado en la propia efectividad del artículo 102 TFUE y la paradoja que supondría que una conducta castigada por medio de sanciones administrativas pudiera dar lugar, no obstante, a obligaciones y derechos ejecutables. La nulidad vendría sustentada sobre los mismos fundamentos que la de los acuerdos restrictivos: sanción y eliminación de los efectos perjudiciales que para el orden público económico se derivan de la conducta anticompetitiva.

También se han utilizado en defensa de la nulidad otros argumentos, generalmente de manera complementaria, como la necesidad de protección de las

víctimas de una conducta abusiva frente a situaciones de explotación por parte de la empresa dominante. Se introducen así intereses particulares en el análisis, como la corrección de desigualdades o desequilibrios entre las partes del contrato y la tutela de los contratantes más débiles. Además, la falta de reconocimiento de la nulidad de las conductas abusivas crearía una situación de desigualdad injustificada entre las víctimas de estos y las víctimas de los acuerdos colusorios (KOMNINOS, 2008, 160; ORTIZ BAQUERO, 2011, 395).

Con independencia de este debate, el resultado final es la defensa de la nulidad en relación con las conductas abusivas. Se abre la puerta por tanto, a la justificación del incumplimiento de las obligaciones derivadas de los «negocios nulos» así como a la disolución del vínculo contractual. Cuestión distinta y sobre la que parece haber menos consenso es sobre la modalidad de ineficacia más adecuada para tutelar los intereses presentados y que pueden verse lesionados en los contratos abusivos. ¿La nulidad absoluta de alcance *erga omnes* o la nulidad relativa o anulabilidad que limita la legitimación para solicitar la ineficacia al perjudicado por la conducta prohibida? La nulidad absoluta plantea diversos problemas, en primer lugar, la amplitud de la legitimación posibilitaría que la empresa dominante autora del abuso, pudiera recurrir a esa nulidad para incumplir obligaciones o solicitar la extinción del vínculo contractual[74]. Además, la nulidad absoluta, como hemos tenido ocasión de ver ampliamente a lo largo de este trabajo, no constituye el remedio negocial más adecuado para solventar situaciones de desequilibrio contractual y proteger a las partes débiles.

Pese a la existencia de esta línea general favorable a la aplicación analógica de la nulidad del apartado 101.2 TFUE a los contratos en los que se materializa o ejecuta un abuso, la misma nos plantea muchas dudas y, en contra de lo defendido mayoritariamente, no consideramos que la nulidad sea un remedio negocial aplicable a las prácticas abusivas, al menos no a todas ellas, sin perjuicio, por supuesto, de que frente a las mismas, sean operativos otros remedios civiles, como la indemnización de daños y perjuicios, mucho más adecuadas para tutelar eficazmente los intereses en conflicto. De hecho, consideramos que en el planteamiento y resolución de la eventual nulidad de las conductas abusivas se debe utilizar la misma línea argumental que en la valoración de la propagación de la nulidad de un acuerdo restrictivo, dado que, a nuestro juicio, los problemas que se plantean y los intereses en conflicto son los mismos en uno y otro supuesto.

En la mayoría de los casos, la práctica o conducta abusiva tendrá reflejo, de algún modo, en un negocio contractual, en cuanto que las políticas económicas empresariales se concretan en el mercado mediante la celebración de negocios jurídicos[75]. Si la empresa dominante pretende, haciendo uso de su poder de mercado, fijar precios abusivos, esto se traducirá en el precio establecido en los contratos de suministro, compraventa u análogos celebrados con sus clientes. En el caso de que haya diseñado una estrategia de precios predatorios tendente

a eliminar a diversos competidores que han irrumpido en su mercado, la concreción de dicho plan requiere necesariamente, como primer paso, que en el contenido de los contratos celebrados con sus clientes establezca un precio por debajo de sus costes. Una práctica de vinculación puede estructurarse mediante una cláusula contractual en la que se condicione la adquisición de un determinado bien o servicio a la necesaria compra de un segundo. Una empresa en posición dominante, suministradora de gasolina, puede incluir en un acuerdo de distribución comercial, una cláusula de exclusividad anticompetitiva, etc.

En algunos casos el contrato en el que se materializa la conducta abusiva puede constituir a su vez un acuerdo anticompetitivo sancionado por el artículo 101 TFUE[76]. Así, es muy probable que este sea el caso en los dos últimos ejemplos propuestos. En ese supuesto, el contrato —o la cláusula contractual— anticompetitivo es nulo. Nulidad de pleno derecho con las características y efectos analizados, que determina que las partes contractuales puedan invocarla por vía de acción o excepción y exigirse la restitución de las prestaciones. En relación a este última posibilidad, la presencia de una posición dominante puede ser un elemento tenido en cuenta para justificar la aplicación de la doctrina de la causa torpe, y evitar así que la empresa culpable en último término del abuso reciba una tutela del ordenamiento jurídico que realmente no merece. Ahora bien, la nulidad deriva, en último término, no de la realización de una conducta abusiva, sino de la presencia de un contrato anticompetitivo.

Pero cuando los negocios en los que se materializa el abuso no constituyen en sí mismos un acuerdo restrictivo de la competencia, sino simplemente el vehículo en el que se concreta la estrategia anticompetitiva, la nulidad negocial no es la respuesta más adecuada del ordenamiento jurídico, como pone de relieve el análisis de los primeros ejemplos considerados. Así, en primer lugar, en el caso de un abuso explotativo, como la fijación de precios excesivos (art. 102 a). ¿El concreto contrato de compraventa en el que la empresa dominante establece ese precio excesivo es nulo? Efectivamente se trata de un contrato en el que uno de sus términos, el precio, es resultado de la existencia de una posición de poder de mercado. Una situación análoga se produce en el caso de los concretos negocios de compraventa celebrados en ejecución de un cártel de fijación de precios supracompetitivos. También en este supuesto uno de los términos del contrato, el precio, es resultado de la existencia de una posición de poder de mercado, en este caso colectiva, derivada de la concertación, y no unilateral como en el primer supuesto. En ambos casos, desde la perspectiva de la contra parte contractual la nulidad absoluta se revela totalmente inadecuada para la protección de sus intereses. Tanto la parte que ha adquirido el producto al precio abusivo fijado por la empresa dominante, como la que lo ha hecho al precio cartelizado tendrán usualmente interés en el mantenimiento del vínculo contractual. Desde la perspectiva del comprador el contrato obedece a una finalidad económica lícita que no se ve enturbiada por el hecho de que el precio

del bien haya sido determinado en un acuerdo interempresarial o fijado por el vendedor prevaleciéndose de su especial posición sin perjuicio de que el daño patrimonial que en los dos supuestos se ha producido en el patrimonio individual de los compradores, pueda —y deba— ser resarcido por la empresa dominante o por los cartelistas causantes del mismo.

La inadecuación de la nulidad es aún más patente si tomamos en consideración un negocio jurídico en el que se materializa un abuso excluyente y no susceptible de ser encuadrado a su vez, en la prohibición de acuerdos anticompetitivos, como, *ad.ex*., los concretos negocios de compraventa a través de los que se ejecuta una estrategia de precios predatorios[77]. ¿Qué sentido tendría la nulidad de esta compraventa en la que el precio ha sido fijado por la empresa dominante por debajo de su nivel de costes? En este caso, los intereses de la contraparte están obviamente en el mantenimiento del contrato. Las víctimas —al menos, las victimas inmediatas— son las empresas competidoras de la empresa dominante: ¿Podría ser solicitada, así, la nulidad de estos negocios, en cuanto titular de un interés legítimo, por la empresa excluida del mercado de resultas de la política de precios predatoria? La nulidad no solo no repararía el daño causado a la competencia sino que además introduciría importantes distorsiones en materia de seguridad jurídica y estabilidad de las relaciones contractuales.

En conclusión, en el caso del abuso de posición dominante, el juicio de anticompetitividad no reside en los concretos acuerdos o negocios jurídicos sino en una política o conducta estratégica. El silencio del Tratado, en nuestra opinión, no es casual. En el artículo 102 se contiene un juicio de conducta no de validez. Desde una perspectiva administrativa dicha conducta puede ser sancionada mediante la imposición de una multa y desde una perspectiva civil, los remedios más adecuados frente a la misma no son los negociales sino los resarcitorios.

CONCLUSIONES

I. La nulidad en cuanto remedio negocial frente a un acuerdo anticompetitivo constituye un auténtico derecho a favor de los individuos y empresas que deriva directamente del TFUE. La ineficacia como sanción frente a negocios que trasgredan las normas ordenadoras de la competencia en los mercados que prohíben la celebración de acuerdos colusorios ha estado presente desde el mismo momento de surgimiento del Derecho *antitrust* europeo y su importancia ha sido reiterada por las autoridades comunitarias, especialmente por el TJ sobre el que ha recaído la labor de determinación de los caracteres y alcance de esta nulidad europea. La nulidad se ha presentado no solo como un derecho, sino como un importante instrumento privado que ayuda a garantizar la eficacia de las normas *antitrust* y el respeto de sus previsiones.

II. Pese a su inicial reconocimiento normativo, la experiencia judicial de los Estados miembros pone de manifiesto las dificultades que la aplicación judicial de esta consecuencia civil de los acuerdos anticompetitivos plantea en la práctica y cuyo acomodo a los principios y caracteres generales que en los ordenamientos jurídicos informan las normas sobre invalidez de los negocios jurídicos no está exento de fricciones. El hecho de que los contratos sobre los que se proyecta el juicio de anticompetitividad sean contratos proyectados al mercado en los que las relaciones jurídicas se solapan y encadenan unas con otras y los intereses de las partes y de terceros se entremezclan, dificultan la aplicación de las normas sobre determinados efectos de la nulidad, como la restitución de las prestaciones, las reglas tradicionales sobre nulidad parcial o total o la eventual extensión de la ineficacia a otras relaciones negociales. Dificultades claramente puestas de manifiesto por el hecho de que los tribunales hayan tenido que recurrir en numerosas ocasiones a interpretaciones forzadas de estas normas para adecuarlas a las conductas anticompetitivas.

III. El escepticismo sobre el papel de los remedios negociales en el marco del Derecho de la competencia que nos suscita la constatación de la inadecuación de las reglas generales sobre nulidad contenidas en el Código Civil para resolver los conflictos de intereses en juego, se ve acrecentado por la constatación de que, en un gran número de casos, las partes contractuales han hecho uso de este derecho de manera oportunista, invocando la nulidad al amparo de las normas *antitrust* para justificar la disolución del vínculo contractual o el incumplimiento de obligaciones contractuales, a menudo, objeto de ejecución pacífica durante largos periodos de tiempo.

IV. Si bien nulidad y resarcimiento constituyen los dos grandes pilares que conforman la aplicación privada de las normas de Derecho de la competencia, el papel de la primera es más incierto, a nuestro juicio, desde la perspectiva de los distintos intereses protegidos, tanto los intereses generales en la existencia de una competencia no falseada en los mercados, como los intereses particulares de las «víctimas» de las prácticas anticompetitivas. En cualquier caso, los efectos perturbadores, desde el punto de vista de la seguridad jurídica y la protección del tráfico, que pueden derivarse de este remedio negocial, aconsejan, en nuestra opinión, una lectura restringida del mismo y una especial cautela en la ponderación de la conveniencia de su extensión, tanto en relación al contenido del propio contrato viciado de nulidad como a otras relaciones jurídicas diversas.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJ de 30 de junio de 1966.
- STJ de 25 de noviembre de 1971.
- STJ de 6 de febrero 1973.

- STJ de 25 de octubre de 1979.
- STJ de14 de diciembre de 1983.
- STJ de 28 de febrero de 1991.
- STJ de 1 de junio de 1999.
- STJ de 20 de septiembre de 2001.
- STJ de 11 de septiembre de 2008.
- STJ de 21 de diciembre de 2016.
- Auto del TJUE de 27 de marzo de 2014.
- Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 1992.
- STS de 31 de diciembre de 1979
- STS de 20 de mayo de 1985.
- STS de 14 de marzo de 1986.
- STS de 30 de abril de 1986.
- STS de 30 de diciembre de 1993.
- STS de 2 de junio 2000.
- STS de 2 de abril de 2002.
- STS de 22 de junio de 2006.
- STS de 3 de octubre de 2007.
- STS de 20 de noviembre de 2008.
- STS de 26 de febrero 2009.
- STS de 30 de junio de 2009. STS de 30 de julio de 2009.
- STS de 15 de enero de 2010. STS de 10 de mayo de 2011.
- STS de 3 de abril de 2012.
- STS de 28 de junio de 2013.
- STS de 9 de enero de 2015.
- STS de 12 de enero de 2015.
- SAP de Sevilla, de 25 de julio de 2012.
- SJMER núm. 2 de Madrid de 27 de junio de 2007.
- SJMER núm. 2 de Madrid de 3 de septiembre de 2007.
- SJMER núm. 4, de 19 de octubre de 2005.

BIBLIOGRAFÍA

BELLAMY, C. Y CHILD, G. (2001). *European Community Law of Competition*, Londres, Sweet & Maxwell.

CALVO CARAVACA, L. A. (2017). Derecho *antitrust* europeo y sanciones civiles: la nulidad (art. 101.2 TFUE), en AA.VV.: *Libro Homenaje a Ricardo de Ángel. Culpa y responsabilidad*. Navarra, Aranzadi, 149-172.

CAUFFMAN, C. (2012). The impact of voidness for infringement of Article 101 TFUE on related contracts, *European Competition Journal*, 8, 1, 95-122.

— (2012). The impact of voidness for infringement of Article 101 TFUE on linked contracts, disponible en: https://ssrn.com/abstract=2204954

CIENFUEGOS, M. (1991). L'application de la nullité de l'article 85.2 TCEE par les jurisdictions nationales, *Cahiers de Droit Europeen*, 27, núm. 3-4, 317-353.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. (Coord.) (2007). *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución*, Navarra, Thomson Aranzadi.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M. A. (2005). *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Madrid, Dykinson.

DI GIÒ, A. (2009). Contract and Restitution Law and the Private Enforcement of EC Competition Law, *World Competition*, 32, 2, 199-220.

DÍEZ PICAZO, L. (1996). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. I introducción. Teoría del Contrato,* Madrid, Civitas.

GALÁN CORONA, E. (2005). Prohibición de prácticas colusorias (I). Visión general, en BENEYTO PÉREZ, J. M., y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J: *Tratado de Derecho de la competencia*, Madrid, Bosch, 215-235.

GENOVESE, A. (2008). Disciplina del rapporto obligatorio e regole di concorrenza, disponible en http://hdl.handle.net/11562/316815.

GONZÁLEZ GARCÍA, S. (2016). *La nulidad de los negocios restrictivos de la competencia*, Madrid, Marcial Pons.

— (2015). La nulidad de los negocios coligados en el ámbito de las estaciones de servicio, *La Ley mercantil*, 17, 1-33.

GUSTAFFSON, M., y HOSEINIAN, F. (2006). Private Enforcement of EC Competition Law: Swedish Supreme Court Judgement on the Validity of Follow-on Contracts, *European Competition Law Review,* 1, 2006, 5-15.

HERRERO SUÁREZ, C. (2006), *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*, Madrid, La Ley.

JONES, A. y SUFRIN, B. (2014). *EU Competition Law*, Oxford University Press, Oxford.

KOMNINOS, A. P. (2008). *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised application of EC competition law by national courts*, Oregon, Hart Publishing.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (2009). *La nulidad de los contratos*, Valencia,Tirant lo Blanch.

MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2014). La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles, *Información Comercial Española*, ICE, 876, 91-104.

— Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012), *Global Competition Litigation Review,* vol. 182 (4), 2013, 167 y sigs.

MARTÍ MIRAVALLS, J. (2011). Contrato de abanderamiento y nulidad por infracción del Derecho de la competencia (Comentario a la STS de 15 de enero de 2010), *RDM*, 279, 299-316.

— Nulidad contractual por fijación de precios mínimos: una mala aplicación privada del Derecho de la competencia (2011). en Velasco, et alt. (Dir.): *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, Lex Nova, 337-348.

MARTÍNEZ ROSADO, J. (2009). Distribución de carburantes a través de estaciones de servicio y Derecho de la competencia: ¿una problemática sin fin o el fin de una problemática, *RDC*, 5, 153-188.

ORTIZ BAQUERO, I. S. (2011). *La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, Madrid, La Ley.

PASQUAU LIAÑO, M. (1997). *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, Civitas.
PEÑA LÓPEZ, F. (2001). *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, Granada, Comares.
— (2010). Sentencia de 26 de febrero de 2009. Nulidad de un contrato de abanderamiento por vulneración del Derecho antitrust de la Unión Europea. Restitución de las prestaciones realizadas por las partes y sus límites. Propagación de la nulidad a otros contratos vigentes, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 82, 165-183.
— (2010). Sentencia de 30 de julio de 2009. Nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho antitrust. La aplicación del Derecho de la libre competencia por los órganos jurisdiccionales del orden civil. La nulidad total y parcial del contrato anticoncurrencial. La causa torpe y la culpabilidad de las partes en el artículo 1306.2 del Código Civil. Consecuencias restitutorias de la nulidad, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 83, 1045-1072.
RUIZ MUÑOZ, M. (1992). *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid, Lex Nova.
YANES YANES, P. (2011). Aplicación privada antitrust, restricciones verticales y contratos de aprovisionamiento de combustible: ¿pronunciamientos de fin de ciclo?, *RDCD*, 9, 133-150.
WHISH, R. (2009). *Competition Law*, 6 ed., Nueva York, Oxford University Press, Nueva York.

NOTAS

[1] Los esfuerzos por potenciar la denominada aplicación privada del Derecho de la competencia, al menos desde una perspectiva de política legislativa, tal y como ponen de manifiesto las medidas europeas más recientes como la aprobación de la Directiva 2014/104/UE, la Comunicación sobre cuantificación del perjuicio o la Recomendación de 11 de junio de 2003 sobre acciones colectivas, se centran en el daño derivado de infracciones de la competencia y el derecho a su resarcimiento, pero no exploran otras sanciones civiles, como los remedios contractuales o restitutorios que se derivan de la nulidad de los negocios jurídicos anticompetitivos.

[2] El Tratado CECA o Tratado de París, es el primero que contempla la nulidad de los acuerdos y decisiones anticompetitivos (art. 65).

[3] *Vid.*, MARCOS FERNÁNDEZ (2014), 133 y sigs.; IDEM: (2013), 167 y sigs.

El grueso de los casos de aplicación privada en España se han producido en el mercado de la distribución de los carburantes, dando lugar a la conocida como «saga de las gasolineras», en atención al elevado número de pronunciamientos judiciales en este sector y a la reiteración de las controversias planteadas. Fundamentalmente, los conflictos de intereses entre compañías petrolíferas y estaciones de servicio se han articulado en torno a tres cuestiones fundamentales. En primer lugar, la determinación de la naturaleza de la relación contractual existente entre ellas, a fin de valorar si esta podía adscribirse a figuras como la agencia o la comisión o, por el contrario, había de considerarse a la estación de servicio como un distribuidor independiente. En segundo lugar, en la mayoría de las sentencias examinadas se valora la compatibilidad con el artículo 101 TFUE (o equivalente nacional) de determinadas cláusulas habituales en materia de fijación de precios de reventa y de obligaciones de suministro exclusivo. Los pronunciamientos judiciales en relación a los efectos civiles derivados de las infracciones *antitrust* de estas conductas distan de ser uniformes y, como tendremos ocasión de analizar, han puesto de manifiesto diversos problemas asociados a la nulidad como

remedio civil, fundamentalmente, en relación a su alcance y a sus efectos restitutorios. *Vid., in extenso*, YANES YANES (2011), 133 y sigs.; MARTÍNEZ ROSADO (2009), 153 y sigs.; GONZÁLEZ GARCÍA (2015), 3 y sigs.

[4] Pese a que desde los años setenta, en el célebre caso *Brasserie de Haetch* (STJ de 6 de febrero 1973), el TCJE había venido insistiendo en la aplicabilidad directa de las prohibiciones de los (entonces) artículos 85 y 86 del Tratado CEE, el Tribunal Supremo español cuestionó en la polémica sentencia *CAMPSA* (STS de 30 de diciembre de 1993), la competencia de los tribunales civiles para aplicar estas normas, lo que dio lugar a una línea jurisprudencial restrictiva que no se corrige hasta el año 2000 en el asunto *DISA* (STS de 2 de junio 2000), en el que se reconoce finalmente la competencia de los tribunales civiles para conocer y aplicar la prohibición de acuerdos restrictivos del apartado 1 del artículo 85 y de abuso de posición de dominio del artículo 86. La aprobación del Reglamento 1/2003, sustituyendo el sistema tradicional de autorización o reserva de excepciones por el de excepción legal extiende la aplicabilidad directa a la totalidad del actual artículo 101, solventando además de esta manera los problemas que planteaba la dualidad competencial en la valoración del precepto en relación a la determinación del carácter originario —o no— de la nulidad de pleno derecho del apartado 2. *Vid.,* al respecto, PEÑA LÓPEZ (2001); BELLAMY, C., y CHILD (2001); WHISH (2009). Finalmente, con la aprobación de la LDC española de 2007 se reconoce expresamente la competencia de los Juzgados de lo Mercantil, para conocer de todas las reclamaciones basadas en el Derecho de la competencia, tanto comunitario como nacional (Disposición adicional 2.3).

[5] WHISH (2009), 311, recoge un ejemplo de esta utilización de la nulidad en el caso *George Michael*, en el que el cantante alegó el carácter anticompetitivo y, por tanto, nulo de pleno derecho, del contrato de grabación que mantenía con la discográfica Sony. Alegaciones que, en último término, fueron rechazadas. En el ámbito nacional, en el marco de los casos de las gasolineras, encontramos numerosos ejemplos tanto de la utilización de la nulidad como argumento defensivo, como ofensivo, recurriéndose al mismo para posibilitar la ruptura del vínculo contractual.

[6] Un ejemplo de esta utilización estratégica resulta, a nuestro juicio muy claro en el caso ECOSWISS (Sentencia del TJ de 1 de junio de 1999, *Ecoswiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, Asunto C-126/97), en el que con la finalidad de no hacer frente al pago de una indemnización por resolución ilegal de un contrato de licencia acordada en un laudo arbitral, la empresa interpone la nulidad de dicho laudo dado que el contrato de licencia en cuestión era contrario al artículo 85 TCEE (actual art. 101 TFUE). Cuestión que, curiosamente, no había sido suscitada por las partes ni considerada por los árbitros en el marco del proceso arbitral. De manera similar, en el caso *Repsol*, en una Sentencia de 15 de enero de 2010 (Rec. 1182/2004), en relación a la nulidad de un contrato de distribución de gasolina, el Tribunal Supremo limita las consecuencias de la nulidad debido a que el titular de la estación de servicios que había planteado el recurso no denunció la contravención del Derecho comunitario de la competencia hasta verse demandado por la compañía petrolera por incumplimiento del contrato. *Vid*., en un sentido similar, las Sentencias del JMER núm. 2 de Madrid, de 27 de junio de 2007 y de 3 de septiembre de 2007, así como la Sentencia del JMER núm. 4, de 19 de octubre de 2005, recogidas por MARTÍNEZ ROSADO, *cit*., 183, nota 109.

Ello sin perjuicio de que no cabe hacer un juicio de oportunismo o mala fe en relación a la conducta de las estaciones de servicio con carácter general, máxime si se tiene en cuenta que, con frecuencia, estos contratos de distribución son contratos de adhesión, en los que los términos contractuales han sido predispuestos por las compañías petrolíferas, y en los que las estaciones de servicio, ciertamente, pueden considerarse como la parte débil de la relación jurídica que se instaura. Se plantea, por tanto, la necesidad de valorar en el caso concreto los distintas circunstancias, tanto la eventual desigualdad de posiciones contractuales, como la trascendencia de un ejercicio tardío de acciones —o excepciones—, a fin de concretar el alcance de la nulidad, por ejemplo, mediante la apreciación o no de torpeza en la causa.

[7] Recalca también la excepcionalidad de una norma de esta naturaleza en un tratado internacional, KOMNINOS, (2008), 149.

[8] La *Sherman Act* ya contemplaba, en su antigua sección 7, la posibilidad de ejercicio de acciones civiles individuales por los daños derivados de una conducta contraria a la competencia. La aprobación de la *Clayton Act,* a cuya Sección 4 se recondujo el reconocimiento del derecho de cualquier sujeto que se haya visto perjudicado en su propiedad como consecuencia de una práctica anticompetitiva a solicitar un resarcimiento de los daños causados, vació de contenido aquella norma, que fue formalmente derogada en 1955.

[9] *Vid.,* sobre la ineficacia de las cláusulas contractuales contrarias a normas regulatorias en EE.UU., Validity of Contracts Which Violate Regulatory Statutes, *The Yale Law Journal*, vol. 50, núm. 6, 1941, 1108 y sigs.

[10] *Vid.,* no obstante, con carácter excepcional, la sentencia de la AP de Sevilla, de 25 de julio de 2012, en la que se resuelve sobre las pretensiones de una de las partes de un acuerdo horizontal de limitación de la producción, de declarar la nulidad del contrato, y sobre todo, de proceder a una restitución de las prestaciones.

[11] El sistema de las distintas modalidades de ineficacia de los negocios jurídicos, especialmente el de la nulidad absoluta, es obra de la reconstrucción doctrinal y jurisprudencial de los escasos datos legales que proporciona el del Código Civil. *Vid.,* sobre la nulidad de los contratos, entre otros: DELGADO ECHEVERRÍA (2007); DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN (2005); DÍEZ PICAZO (1996); LÓPEZ BELTRÁN (2009); PASQUAU LIAÑO (1997).

[12] *Vid.,* Sentencia TJ de 20 septiembre de 2001, *Courage Ltd. C. Bernard Crehan*, Asunto C-453/99; apartados 20 y 21; Caso *Ecoswiss* (*cit.*): «El artículo 85 constituye una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad y, en particular, para el funcionamiento del mercado interior… Por lo demás, la importancia de dicha disposición hizo que los autores del Tratado establecieran expresamente en el artículo 85, apartado 2 que los acuerdos y decisiones prohibidos por dicho artículo tienen fuerza vinculante».

[13] La redacción de la ley española difiere en parte del Tratado, al extender la nulidad también a las recomendaciones colectivas. Extensión difícilmente explicable dado que, precisamente, la característica definitoria de una recomendación es su carencia de fuerza vinculante. Pese a ello, algunos autores han intentado justificar la nulidad de las recomendaciones, *vid.,* por ejemplo, GALÁN CORONA (2005), 221, quien afirma que «(…) no se puede excluir que la recomendación en cuanto emanación de una voluntad colectiva es un acto jurídico que, por su objeto o efecto está prohibido y, por lo tanto, ha de carecer de toda eficacia jurídica (…)». No compartimos esta conclusión ni entendemos qué puede aportar la nulidad —con independencia de que la recomendación sea fruto de un acuerdo colectivo,… también lo son los *gentlemen's agreements*— desde una perspectiva jurídica. Las recomendaciones producen una vinculación de hecho, no de derecho, y por lo tanto, frente a las mismas carece de sentido una medida —que parece obedecer a un exceso de celo del legislador— destinada al no reconocimiento y eventual remoción de las consecuencias jurídicas, «de derecho». En nuestra opinión, frente a ellas cabe únicamente una valoración sobre su licitud o ilicitud, pero no sobre su eficacia jurídica. *Vid.,* en un sentido similar, PEÑA LÓPEZ (2001), 155 y sigs.

[14] *Vid.,* los casos *Courage* (*cit.*); Sentencia TJ de 25 de noviembre de 1971, *Beguelin Import Co, Bruselas y SAGL Import Export, Niza;* Sentencia TJ de 6 de febrero de 1973, *Brasserie de Haetch c. Wilkinjanssen*, Asunto 48-72 (*Brasserie de Haetch II*).

[15] Esta era una situación no admitida en el Derecho inglés, que, con carácter general, no reconoce a las partes de un contrato ilícito la posibilidad de basarse en la ilicitud del mismo para lograr frente a la otra parte contratante una protección jurisdiccional, especialmente una indemnización de daños y perjuicios (*in pari delicto*).

[16] STS de 30 de julio de 2009, núm. 567/2009*, Sveyn S.A. y Svenson International S.A. v National Hair Center, S.L., D.ª Rocío y D. Constantino*.

[17] *Vid., Brasserie de Haetch II*. Cdo. 24: «(…) esta nulidad tiene efectos retroactivos puede afectar a todos los efectos, pasados o futuros del acuerdo o de la decisión de que se trate».

[18] A esta categoría cabría adscribir, por ejemplo: el incremento de la cuota de mercado o la existencia de redes paralelas de acuerdos. *Vid.,* GONZÁLEZ GARCÍA (2015), 7.

[19] Analiza *in extenso*, los problemas interpretativos a los que dio lugar la aprobación del Reglamento 270/1999, en relación a la duración de las cláusulas de exclusiva, GONZÁLEZ GARCÍA (2015), 7 y sigs.

[20] *Vid.,* CALVO CARAVACA (2017), 158, quien sostiene la posibilidad de subsanación de la ineficacia del negocio jurídico anticompetitivo si se produce la desaparición de la razón por la que el negocio resultaba contrario al artículo 101.1 TFUE.

[21] *Vid.,* PEÑA LÓPEZ (2001), 158 y sigs.; ORTIZ BAQUERO (2011), 371 y sigs.; GONZÁLEZ GARCÍA (2015), 4 y sigs.

[22] *Vid.,* entre otros: Sentencia del TJCE de 30 de junio de 1966, *Sociètè Technique Minière c. Machinenbau Ulm GmbH*, Asunto 56/1965; Sentencia de 14 de diciembre de 1983, *Sociètè de Vente de Ciments et Netons v. Kerpen & Kerpen*, Asunto 319/82; Sentencia de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis v. Henninger Bräu*, Asunto 234/89 y Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2008, Asunto 279/06, *Cepsa Estaciones de Servicio S.A. v. L. Tobar e Hijos, S.L.* La Comisión Europea, recoge la jurisprudencia europea en el apartado 41 de las *Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE*: «Sin embargo, esta nulidad automática únicamente se aplica a aquellas partes del acuerdo que sean incompatibles con el artículo 81 (actual artículo 101 TFUE), a condición de que sean independientes del acuerdo en su conjunto. Cuando solo una parte del acuerdo es nula de pleno derecho, incumbe al derecho nacional aplicable determinar las consecuencias para el resto del acuerdo».

[23] *Vid.,* un análisis comparado sobre la nulidad parcial en diversos ordenamientos jurídicos, en RUIZ MUÑOZ (1992), 37 y sigs.

[24] *Vid., in extenso*, sobre los principios del Derecho inglés en materia de nulidad parcial, BELLAMY y CHILD (2001), 786 y sigs.

[25] *Vid., ad. ex*, en el ámbito contractual: artículo 1476 del Código Civil; artículo 1691 del Código Civil, artículo 1115 del Código Civil, artículo 1826 del Código Civil. Recoge todos los supuestos de nulidad parcial reconocida legalmente, RUIZ MUÑOZ (1992), 101 y 102.

[26] *Vid.,* entre otros, artículos 219 y 218 Cdec.; artículos 8 y 93 LCCh y artículo 46.2 LCTTM.

[27] *Vid.,* GONZÁLEZ GARCÍA (2016), 242 y sigs. Se trataría, concretamente, de las restricciones contenidas en el artículo 5 del *Reglamento 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*; el artículo 5 del *Reglamento 772/2004 de la Comisión de 27 de abril de 2004 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología* y el artículo 6 del *Reglamento 2659/2000 de 29 de noviembre de 2000 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del TCE a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo*.

No compartimos esta postura, al menos, en su formulación literal. El juicio que hace el reglamento no determina automáticamente la anticompetitividad de la cláusula gris —y, por tanto, su nulidad—, sino únicamente la inaplicabilidad de la exención —presunción de validez—. Las restricciones excluidas pueden ser aún juzgadas en el marco del caso concreto para determinar el cumplimiento o no de los criterios de exención del artículo 101.3 TFUE. En cualquier caso, la solución adoptada en relación a las cláusulas grises sí constituye un indicador muy útil sobre la conveniencia y posibilidad de limitar la nulidad a las cláusulas viciadas en el caso de los acuerdos restrictivos de la competencia.

[28] *Vid.,* especialmente, Sentencia del TS de 30 de abril de 1986.

[29] *Vid.,* citando a ALBIEZ y PASQUAU, PEÑA (2010), Sentencia de 30 de julio de 2009, 2207.

[30] Es tradicional en la doctrina, la cita del profesor DE CASTRO Y BRAVO (1985, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 494 y 495), sobre el fundamento de esta segunda posibilidad de limitar el alcance de la nulidad: «Si el negocio jurídico concertado con una persona más débil, contraviniendo lo establecido en la ley para protegerlas, no se anulase solo parcialmente… las ventajas establecidas imperativamente en su beneficio quedarían muertas si con la imposición de una cláusula o condición ilícitas se pudiera reservar la parte más fuerte la posibilidad de terminar cuando quisiera la relación contractual».

[31] *Vid., ad. ex.*, STS de 9 de enero de 2015, núm. 634/2014, *Audiovisual Sport y Sogecable*; STS de 30 de junio de 2009, núm. 460/2009, *Canoven SL y Renta Vencan S.l v. Shell España S.*A.; STS de 30 de julio de 2009, núm. 567/2009*, Sveyn S.A. y Svenson International S.A. v National Hair Center, S.L., D.ª Rocío y D. Constantino*; STS de 28 de junio de 2013, núm. 420/2013, *Estación de Servicio Copecelt S.A. v. Cepsa Estaciones de Servicio S.A.,* STS de 20 de noviembre de 2008, núm. 1066/2008, *Geot S.A. v. Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A.*

[32] *Vid.,* especialmente el caso *Svenson* (*supra*).

[33] *Vid., ad. ex.*, STS de 30 de junio de 2009, núm. 460/2009, *Canoven S.L. y Renta Vencan S.L. v. Shell España S.A.*, STS de 10 de mayo de 2011, núm. 308/2011, *Las Pedroñeras 3 S.L. v. Cepsa Estaciones de Servicio S.A.*

[34] Así, por ejemplo, en la Sentencia de 3 de octubre de 2007, dentro de la infinita saga de los casos de las gasolineras, el TS mantiene que en el caso concreto hay que apreciar la nulidad parcial, con base en criterios poco claros. En primer lugar, considera que la infracción de las normas *antitrust*, constituye un supuesto de infracción de norma imperativa orientada a la tutela de consumidores y usuarios y, por tanto, encuentra cabida en los casos de nulidad parcial objetiva o por fraude de ley. La legislación de defensa de la competencia es una normativa de orden administrativo e interventor, pero sobre todo una normativa protectora de los intereses de consumidores y usuarios. *La prohibición de los comportamientos colusorios y abusivos no solo sirve a la ordenación del mercado a favor de los que intervienen en él, sino específicamente a la protección de los consumidores. El principio general consagrado en la ley de protección de los consumidores y usuarios debe aplicarse por analogía a este sector del ordenamiento jurídico. El mantenimiento de la validez del contrato depurado de las cláusulas que infringen el Reglamento es acorde a la finalidad perseguida por dicha norma y es la mejor solución a los intereses públicos que protege.* Ahora bien, pese a afirmar este interés público vinculado a la norma vulnerada, en segundo lugar hace referencia a la voluntad de las partes… *no es difícil de justificar el que, de no haberse incluido las cláusulas del reglamento, las partes habrían celebrado el contrato. Criterio de interpretación de la voluntad de las partes que la jurisprudencia citada considera obligado, conforme a las reglas que para tal fin establece el del Código Civil.* Finalmente, el TS recalca que esta es la solución más adecuada para garantizar un equilibrio entre las prestaciones de las partes contractuales. *Resulta más ajustado a la buena fe y al equilibrio de las prestaciones respectivas permitir la supervivencia del contrato frente a las tesis que defienden la nulidad y su liquidación.*

[35] *Vid., in extenso*, sobre el tema, HERRERO SUÁREZ (2006), 39 y sigs. y bibliografía allí citada.

[36] *Vid.,* en este sentido, PEÑA LÓPEZ (2011), quien considera que la nulidad parcial sería la solución más adecuada en los casos de contratos verticales o, en general, cuando una de las partes es víctima de la prohibición, ya que permite una tutela del contratante débil. En este mismo sentido, el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de octubre de 2007 citada (*supra*).

[37] Las restricciones especialmente graves contenidas en los Reglamentos de exención por categorías no deben, en nuestra opinión, ser excluidas *a priori* de la posibilidad de nulidad parcial. Pese al tenor de los Reglamentos y a la postura de las autoridades comunitarias que defienden la imposibilidad de autorización de un acuerdo que contenga alguna de estas restricciones, creemos necesario diferenciar entre anticompetitividad del acuerdo que daría lugar a la correspondiente sanción administrativa y nulidad que, al venir referida a la remoción de los

efectos jurídicos debe limitarse a los aspectos anticompetitivos si estos pueden ser separados del resto del acuerdo. Posibilidad que es, al menos abstractamente considerable, dado que son restricciones que se insertan en acuerdos de finalidad más amplia, lo que no ocurre en aquellos negocios cuya única finalidad es la restricción de la competencia.

[38] Rechaza expresamente esta identidad, PEÑA LÓPEZ (2010), Sentencia de 26 de febrero de 2009, 2166: «La finalidad de las normas antitrust es el mantenimiento de la competencia en los mercados. Para ello ordenan la cesación de cualquier conducta y establecen la nulidad de cualquier acto o negocio que tenga por efecto restringir dicha competencia. No es, sin embargo, su objetivo el de mantener, siempre que sea posible o cuando una de las partes lo pida, la vigencia de los negocios ilícitos en contra de la voluntad de quien los haya celebrado, porque, a juicio del juzgador, ello puede diversificar la oferta en beneficio de los consumidores…».

[39] No obstante, no es esto lo que han venido haciendo los tribunales de justicia que, incluso en el caso de que un acuerdo contuviera disposiciones anticompetitivas previstas en la lista gris de los Reglamentos de exención por categorías, especialmente acuerdos de no competencia o de exclusividad que excedían la duración máxima condicionante de la exención, han resuelto, generalmente, extender la nulidad a todo el acuerdo de distribución comercial. Es más, en numerosas ocasiones, la nulidad ha trascendido los límites del acuerdo competitivo, extendiéndose a otros contratos coligados (generalmente, acuerdos de arrendamiento, opción de compra, o constitución de un derecho de superficie) entre las partes. *Vid., ad.ex.* STS de 12 de enero de 2015, *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos S.A. v. Ribera Baixa S.L y Ribera Alta S.L.*; STS de 28 de junio de 2013, *Estación de Servicio Copecelt, S.A. v. Cepsa Estaciones de Servicio S.A.,* STS de 20 de noviembre de 2008, *Geot S.A. v. Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. Vid.,* no obstante, manteniendo la validez del resto del contrato que incluía una cláusula de exclusiva ilícita, STS de 3 de abril de 2012, *Estación de Servicios de Hermanos Baños, S.L. v. Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. In extenso*, analiza la jurisprudencia en el ámbito de la distribución de productos petrolíferos, GONZÁLEZ GARCÍA: La nulidad de los negocios coligados en el ámbito de las estaciones de servicio, *cit*., 6 y sigs.

[40] Una solución análoga fue utilizada por los Tribunales para intentar conciliar los requisitos de validez de las cláusulas de compromiso de suministro exclusivo previstos en el Reglamento 1984/1983, con los criterios más restrictivos del Reglamento 2790/1999. Este introdujo una nueva regulación que, reducía de diez a cinco años el límite máximo de duración de las cláusulas de exclusiva y, además, cambiaba los requisitos necesarios para poder beneficiarse de una exención en casos de cláusulas de exclusiva de duración superior. El cambio normativo determinó que algunos negocios exentos dejaran de estarlo. Sin perjuicio de la existencia de un cierto debate sobre el parámetro temporal de referencia, —dirimido, posteriormente por Auto del TJUE de 27 de marzo de 2014, *Bright Service*—, la solución de los tribunales fue considerar que las cláusulas de no competencia de mayor duración de la autorizada habrían de considerarse nulas, a partir del momento en que superaran el máximo legal de cinco años permitido por el nuevo reglamento. *Vid.,* GONZÁLEZ GARCÍA (2015), 6 y sigs.

[41] Ejemplo tomado del caso sueco *Boliden Mineral/Fortum*, objeto de comentario en GUSTAFFSON./HOSEINIAN (2006), 5 y sigs.

[42] Ello sin perjuicio de la existencia de otros escenarios que, en España, han planteado dudas sobre la propagación de la ineficacia, como ocurre en el caso de determinados entramados contractuales complejos celebrados en los mercados de distribución de gasolina para sortear la limitación máxima de las cláusulas de aprovisionamiento en exclusiva y que se analizan en otros apartados. *Vid.,* nota 55.

[43] *Vid.,* CAUFFMAN (2012), 95 y sigs.

[44] *Vid.,* no obstante, ORTIZ BAQUERO (2011), 413, quien considera además que de las normas *antitrust* se deriva el derecho de los consumidores, en cuanto particulares en una regulación negocial concreta a que esta se desarrolle de conformidad con las características propias de un mercado competitivo. Esta consideración del alcance de las normas de competencia le

lleva a defender que si, dentro de una relación negocial una de las partes prevaleciéndose del poder de mercado que posee impone a la otra condiciones anticompetitivas de contratación, surge a favor de esta el derecho a que el vínculo negocial o la estipulación correspondiente sea privada de efectos y a que se reajusten dichas condiciones a aquellas que serían aplicables en un mercado en que rige la competencia.

+ Sentencia del TJ de 14 diciembre 1983, Asunto C319/82, *Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est v. Kerpen & Kerpen GmbH und Co. KG.*: «La nulidad de pleno derecho del artículo 85.2 solo afecta a las disposiciones contractuales incompatibles con el apartado 1 del artículo 85. Las consecuencias de esta nulidad respecto de los demás elementos del acuerdo no están reguladas por el Derecho comunitario. Lo mismo sucede en relación con los posibles pedidos realizados y los suministros efectuados conforme a dicho acuerdo y con las obligaciones de pago que resulten de los mismos. El órgano jurisdiccional nacional debe apreciar dichas consecuencias conforme a su propio derecho»:

[46] Decisión de la Comisión de 23 de diciembre de 1992 (93/50/CEE).

[47] El *Code de commerce* francés contiene una disposición en la que se establece la nulidad de todo acuerdo, convención o cláusula contractual que «esté relacionada» con los acuerdos restrictivos o las prácticas abusivas de una posición de dominio (art. L-420-3: *Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L-420-1 et L-420-2*). El alcance que ha de dársele a la expresión «se rapportant» y la naturaleza del vínculo que justificaría la extensión de la nulidad no es claro y la doctrina se divide entre interpretaciones extensivas y restrictivas de la misma. *Vid.,* CAUFFMAN, (2012), 4, quien defiende una interpretación amplia de este precepto en consonancia con la interpretación de la que era objeto su inmediato predecesor de idéntica redacción.

En el Código Penal alemán se prohíbe la realización de ofertas basadas en una práctica de *bid-rigging*. El contrato que resulte de una oferta prohibida por las normas penales es, con arreglo a la normativa civil, nulo de pleno derecho, si bien en la práctica, la ineficacia se ha venido limitando a la cláusula contractual que afecta al precio. *Vid.,* CAUFFMAN, (2012), 12.

[48] *Vid.,* una panorámica de la situación existente en los distintos Estados miembros en CAUFFMAN, (2012), 5 y sigs.; ORTIZ BAQUERO (2011), 395 y sigs., que realiza un exhaustivo análisis de la cuestión en el ordenamiento jurídico italiano.

[49] *Vid.,* en Italia, la problemática suscitada en los tribunales con la prohibición desde el Derecho *antitrust* de las Normas Bancarias Uniformes, aprobadas por la Asociación Bancaria Italiana, para ser incorporadas a los contratos celebrados por las entidades de crédito con sus clientes. La nulidad de estos acuerdos abrió una discusión judicial sobre su transmisión o no a los contratos celebrados aguas abajo con los clientes en ejecución de estas normas. Esta situación de falta de uniformidad también se produjo con ocasión de la prohibición por parte de la *Autorità Garante della Concorrenza* del famoso cártel de las compañías de seguro. Recoge y analiza estos casos, ORTIZ BAQUERO, (2011), 397 y sigs.

[50] *Vid.,* ORTIZ BAQUERO (2011), 401 y sigs.; PEÑA LÓPEZ (2010): Sentencia de 26 de febrero de 2009, 216 y sigs.

[51] También se ha alegado en contra del reconocimiento de la extensión de la nulidad que esta podría dar lugar a un tratamiento discriminatorio frente a los casos en los que el contrato *follow-on* provenga de una práctica concertada que, como hemos visto, no es directamente alcanzable por la consecuencia de nulidad del artículo 101.2 TFUE. Recoge este argumento, ORTIZ BAQUERO (2011), 411.

[52] La posible extensión de la nulidad de un acto a otro con el relacionado ha sido contemplada normativamente en relación a supuestos o situaciones específicas, como el crédito al consumo o el arbitraje.

[53] Este es el argumento seguido por el TS en el caso *Shell* (STS de 26 de febrero 2009, *Automoviles d'Ara sl v. Shell*) en relación con un contrato de opción de compra anexo a un acuerdo de abanderamiento y distribución de carburante.

[54] En la práctica española, concretamente en el marco de los relaciones entre compañías petrolíferas y estaciones de servicio, se ha planteado con relativa frecuencia, la posible extensión de la nulidad de un contrato anticompetitivo o, más exactamente, de una cláusula anticompetitiva, no solo al resto del contrato en que se insertaba sino también a otras relaciones contractuales distintas concluidas entre las mismas partes pero orientadas todas ellas a una misma finalidad.

En general, todos estos casos obedecen a un mismo supuesto de hecho relacionado con las cláusulas de suministro exclusivo, que resulta de la confluencia de dos factores: en primer lugar, la previsión en los Reglamentos de exención por categorías en el caso de acuerdos verticales de una excepción a la limitación máxima de las cláusulas de exclusiva en función de la titularidad de los locales o terrenos desde los que se vendiesen los bienes contractuales; en segundo lugar, la modificación de los requisitos que posibilitaban esta excepción con la aprobación del Reglamento 2790/1999. En este sentido, el Reglamento 1984/1983 sobre acuerdos de compra en exclusiva, en referencia específica a las estaciones de servicio, permitía que el acuerdo excediera de la duración máxima de diez años y se extendiera a todo el periodo de explotación efectiva de la estación de servicio siempre que el acuerdo se refiriera a una estación que el proveedor hubiese arrendado al revendedor o cuyo usufructo le hubiese concedido de hecho o de derecho. La posibilidad de eludir la limitación máxima de exclusividad determinó en la práctica la articulación de complejos entramados contractuales y negocios cruzados entre las compañías petrolíferas y las estaciones de servicios, que combinaban disposiciones sobre titularidad u otros derechos reales sobre los terrenos y la estación, y acuerdos de explotación de estos bienes (*Vid.,* YANES YANES 2011; MARTÍNEZ ROSADO, 2009), Todos ellos orientados, en último término, a garantizar la aplicabilidad de la exención y a extender válidamente el plazo de duración de los compromisos de exclusiva. La aprobación del Reglamento 2790/1999 recrudece los requisitos de esta excepción, exigiendo al proveedor la propiedad del terreno y de la estación de servicio (o que de no serlo, los arrendase a terceros no vinculados con el revendedor). El cambio de criterios determinó que muchas cláusulas de exclusiva, válidas conforme al Reglamento de 1983 dejarán de serlo. Al no estar cubiertas por la exención se planteó ante los tribunales su nulidad, y la posible extensión de la misma no solo a los contratos de distribución, sino además a estos otros contratos cruzados sobre propiedad y disposición de terrenos y locales, que actuaban como auténtico armazón o condición de la relación distributiva. Si bien los tribunales mayoritariamente se han mostrado partidarios de la extensión de la ineficacia a todas las relaciones contractuales, la cuestión no era pacífica en los tribunales inferiores. El TS en fechas recientes, ha defendido la extensión de la invalidez a todo el entramado contractual en este tipo de casos, sobre la base de la teoría del negocio jurídico complejo, que determina la existencia de una finalidad económica única en todos los contratos formalmente independientes, así como en la propia voluntad de las partes, que ha sido la que ha creado la conexión o ligamen entre los negocios jurídicos, desde el momento en que sin la cláusula de exclusiva nula ninguna otra relación contractual se hubiera concertado (STS de 12 enero de 2015, *cit*.).

Si bien es cierto que la extensión de la nulidad en estos supuestos puede resultar justificada desde una perspectiva contractual con arreglo a la teoría del negocio jurídico complejo, no nos parece aconsejable su utilización generalizada en el marco de acuerdos anticompetitivos. No dejamos de estar ante supuestos de arquitectura contractual muy específicos, construidos para facilitar la aplicación de una exención y en los que, en cualquier caso, al tratarse de negocios celebrados entre las mismas partes contractuales, el riesgo de inseguridad jurídica es necesariamente menor.

[55] *Vid.,* GUSTAFFSON/HOSEINIAN (2006), 8 y 9.

[56] La anulabilidad presenta indudables ventajas prácticas ya que solo el afectado por el vicio podría hacerla valer y, además, puede optar por la convalidación del contrato anulable mediante su confirmación.

[57] Examina las dificultades que presenta el recurso a los vicios de la voluntad para anular un contrato derivado en diversas jurisdicciones, CAUFFMAN (2012), 15 y sigs.

[58] Sentencia *Sociéte de Vente de Ciments. cit* (*supra*). *Vid.,* no obstante, KOMNINOS (2008), 219, quien defiende que el derecho a la restitución de las prestaciones efectuadas sobre la base de un contrato anticompetitivo nulo tiene fundamento en el propio derecho europeo. DI GIÒ (2009), 203, repasa críticamente las distintas teorías avanzadas para apoyar la existencia de un derecho europeo a la restitución, tales como su deducción automática del carácter originario de la nulidad de las prácticas anticompetitivas, su inclusión dentro del derecho al resarcimiento de daños reconocido en *Courage* o su fundamento en un pretendido principio europeo general que prohíbe el enriquecimiento injusto.

[59] *Vid., in extenso*, sobre el problema de la relación entre acción de nulidad y acción restitutoria, con una inclinación hacia esta postura: DELGADO/PARRA (2005), 228 y sigs.; LÓPEZ BELTRÁN (2009), 54 y sigs.

[60] La independencia entre ambas acciones ha sido defendida tradicionalmente por el profesor DE CASTRO. *Vid.,* LÓPEZ BELTRÁN (2009), 54.

[61] Pese a la referencia normativa expresa a la reciprocidad de las obligaciones de restitución, su verdadera naturaleza y alcance ha sido muy cuestionada por la doctrina, que rechaza su equiparación técnica con las obligaciones sinalagmáticas. *Vid.,* LÓPEZ BELTRÁN (2009), 74 y sigs.

[62] Este es, por ejemplo, el criterio adoptado en los casos *Svenson* y *Shell* (*supra*), si bien, en este último, de manera parcial, ya que con base en este argumento, el Tribunal realiza una muy discutible selección de las prestaciones que han de ser restituidas y las que no. *Vid.,* la crítica a esta línea de razonamiento en PEÑA (2010), Sentencia de 26 de febrero de 2009. En el caso *Repsol* (*supra*), sobre la ineficacia de un contrato de abanderamiento, limita la nulidad a su mera declaración y defiende, sin perjuicio de la exigibilidad de pretensiones resarcitorias, la inaplicabilidad de las reglas sobre restitución de las prestaciones previstas en los artículos 1303 y sigs. del Código Civil.

[63] El TJ ha rechazado un planteamiento similar, tendente a limitar *ex nunc* los efectos de una disposición contractual nula por abusiva, en su reciente sentencia sobre la retroactividad de los efectos resolutorios de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo (Sentencia del TJ de 21 de diciembre de 2016, Asuntos C-154/15 y C-308/15, *Francisco Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco, S.A.U, Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.*).

[64] Se ha defendido que la restitución puede constituir una alternativa más favorable a la compensación de daños, dadas las mayores facilidades probatorias. La restitución no exige, en principio, la demostración de la culpa, el vínculo causal o la cuantía de los daños (aunque cuando la restitución *in natura* no es posible necesariamente habrá de procederse a una estimación de las prestaciones realizadas para satisfacer su equivalente pecuniario). Igualmente, o no está sujeta a plazo de prescripción —debatido doctrinal y jurisprudencialmente— o, en cualquier caso, esos plazos son usualmente más largos en los distintos ordenamientos que los previstos para el ejercicio de acciones resarcitorias. *Vid.,* DI GIÒ (2009), 203 y sigs.

[65] Excede con mucho del objeto del trabajo el examen de los problemas de delimitación y naturaleza de la causa torpe. Para un análisis pormenorizado del tema, *vid.,* DELGADO/PARRA (2005), 291 y sigs.; LÓPEZ BELTRÁN (2009), 302 y sigs.; GONZÁLEZ GARCÍA (2016), 285 y sigs.

[66] Esta postura del TS ha sido objeto de crítica doctrinal. *Vid.,* PEÑA (2010): Sentencia de 30 de julio de 2009, 2206 y sigs., quien defiende una actualización del concepto de moral empleado por el Tribunal y su reinterpretación con arreglo a los principios y valores constitucionales, concretamente, en el marco de negocios jurídico patrimoniales a los principios que conforma la Constitución económica. La actuación contraria a las normas ordenadoras del desarrollo de la libre competencia en los mercados constituye una actividad económica deshonesta y poco ética, que podría encontrar cabida en el concepto de torpeza del artículo 1306 del Código Civil.

[67] *Vid., inter alia*: Sentencia TS de 31 de diciembre de 1979; Sentencia TS de 20 de mayo de 1985; Sentencia TS de 14 de marzo de 1986; Sentencia TS de 2 de abril de 2002.

[68] ORTIZ BAQUERO (2011, 384 y sigs.), propone la apreciación de torpeza en ambas partes en el caso de restricciones por el objeto mientras que en el supuesto de restricciones por el efecto, la existencia de torpeza dependerá del conocimiento y conciencia de la ilicitud del pacto. GONZÁLEZ GARCÍA (2016, 287 y sigs.) en una compleja teoría, distingue entre acuerdos anticompetitivos con causa lícita que no están sujetos a la inexigibilidad de las prestaciones por torpeza y los acuerdos con causa ilícita, sobre los que sí puede recaer un juicio de torpeza en función de la culpa en relación a la ilicitud de la causa de las partes contractuales.

[69] Sí se prevé expresamente la nulidad de las conductas abusivas en las normas sobre defensa de la competencia francesas (art. 420-3 del *Code de Commerce*).

[70] *Vid.,* KOMNIMOS (2008), 158 y sigs.; DI GIÓ (2009), 212 y sigs.; GONZÁLEZ GARCÍA (2016), 157 y sigs.; ORTIZ BAQUERO: *cit*., 389 y sigs.; JONES y SUFRIN (2014), 1099.

[71] STJCE de 25 de octubre de 1979, asunto 22/1979, *Greenwich Film/Sabena*.

[72] *Vid.,* Sentencia del TS de 22 de junio de 2006, en la que el TS se hace eco de la doctrina del TJ en el caso *Greenwich*, afirmando que «cuando una práctica abusiva contraria al artículo 86 se materializa en un acuerdo, el mismo se encuentra igualmente viciado de nulidad». ORTIZ BAQUERO (2011), 393 y sigs., recoge distintos ejemplos de la jurisprudencia alemana e italiana.

[73] Así, por ejemplo, en el caso del ordenamiento jurídico español, la nulidad de las prácticas abusivas podría derivarse del principio general recogido en el artículo 6.3 del Código Civil, que establece la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas salvo que en ellos se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

[74] El TJ es consciente de este problema cuando en el caso *Greenwich Film*, se plantea que… «seria impensable que el artículo 82 pudiera ser utilizado indiscriminadamente para evitar el cumplimiento de contratos de manera perjudicial para las víctimas del abuso».

[75] Cabe, no obstante, que la práctica abusiva consista simplemente en una actitud o conducta pasiva por parte de la empresa dominante, como, por ejemplo, en el caso de una negativa a contratar.

[76] Sobre la posible confluencia en una misma conducta de las prohibiciones del artículo 101 y 102 TFUE, *vid.,* BELLAMY - CHILD (1991), 683 y sigs.

[77] Manifiesta también sus recelos sobre la conveniencia de la sanción de nulidad en el caso de abusos excluyentes ejecutados a través de contratos celebrados con terceros que no tienen la consideración de víctimas, DI GIÓ (2009), 214 y 215.

(Trabajo recibido el 4-7-2017 y aceptado para su publicación el 11-7-2017)

La extinción de las sociedades de capital. Régimen post-cancelación*

Extinction of corporations. Post-cancelationen framework

por
ANA FELICITAS MUÑOZ PÉREZ
Profesora Titular URJC

RESUMEN: Hay una controversia clásica en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la determinación del momento exacto de la extinción de las sociedades de capital y los hechos que justifican el «evento de extinción» de las compañías de capital. El LSC promulgó en 2010 un texto consolidado de todas las leyes de sociedades de capital con el objetivo de proporcionar soluciones normativas generalizadas o extendidas establecidas originalmente para un solo tipo de empresa corporativa, la sociedad de responsabilidad limitada. La LSC, modernizó la regulación extintiva de las sociedades de capital, extendiendo a todos los tipos sociales las normas que previamente se habían incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en el Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada LSRL 1996). Por lo tanto, el texto consolidado LSC impone la determinación del momento extinto de las sociedades de capital vinculadas a la cancelación de la persona jurídica en el Registro Mercantil. Por lo tanto, en nuestra opinión, el régimen de responsabilidad a posteriori de los liquidadores y accionistas inicialmente contemplados en la LSRL y convertido en normas comunes para todas las formas de capital,

* El trabajo se asocia al proyecto de investigación DER2014-56741. IP Prof. Dña. M. Ángeles ALCALÁ.

constituyen una «pieza especial» en las Sociedades de Capital para garantizar la seguridad de las diferentes partes involucradas en el momento final de las compañías de capital, accionistas, acreedores y otras sujetos con interés.

ABSTRACT: There is a classical controversy in doctrine and jurisprudence regarding the determination of the exact moment of extinction of the corporation and the requirement that justified this «event of termination» of capital companies. The LSC enacted in 2010 a consolidated text with the aim to generalized or extended regulatory solutions originally established for only one type of corporate enterprise. The consolidate law, modernized the extinctive regulation of capital companies, extending to all social types the rules that had previously been incorporated in our legal system in the law of Limited Liability Companies (Ley de sociedad de Responsabilidad Limitada LSRL 1996). Hence, the consolidate LSC impose the determination of the extinct moment of the capital companies linked to the cancelation of the Legal entity in the Mercantile Registry. Therefore, in our opinion, the ex-post facto liability regimen of liquidators and shareholders originally contemplated in the LSRL and converted in common rules for all capital forms, provide a «especial piece» in the Capital Companies in order to grant security to the different parts involved in the final moment of capital companies, shareholders, creditors and other constituencies.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EXTINCIÓN «FORMAL» DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: 1. PLANTEAMIENTO. 2. SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN HASTA LA EXTINCIÓN POR CANCELACIÓN. 3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES POST-CANCELACIÓN.—III. CARACTERES GENERALES DE LA ESPECÍFICA RESPONSABILIDAD DEL LIQUIDADOR QUE SIRVE DE GARANTÍA AL CIERRE DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. MARCO DE RELACIONES: *2.1. Responsabilidad en la extinción. 2.2. Responsabilidad por daños en el cumplimiento de las tareas «ex lege» post-cancelación.* —IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS ANTES DE LA CANCELACIÓN: LA «ACCIÓN DE RECONSTITUCIÓN DE ACTIVOS». 3. LA ACCIÓN DIRECTA *EX LEGE* FRENTE A LOS ACCIONISTAS TRAS LA CANCELACIÓN: *3.1. Planteamiento. 3.2. Fundamento y caracteres generales de la responsabilidad. 3.3. Ámbito de la responsabilidad.*—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El régimen de responsabilidad de los liquidadores y el de los socios, son piezas de garantía del cierre de las sociedades de capital. Es clásica la contro-

versia relativa a la determinación del momento exacto de extinción y de los presupuestos que conducen y explican dicho efecto en el contexto de la Ley de Sociedades de Capital —LSC—. Dicha norma buscó modernizar la regulación extintiva de las sociedades de capital, extendiendo a todos los tipos sociales las normas que de forma previa se habían incorporado en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

La consolidación de la LSC afectó a dos aspectos de especial transcendencia del régimen de la extinción de las sociedades. Por un lado, alcanzó a la determinación del momento extintivo de las sociedades de capital, ya que a partir de la LSC se hace posible defender que los definitivos efectos extintivos para todas la sociedades de capital se anudan al asiento de cancelación de la sociedad sobre la base del régimen post-cancelación. La sección 6 del Capítulo II LSC impuso por primera vez un régimen común sobre el «activo y pasivo sobrevenido», unificando la pieza de cierre de las sociedades de capital, buscando cerrar el debate doctrinal que llevaba a tratar diferenciadamente los efectos de la cancelación y la determinación del momento de la extinción en los distintos tipos de sociedades de capital.

Por otro lado, la consolidación de la LSC conduce a una nueva interpretación del régimen de responsabilidad del liquidador por los daños derivados del incumplimiento de sus deberes orgánicos y el fundamento de la responsabilidad de los accionistas tras la definitiva extinción. A partir de este momento, el régimen de responsabilidad de los liquidadores se configura de forma paralela al de los administradores durante la liquidación y antes de la cancelación. Los efectos del particular régimen de responsabilidad de los liquidadores vigente en la LSA se desplazaba en la LSC al momento post-cancelación. Con ello se pretende que la eficacia de dicho particular régimen de responsabilidad fuera la pieza de cierre con ocasión del momento final extintivo a combinar con la responsabilidad de los socios por lo recibido en concepto de cuota de liquidación. Los socios están sujetos por un régimen *ex-lege* de responsabilidad por la existencia de pasivos tras la cancelación en los términos que tendremos ocasión de analizar seguidamente.

A pesar de que la LSC pretende cerrar las tradicionales controversias interpretativas vinculadas a las vicisitudes de las sociedades de capital en la fase extintiva sigue siendo tema abierto en la doctrina y jurisprudencia[1]. Pretendemos en las siguientes páginas resumir el estado de la cuestión incidiendo en la determinación del momento extintivo y ubicando el régimen de responsabilidad de los liquidadores y de los socios, que sirven para cerrar la liquidación de las sociedades de capital. Mi propuesta consiste en describir las líneas del debate y para concretar la particular orientación de las cuestiones, que sin embargo, representan una posición minoritaria en el reciente panorama jurisprudencial.

II. LA EXTINCIÓN «FORMAL» DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

La extinción de las sociedades de capital es fruto de la cancelación de los asientos sociales, tras el otorgamiento e inscripción de la escritura publica de extinción. La falta de instancia de dicha cancelación, o la existencia de activos y pasivos o de formalidades pendientes de ejecución tras la cancelación de los asientos registrales, ponen en juego distintos intereses a ponderar cuando se decide si la extinción de la sociedad de capital se efectúa con base en argumentos meramente «formales» o «sustantivos»; los primeros ligados al asiento de cancelación mientras que los segundos se unen a la conclusión de las operaciones de liquidación.

En la extinción concurren junto a los generales intereses jurídico-económicos[2], de forma singular, la confrontación de *los de los socios* y los de los *terceros*. Los accionistas pretenden reasignar los recursos a nuevas iniciativas económicas creadoras de riqueza. Los accionistas defenderán que el vínculo patrimonial de destinación que crearon con la fundación de la sociedad buscando generar riqueza debe ser definitivamente eliminado con la extinción, aún con sacrificio de otros derechos individuales de crédito[3]. Sin embargo, el interés de potenciar al máximo la agilidad del proceso requiere respeto, en particular, hacia los terceros acreedores de la sociedad, perspectiva desde la que se impone el *carácter imperativo del proceso de liquidación* y la *determinación del momento extintivo* de la persona jurídica de capital[4]. Es imperativa la ordenación de etapas en el sentido de que debe observar primero la extinción de las relaciones jurídicas societarias externas[5], antes de proceder en segundo lugar a la conclusión de las relaciones internas[6]. La determinación del momento final de extinción requiere ponderar las *exigencias de certeza jurídica* equilibrando al tiempo la tutela de los *intereses de los socios y de los acreedores*, cuestión implícita en la decisión sobre la definitiva extinción del vínculo de destinación social[7].

1. Planteamiento

El estudio sobre la eficacia de la cancelación requiere tratar los temas diferenciando dos momentos: el primero antes de la cancelación, para decidir si el otorgamiento de dicho asiento es elemento integrante o requisito necesario para la extinción de la sociedad, es decir, si tal asiento tiene por esta razón naturaleza constitutiva, o por ser otro el desencadenante extintivo, la eficacia es meramente declarativa de la extinción previa de la sociedad; un segundo momento, tras la cancelación, en el que debe decidirse el régimen aplicable a los activos y pasivos sobrevenidos tras la cancelación, cuestión ligada también a la eficacia del asiento. Abordamos el estudio con esta división temporal, ya que, predicar una determinada naturaleza del asiento de cancelación registral

—declarativa o constitutiva—, no implica que se esté de acuerdo en el régimen que deba aplicarse a esta subsistencia de activos o pasivos sociales pendientes tras el cierre registral[8].

2. Sociedad en liquidación hasta la extinción por cancelación

En efecto, separamos por un lado, el estudio del significado de la cancelación y el régimen jurídico a aplicar en un momento de la etapa final extintiva previa a la anotación marginal de cancelación de la sociedad. En este primer momento, se hace necesario estudiar los presupuestos de la extinción de la sociedad y la eficacia que deba darse a la conclusión *de las operaciones de liquidación, el otorgamiento de la escritura de extinción y la inscripción de cancelación en el Registro Mercantil.*

En el caso de la SRL —en particular, tras la reforma de 1995— la doctrina se inclinaba por la defensa del valor constitutivo del asiento de cancelación[9]. La doctrina mayoritaria defendía para la SA el carácter declarativo del asiento de cancelación argumentando que la extinción concurría, o debía concurrir, en un momento anterior a la cancelación[10].

La defensa del carácter declarativo del asiento de cancelación para la SA explicaba que la publicidad del asiendo simplemente añadía la publicidad del acaecimiento de una previa extinción social. Es decir, la cancelación reflejaba en esta opción la simple «presunción» de que de forma «material» se había finalizado con el proceso de liquidación de la sociedad. Con ello, se ligaba la extinción a la conclusión sustantiva de ciertas operaciones, por lo que de ordinario la sociedad se habría extinguido en un momento previo. Era la interpretación que prevalecía bajo la vigencia de la LSA, con base a que el pronunciamiento legal expreso del artículo 264 LSA[11] confirmaba la continuidad de la personalidad jurídica e impedía fijar como momento extintivo el de la eficacia de las causas de disolución. Algún sector doctrinal aceptaba que la *aprobación o firmeza del balance final* o el inicio *o conclusión de las operaciones de reparto patrimonial* estaban provistos de dichos efectos extintivos. En este sentido, la aprobación del balance final o plan de reparto, determinaba en esta opción, el cierre de la liquidación y, simultáneamente, la destrucción del fondo común y de la propia persona jurídica[12]. Otras veces, la personalidad jurídica se mantenía, no solo durante la primera fase de la liquidación, sino también durante la segunda fase, la que se extiende al periodo de división del patrimonio entre los socios[13].

Los argumentos enumerados para que la extinción no se ligara a la cancelación de los asientos registrales hacían referencia a la inexistencia de un régimen de responsabilidad *ex lege* para los acreedores insatisfechos, cancelada la sociedad anónima. El régimen singular de responsabilidad post-cancelación que introduce en la reforma de 1995 de la SRL favorece la opinión de la cancela-

ción constitutiva. No había para la SA previsión expresa de acción frente a los accionistas para exigir las deudas pendientes de la sociedad hasta el máximo de lo recibido como cuota de liquidación. De igual manera, la LSA no contemplaba un régimen singular de acciones frente a los liquidadores post-cancelación, por lo que la situación de los terceros acreedores, en particular, frente a los daños sociales quedaba indeterminada. Otros argumentos hacían referencia a la exigencia de que la inscripción tenga por regla general carácter declarativo, siendo excepcional lo contrario —como sucedía para la fundación por el artículo 7 de la LSA—. También se alegaba que la inscripción y cancelación declarativa de la sociedad —al contrario de lo que sucede en su fundación— favorece a los acreedores. Un argumento que reforzaba esta opinión es que no existía régimen imperativo de insinuación de créditos que cargase sobre los acreedores las consecuencias perjudiciales de la preterición por su inactividad, en el sentido de considerar incluso que su derecho quedaría extinguido. En definitiva, sobre esta batería de argumentos, se abogaba a favor de considerar que antes de la cancelación registral la sociedad puede y debe estar extinguida por la concurrencia de los presupuestos materiales que justifican dicha extinción.

En este contexto eran minoritarias las posiciones que defendían que el asiento de cancelación tuviera efectos constitutivos respecto de la extinción de la persona jurídica[14].

El debate doctrinal sigue abierto tras la consolidación de la LSA y LSRL en la LSC y la extensión a todas las sociedades de capital del régimen previo de la LSRL. Algunos continúan defendiendo el carácter declarativo del asiento de cancelación para las sociedades de capital[15], mientras que otro sector al que me sumo, considera que la misma reviste carácter constitutivo[16]. En la actualidad, suele interpretarse por la doctrina —no la jurisprudencia— que dicho cierre registral tiene carácter constitutivo, por lo que la extinción de la sociedad se vincula a *la eficacia del otorgamiento e inscripción de la escritura de extinción y la cancelación del asiento registral de la sociedad*[17]. El *protagonismo del fin extintivo* en la fase última del procedimiento tras el reparto, llega a absorber los efectos residuales de la originaria *afectio societatis* y, por ello, a impedir de forma definitiva la oportunidad de reactivar la sociedad desde que se apruebe el balance final de liquidación. Pero la *sociedad, desaparece con la cancelación como persona jurídica y como titular de las distintas relaciones jurídicas que a ella se le imputan*[18]. El cumplimiento de los requisitos «formales» —otorgamiento de escritura de extinción y asiento de cancelación— inserta el doble filtro de legalidad con el control del Notario y del Registrador[19]. Junto a este mecanismo de doble filtro debe considerarse el régimen de responsabilidad del liquidador por las menciones de la escritura de extinción en su función de «pieza cierre de la liquidación». Desde la perspectiva de la eficacia registral, la inscripción con carácter constitutivo refuerza la protección de los terceros ya garantizada por el artículo 21.1 del CCom.[20]. Por último, hace más coherente justificar que la

sociedad sea hasta el último momento titular del remanente de un activo mínimo para afrontar gastos de Notario o Registro que se provisionaron oportunamente en el balance final para hacer frente a los últimos trámites de extinción.

La divergencia interpretativa no impone diferencia en el tratamiento de los acreedores preteridos antes de la cancelación, conclusión que podría quitar trascendencia práctica al debate en este momento temporal[21]. Hasta la cancelación, en ambos supuestos, la continuación de la sociedad obliga a mantener subsistente su responsabilidad frente a los terceros. Esto permite que si algún acreedor omitido en la fase previa de liquidación, o nuevo por surgir durante el tiempo que media entre el reparto ya efectuado y la inscripción de cancelación, puede dirigir su pretensión frente a la sociedad aún existente y obligar a los liquidadores —o antiguos administradores— a responder, en su caso, y a exigir a los socios la reintegración a la sociedad de las cantidades indebidamente entregadas en la cuantía necesaria para satisfacer el crédito y con el límite de lo recibido en concepto de cuota de liquidación y dejando subsistente, si fuera necesario, la eventual exigencia de los dividendos pasivos que en su día no fue necesario reclamar y, en última instancia, instar la apertura de un procedimiento de insolvencia. En ambas interpretaciones, se requiere la inexistencia de activos, pasivos y trámites procesales pendientes de cumplimiento, es decir, la finalización de las operaciones de liquidación «sustantiva» en un momento previo a la instancia de cancelación. La subsistencia de *acreedores sociales*, incluso de un solo acreedor, y aunque sea por insuficiencia total de activos, impide que los liquidadores pudieran dar por finalizadas las operaciones de liquidación, otorgando la escritura pública de extinción e instando la cancelación. Tiene particular interés a estos efectos considerar el tratamiento de las garantías prestadas a los acreedores[22]. De la misma forma, tampoco los liquidadores podrían otorgar escritura de extinción y solicitar la cancelación cuando subsistieran *activos* sin repartir, incluso cuando se trate de restos indivisibles, ya que, su *existencia previa* obstaculiza la extinción[23]. Respecto a los *juicios pendientes*, es necesario que hubieran finalizado por sentencia firme[24].

Queda subsistente el problema de las sociedades dormidas, es decir, sociedades que hayan cumplido —o incumplido— con la liquidación material y que, sin actividad, queden sin cancelar en el Registro. Hay falta de incentivo en la sociedad —socios y liquidadores— de afrontar los gastos de incorporar al Registro la declaración constitutiva de la definitiva extinción. La sociedad vacía —carente de activo y pasivo alguno, o solo con pasivos— se mantiene con vida «formal» en el Registro Mercantil. Le ley impone en el artículo 389 LSC la posibilidad de instar la sustitución de los liquidadores en tres años con el fin de intentar mitigar este peligro, o instar la extinción al juez de concurso, si se trata de sociedades que carentes de activo alguno no pueden instar la apertura de dicho proceso. No se puede resolver por el expediente de la liquidación societaria el problema relativo a la extinción de las sociedades totalmente

insolventes[25]. No es posible que acceda al Registro la escritura de extinción por instancia del liquidador cuando esté *pendiente la satisfacción de un acreedor no asegurado. No cumpliría con los presupuestos sustantivos que permiten otorgar la escritura de extinción e inscribir la cancelación*. La extinción de sociedades del todo carentes de patrimonio debería, a propuesta de la sociedad o de cualquier interesado, ser instada al juez incluyendo en dicha solicitud al tiempo la cancelación de los asientos registrales[26].

La inoponibilidad de la liquidación ya efectuada y la continua exposición al riesgo de exigencia de responsabilidad por subsistencia o nacimiento de nuevas obligaciones en cualquier momento a cargo de la sociedad sin cancelar, debería funcionar como correctivo a la negligente tendencia de abandonar en este estado a las sociedades.

3. Régimen de responsabilidades post-cancelación

Por régimen post-cancelación se hace referencia al estudio de las responsabilidades posteriores a la eficacia del cierre registral de la sociedad. Tal como se ha señalado, la determinación de la eficacia del asiento de cancelación se liga al tradicional debate de optar entre la «liquidación formal» o la «liquidación sustancial» como criterio para la extinción de las sociedades de capital[27]. En este momento post-cancelación, la perspectiva registral incorpora al debate la decisión sobre los efectos sanatorios del asiento respecto de todos los vicios o defectos del procedimiento material de liquidación[28].

La inscripción declarativa —cuando no coincide con la situación extrarregistral— requiere reabrir la liquidación social puesto que la sociedad no se ha extinguido[29]. Esta es la interpretación tradicionalmente mantenida para las SA, ya que en caso de liquidaciones incompletas, a pesar de la inscripción de la escritura de extinción y del asiento de cancelación registral de cancelación, la definitiva desaparición de la persona jurídica se anudaba a la posterior finalización de las operaciones materiales de liquidación, al menos de los pasivos o deuda[30].

A los mismos efectos puede llegar la opción que afirma el carácter constitutivo de la cancelación, cuando se considera que el asiento no es definitivamente extintivo en caso de liquidaciones incompletas por no tener efecto de sanar dichos vicios. Según esta versión, con similares conclusiones se impondrá la liquidación complementaria que, o bien implique la reapertura de los vínculos sociales —«volver a reconstruir la persona jurídica»— o bien, de forma más concreta se inicie una tarea de liquidación con base en la eficacia del régimen común de la cotitularidad de activos o deudas solidarias[31].

Cuando la ley dispone un régimen expreso de activos y pasivos es más fácil considerar que se trata de una cancelación constitutiva y, además, definitivamente extintivo de la sociedad previamente liquidada, o liquidada de forma

incompleta. *La definitiva extinción de las sociedades se vincula a la cancelación y se presume que se ha concluido, como impone la ley, las operaciones de liquidación material*. Sin embargo, el incumplimiento del imperativo legal de liquidación material, no exige la pervivencia de la sociedad dado el tratamiento expreso sobre los activos y pasivos que pervivan o tengan carácter sobrevenido. La común regulación del régimen de extinción y responsabilidades posteriores a la cancelación para las sociedades de capital en la LSC requiere una valoración conjunta de la cancelación y propugnar la definitiva eficacia extintiva de las sociedades de capital sobre la base de la regulación legal expresa del mecanismo de post-cancelación de activos y pasivos sobrevenidos.

La eficacia definitivamente extintiva de la cancelación, implica que dicha cancelación es *requisito suficiente para la definitiva extinción*. Aboga por el criterio «formal» frente al «material», apoyado este último en la exigencia de que la cancelación se base en la conclusión material de las operaciones de liquidación. Si la cancelación registral fuera el elemento decisivo y único en la extinción de la sociedad, se decía, debiera buscarse la adecuada garantía de los terceros acreedores una responsabilidad frente a los socios y los liquidadores sin afectar a la eficacia de la atribución patrimonial, sino con base en el principio del enriquecimiento injusto, o en un régimen *ex lege*. Esta fue la opción de la reforma incorporada en la LRSL cuando se dispuso en el artículo 123 LSRL un régimen *ex lege* de «activos y pasivos sobrevenidos». Por este motivo, con base en la pieza de cierre del régimen de post-cancelación de activos y pasivos sobrevenidos, la extinción era definitiva con la cancelación solo en la SRL y cuando se convirtió en régimen único por la LSC, cobraba este carácter para todas las sociedades de capital.

No obstante, en otros ordenamientos de nuestro entorno, la presencia o no de dicho régimen de post-cancelación no cierra del todo las controversias interpretativas sobre el definitivo momento extintivo[32]. Como tampoco la promulgación de la LSC unifica en la nuestra el criterio por aplicación del régimen único de «activo y pasivo sobrevenido» contemplado en la sección 6 del capítulo II del Título X LSA. La presencia de esta pieza de cierre en el régimen de extinción de las sociedades, para cierto sector de la doctrina, no lleva a la exigencia de otorgar efectos sustantivos a la cancelación, sino al contrario, confirma que la cancelación es tan solo una «presunción» de la extinción de la sociedad. En virtud de estos presupuestos, acreditado el carácter defectuoso del proceso de liquidación material se reabre una modalidad social para la «liquidación retardada» por aplicación del régimen establecido en los artículos 398 a 400 LSC, sin incurrir en la declaración de nulidad del artículo 7.2 RRM[33]. Para otros, es necesario impugnar el asiento y declarar nula la extinción para proceder a la aplicación del régimen de activos y pasivos sobrevenidos cuyo trasfondo se apoya en el general común de las cotitularidades y deudas solidarias[34].

Consideramos que la unificación del régimen de la LSC —que extiende ciertas soluciones de la sociedad de responsabilidad limitada también para la sociedad anónima y la eficacia del artículo 399 LSC sobre los activos y pasivos sobrevenidos— favorece hacer extensible los criterios interpretativos de la cancelación definitivamente extintiva para todas las formas de sociedades de capital[35]. Esta decisión tiene alcance sobre el régimen de responsabilidad de los socios y de los liquidadores ya que difiere la situación de ambos constante la sociedad. Respecto de los socios, el régimen post-cancelación de responsabilidad solidaria cambia el criterio de imputación ya que debe considerarse que la parte de cada antiguo socio en la deuda se determinará «en función de la cuota de liquidación» recibida, y por tanto, no necesariamente en función de la «aportación realizada» y nunca podrá superar el importe monetario de dicha adjudicación ni alterar el carácter de la misma[36].

III. CARACTERES GENERALES DE LA ESPECÍFICA RESPONSABILIDAD DEL LIQUIDADOR QUE SIRVE DE GARANTÍA AL CIERRE DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN

1. Consideraciones previas

Determinado el momento de extinción de las sociedades de capital nos proponemos definir el régimen de responsabilidad del liquidador que tiene la función de cerrar el régimen de extinción de las sociedades. No es objeto de nuestro estudio el análisis pormenorizado de los presupuestos generales de responsabilidad de los liquidadores ligada al incumplimiento de las funciones de administrar/liquidar en su condición de órgano de gestión de la sociedad en extinción[37]. La liquidación es un procedimiento y estado o situación jurídica, aquella en que se encuentra la sociedad desde que se produce la disolución hasta que sobreviene la extinción definitiva[38]. La sociedad conserva la personalidad jurídica, sustituyendo los liquidadores a los administradores en la sociedad durante este periodo. El régimen de la *responsabilidad de los liquidadores por los daños generados del incumplimiento de estos deberes, se reenvía* al régimen general de la responsabilidad orgánica de los administradores en virtud del artículo 375.2 LSC, acogiendo la LSC el criterio tradicional que venía siendo adoptado por el legislador en la LSRL.

Ni tan siquiera nuestro objetivo se cifra en la pretensión de desarrollar con detalle la consideración del régimen de responsabilidad de los artículos 397 y 399 LSC, sino señalar la función que decididamente cumple este régimen como pieza que integra el sistema de cierre de la extinción de las sociedades de capital. El precepto contribuye a proteger los intereses en juego en la extinción de las sociedades de capital. Desligamos este supuesto de responsabilidad, de

aquel otro derivado de las actuaciones de liquidación propias del régimen post-cancelación, es decir, de las actuaciones lesivas para los exsocios o terceros, por el cumplimiento que les impone *ex lege*, el legislador en estos preceptos.

2. Marco de relaciones

La responsabilidad que funciona como pieza de cierre del sistema de extinción de las sociedades viene contemplado en la sección quinta de la LSC que desarrolla «La extinción de la sociedad» para todos los tipos de sociedades de capital. En la mencionada sección el artículo 397 bajo la rúbrica «Exigencia de responsabilidad a los liquidadores tras la cancelación de la sociedad» define un régimen especial de responsabilidad que encaja en la pieza de la extinción en las normas sobre post-cancelación del 399.2 LSC.

2.1. Responsabilidad en la extinción

El artículo 399.2 LSC contempla responsabilidad de los socios por lo recibido en concepto de cuota de liquidación «sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores», trayendo pues al momento post-cancelación la posibilidad de exigir responsabilidad por las lesiones que tienen su origen en el incumplimiento de los deberes orgánicos, en este sentido, con el mismo origen que el contemplado en el artículo 397 LSC.

El artículo 397 LSC, en su actual redacción, dispone para todos los tipos de sociedades de capital que «Los liquidadores serán responsables ante los socios y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con dolo o culpa en el desempeño de su cargo»[39]. Se trata de una responsabilidad singular definida en paralelos términos a la que venía contemplándose en el artículo 279 de la LSA, por lo que las claves interpretativas que sostenían la lectura de la disposición en la LSA, orientan la interpretación del actual contenido del artículo 397 LSC.

El artículo 279 LSA contemplaba lo que en aquella Ley pretendía ser régimen general de la responsabilidad de los liquidadores de la SA. Por este motivo, analizábamos este régimen con muchas consideraciones críticas[40]. Dicha norma establecía especialidades no justificadas vestigio de la antigua concepción de la etapa de liquidación de las sociedades de capital que no estaban en la moderna regulación de la responsabilidad de los liquidadores de la LSRL y que impedía en aquel momento previo a la promulgación de la LSC considerar la existencia de un régimen único de responsabilidad del órgano de liquidación para las sociedades de capital[41]. En virtud de la literalidad del artículo 279 LSA, los liquidadores solo respondían frente a los socios y terceros pero no frente a la

sociedad[42], lo que solamente podía explicarse sobre la base de que el legislador entendiera su previa extinción con la disolución. La falta de actualización de las normas de liquidación de la LSA ocasionaba que la situación jurídico positiva fuera claramente disfuncional y planteara problemas a la hora de aplicar los supuestos. Ello se subsanaba mediante una interpretación evolutiva al integrar la responsabilidad de los liquidadores en el marco general de la responsabilidad orgánica de los administradores. Se seguía el criterio de interpretar las normas de la LSA siguiendo las referencias del régimen más moderno de la LSRL, con respeto de las incompatibilidades procedentes del régimen imperativo contenido de la normas de liquidación de la SA[43].

La LSRL solucionaba el régimen general de responsabilidad del órgano de liquidación en el contexto general del régimen jurídico de los liquidadores en el artículo 114 LSRL por reenvío implícito al de los administradores siempre que no se opusieran a las normas previstas en la liquidación, lo que suponía que se llevara a la aplicación del régimen de los administradores de la sociedad anónima. Junto a este régimen general de responsabilidad de los liquidadores, la LRSL incorporaba uno específico de responsabilidad post-cancelación que funcionaba como pieza que insertaba las garantías en la definitiva extinción de la sociedad. Junto a la responsabilidad solidaria de los antiguos socios por las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación por el artículo 123.2. LSRL[44], se combinaba la responsabilidad de los liquidadores frente a los socios y los terceros en caso de dolo o de cualquier tipo de culpa.

La LSC consolida las leyes de sociedades de capital y además de yuxtaponer los preceptos de las distintas normas societarias, refundía y armonizaba, suprimiendo las divergencias de expresión legal, unificando y actualizando la terminología. En general trataba de generalizar o extender normativamente soluciones originarias establecidas para la sociedad de responsabilidad limitada a la sociedad anónima. La exigencia de armonización era particularmente necesaria en el régimen de disolución y liquidación de las sociedades capital —por el contraste del envejecido capítulo IX de la LSA con el mucho más moderno capítulo X de la LSRL— e implicaba una profunda transformación del ámbito de eficacia de todas las normas de liquidación, se hacia absolutamente imprescindible en el régimen de responsabilidad del liquidador.

La LSC altera la ubicación de los preceptos corrigiendo la función que estos desempeñaban en las leyes originarias. La nueva ubicación sistemática de los preceptos en la LSC obliga a una nueva interpretación. El artículo 279 LSA incorporado en el actual artículo 397 LSC lleva el contenido de las disposiciones al régimen de extinción. En esta nueva ubicación el actual artículo 397 LSC, cambia la función que cumplía en la LSA de ser régimen general de responsabilidad convirtiéndose en pieza del régimen de extinción. En su nueva situación, se integra en el singular régimen de los liquidadores que procede del artículo 123.2. LSRL, corrigiendo la función que desempeñaba el precepto; *pasa de definir la*

responsabilidad general del órgano de liquidación a ser el régimen particular que inserta garantías en el definitivo cierre por extinción de las sociedad de capital. Es decir, lo que venia siendo «régimen general» de responsabilidad de los liquidadores de la sociedad anónima —artículo 279 LSA— queda en su nueva ubicación —artículo 397.2 LSC en la original redacción— convertido en pieza de cierre como «régimen particular» de los liquidadores para contribuir a dar garantías en la extinción de las sociedades de capital[45].

El artículo 279 LSA con esta nueva función de ser régimen inserto en el cierre de las sociedades de capital respeta en este nueva ubicación sistemática la original estructura y ahora si, de forma coherente pues cuando el precepto despliega sus efectos, la persona jurídica esta extinguida. Por este motivo el régimen de responsabilidad post-cancelación del actual artículo 397 LSC puede servirse del análisis de la original disposición de intereses contempladas en el artículo 279 LSA. La disposición ofrece en esta sede una interpretación más cabal sobre la base de que llegados a este punto, ya no puede predicarse la subsistencia de la personalidad jurídica de la sociedad.

La especialidad consiste en legitimar a los acreedores para exigir «para sí», sin perjuicio de que el daño pueda ser indirecto, en el sentido de estar causado por una disminución fraudulenta o culposa del patrimonio común que repercuta sobre los derechos de los acreedores y afecte a los «eventuales derechos» que tengan todos los exsocios sobre esta comunidad de bienes. Dicha responsabilidad exigible por los acreedores, sería concurrente con la acción que tendrían estos frente a los socios para reclamar por lo recibiendo antes de la cancelación en concepto de cuota de liquidación y lo que podrían haber recibido en virtud del reparto procedente de la comunidad de bienes constituida tras la cancelación.

2.2. Responsabilidad por daños en el cumplimiento de las tareas «ex lege» post-cancelación

Junto a esta responsabilidad y diferente por el origen de los presupuestos que la desencadenan, señalamos la eventual responsabilidad que puede surge por los daños derivados del incumplimiento de las tareas *ex lege* encomendadas a los liquidadores tras la extinción por cancelación de la sociedad en los artículos 398.1 y 400.1 LSC.

El apoderamiento por todos los socios a los liquidadores solucionaba en la práctica el expediente de encomendar las tareas a un responsable que diera cumplida terminación a las tareas pendientes de liquidación material tras la cancelación[46]. La ley los nombra *«ex lege»* facilitando de modo pragmático dicho nombramiento.

Sin embargo, la Ley guarda silencio sobre los presupuestos del régimen de responsabilidad que se liga al cumplimiento de estas tareas de liquidación de

activos, satisfacción de pasivos o realización de formalidades pendientes, que *ex lege* se les encomiendan una vez extinguida la persona jurídica y desaparecida su naturaleza orgánica.

Por aplicación del artículo 231 CCom. que dispone la responsabilidad de los liquidadores de las sociedades colectivas, los accionistas estarían legitimados para exigir una suerte de «responsabilidad por daños sociales» de carácter «contractual» en paralelo con la que contempla dicho texto legal con relación a las sociedades personalistas. Según el mencionado precepto «Los liquidadores serán responsables *ante los socios* de cualquier perjuicio que resulte al haber común por fraude o negligencia grave en el desempeño de su encargo». Esta construcción ofrecería inconvenientes derivados de la dificultad de organizar la estructura de las acciones y consecuencias derivadas del ejercicio de las mismas, ya que de prosperar la acción habría la formación de un nuevo patrimonio común[47].

Cuando se parte de la definitiva extinción de la sociedad de capital debería reconducirse la expresada responsabilidad por las tareas encomendadas *ex lege* a la general contractual artículo 1101 del Código Civil y extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, impuesta a cualquier persona por la causación de los daños. Puesto que las actuaciones de los liquidadores no implican ninguna «vinculación-responsabilidad» para una sociedad de capital que ya está extinguida y la presencia de una simple situación de comunidad con base en los nuevos activos, no parece procedente traer a este lugar una compleja construcción de «responsabilidad orgánica».

La tercera propuesta, que parece la más adecuada por la relación de preceptos que examinamos, consiste en extender la eficacia del 379 LSC al ámbito de los daños generados por el cumplimiento de las tareas *ex lege*. En virtud de ello, todo perjuicio a futuro que se manifieste como pretendidamente «social» (sobre la base de afectar a la entidad que pueda surgir con una mínima «subjetivación») derivado de las actuaciones lesivas en el cumplimiento de sus obligaciones *ex lege*, (operaciones de reparto del activo o pago a los acreedores del pasivo) que ocasione a los socios y terceros un perjuicio «directo» o «mediato», se exige de forma «directa» a los liquidadores en el marco de una singular construcción de responsabilidad pos cancelación. Sería por ejemplo el caso de que los liquidadores ocasionen daños a los eventuales acreedores surgidos tras la cancelación por incumplimiento en la tarea de pagarles de forma preferente con cargo de una eventual subsistencia también de activos.

IV. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS

1. Planteamiento

Según la opinión tradicional más extendida la garantía de los acreedores de las sociedades de capital no satisfechos, se encontraba en *la subsistencia de la*

sociedad, es decir, en la imposibilidad de que la sociedad se extinguiera si la liquidación material no había finalizado y ello aunque se hubieran cancelado los asientos registrales[48]. Según estos presupuestos la cancelación no determina la extinción definitiva de la sociedad de capital, ni de los derechos de crédito de las que dichas sociedades eran titulares pasivos.

Eran minoritarias las posturas intermedias que aún partiendo de los efectos declarativos de la inscripción de cancelación, para limitar la incertidumbre que pesa sobre los socios y los liquidadores a pesar de propugnar la inscripción declarativa del asiento de cancelación, *negaban la posibilidad de reclamar la reconstitución de los elementos patrimoniales de la sociedad a los terceros que no manifestaran su derecho durante la liquidación. Es decir, si no hubiera culpa en la constatación de la existencia por parte de los liquidadores*, el derecho de los acreedores se consideraba *extinguido* con el reparto a los socios del haber social. Dicho en otros términos, *al reparto ocasionaba ciertos efectos extintivos que afectaba a aquellas particulares relaciones crediticias, la de los acreedores desconocidos sin negligencia imputable ni a los liquidadores ni a los socios*[49].

Tratamos en este punto construir el régimen de responsabilidad que afecta a los accionistas en el momento final extintivo, partiendo de la óptica ya expresada que formula el criterio de vincular la extinción formal de las sociedades al cumplimiento de ciertos requisitos formales, relativos al otorgamiento de escritura pública e inscripción y a la cancelación del asiento de la sociedad en el Registro Mercantil. Desde este presupuesto analizamos la responsabilidad de los accionistas señalando dos momentos temporales diferenciados, el anterior y el posterior a la cancelación.

2. La responsabilidad de los accionistas antes de la cancelación: la «acción de reconstitución de activos»

Mientras no se haya procedido a la cancelación de la sociedad, los acreedores sociales insatisfechos no tienen acción frente a los socios por interposición de la persona jurídica[50]. No es posible disponer una la responsabilidad personal de los accionistas directa frente a los terceros acreedores por las deudas sociales, puesto que estas últimas vinculan solo a la sociedad[51]. Subsistente la sociedad, *la persona jurídica se interpone entre los terceros y los socios*, por lo que no hay relaciones sociales que puedan vincular a los terceros y los accionistas. La posibilidad de satisfacer a los acreedores pasa el trámite de reintegrar el patrimonio de la sociedad.

Constante la sociedad, los liquidadores deben exigir y los accionistas están sujetos a la obligación de devolver a la sociedad lo indebidamente percibido a consecuencia de que no es posible entregar bienes cuando hay pendiente o surgen pasivos a cargo de la sociedad. A través de la «acción de reconstitución»,

se permite solicitar a los socios lo necesario para satisfacer a los acreedores sociales omitidos, sean estos anteriores o posteriores al balance final, o conocidos o desconocidos por los liquidadores.

La garantía para los terceros acreedores se basa en la *reconstrucción de los elementos patrimoniales*[52]. Señalábamos la necesidad de analizar esta cuestión relativa al «reparto anticipado» —que viola el principio de tutela de «integración del capital social»— con el régimen de exceso de reparto de dividendos a cuenta en la actualidad previsto en los artículos 277 y 278 LSC. La situación puede darse en un momento anterior o posterior a la aprobación del balance final. En el caso de exceso de dividendos a cuenta la Ley contempla la atribución definitiva a los accionistas de buena fe y la obligación de restitución —sumando al importe de la restitución el interés— cuando pueda probarse que los accionistas perceptores eran de mala fe[53]. Dicho régimen ofrece distintos caracteres en liquidación. Sin embargo, en el caso de la liquidación, lo entregado por reparto anticipado no puede ser considerado que es atribuido en propiedad de forma definitiva en el patrimonio de los accionistas. Son entregas nulas, con fundamento en su *contrariedad al precepto imperativo* que exige el previo pago de los acreedores en liquidación, con base en la aprobación de un balance final cuyo acuerdo de aprobación por este motivo requiere ser impugnado[54]. El pago de la cuota de liquidación que se haga violando los preceptos imperativos, es *ilícito per se*. La nulidad se declara con efectos retroactivos —artículo 1303 del Código Civil— lo cual supone la exigencia de deshacer todas las actuaciones realizadas por los liquidadores a partir del momento del reparto irregular. Al menos habrá obligación de devolver lo que sea necesario para afrontar el pago frente a los terceros acreedores[55]. Cuando hay reparto fraudulento por la presencia de connivencia fruto del concierto de los liquidadores y los accionistas para defraudar las expectativas de los acreedores, confluye un régimen agravado de responsabilidad penal[56].

Según la opinión doctrinal que propugna la extinción material, dicho régimen de reconstrucción patrimonial continúa siendo posible tras la cancelación. Desde estos presupuestos se afirmará que puesto que la *satisfacción íntegra del pasivo es condición de la cancelación,* una vez que ocurra dicha cancelación, será preciso instar la nulidad de forma previa a dicha reconstitución de activos. Es decir, el *incumplimiento de las normas de liquidación es motivo de nulidad del asiento de inscripción de cancelación registral*[57]. En otros casos, la aplicación de las normas propias de la personalidad jurídica se combinan con la defensa del carácter declarativo de la cancelación y por tanto se trata de una pervivencia de la persona jurídica porque el procedimiento de liquidación fue irregular sin requerir la impugnación por nulidad del asiento registral[58].

Pero también desde la defensa de la inscripción constitutiva se puede llegar a similares conclusiones al considerar que la *acción de reconstitución de los activos sociales* en protección de terceros acreedores, tras la cancelación, añade

tan solo la exigencia previa de instar la nulidad del asiento de cancelación. Los acreedores no satisfechos tras la cancelación deben solicitar la revocación del asiento y la reapertura de la liquidación, *obligando a los socios a devolver las cantidades indebidamente distribuidas*[59]. La cancelación, se dirá, no sana los vicios del proceso de liquidación procede instar la nulidad de la cancelación practicada y la reapertura del procedimiento de liquidación realizada de modo incompleto[60]. Pero el mecanismo de la nulidad se revela excesivamente complejo e incluso puede llegar a afirmarse que no garantiza por sí solo el pretendido efecto de protección a los terceros, salvo en el caso de adjudicaciones de bienes *in natura* que permanezcan en el patrimonio de los accionistas[61].

Según hemos tenido ocasión de considerar la extinción es formal, por lo que la responsabilidad tras la cancelación se sustituye por el régimen *ex lege* de responsabilidad que pasamos seguidamente a considerar, sin que a estos efectos sea necesario impugnar acuerdo o asiento alguno[62].

3. La acción directa *ex lege* frente a los accionistas tras la cancelación

3.1. Planteamiento

Como venimos señalando el régimen de responsabilidad de socios que dispuso la primitiva regulación de la LSRL —artículo 123 LSRL— para resolver los pasivos sobrevenidos tras la cancelación registral se trata de un régimen que no solventa definitivamente las controvertidas discusiones en torno a la cancelación registral —con relación a la subsistencia de la sociedad y de las deudas que la misma haya generado— pero trata de servir de «cierre de sistema».

En la versión del cierre «formal» de la liquidación la desaparición de la persona jurídica coincide con el asiento de cancelación[63]. A partir de esta regulación, la extinción de la sociedad se apoyaba en la observación del procedimiento imperativamente previsto, en cuyo caso se extingue la sociedad aunque no se hubieren eliminado realmente todas esas relaciones jurídicas. Precisamente el régimen post-cancelacion aún no suponiendo *eficacia sanatoria* del asiento de cancelación, permite convenir *que los acreedores y los socios, eventualmente insatisfechos durante la liquidación, encuentren una tutela adecuada tras la cancelación*[64]. Hace prescindible la subsistencia de la sociedad por haber sido incorrectamente realizada la liquidación.

La Ley imputa a los antiguos socios de forma solidaria las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de lo que se hubieran repartido como cuota de liquidación[65]. El *precepto soluciona la ilicitud, no permitiendo instar la nulidad del proceso por violación de norma imperativa o falta de presupuestos causales de la atribución de los bienes a los socios y ofrece una vía alternativa de solución a los casos en que se den los vicios más graves del proceso, como son los casos*

de dolo del liquidador[66]. *La sociedad se encuentra definitivamente extinguida* con la cancelación, pues de lo contrario estas normas perderían su sentido[67].

El régimen post-cancelación regula la patología de un proceso que se clausuró con la cancelación. El legislador es consciente de la situación irregular y arbitra una regla que permite subvenirla sin necesidad de atacar la legitimidad del asiento de cancelación. Puede convenirse que si los acreedores y los socios eventualmente mal satisfechos durante la liquidación encuentran una tutela adecuada tras la cancelación, carece de toda lógica pretender que la sociedad no está en realidad extinguida por haber sido irregularmente realizada la liquidación. El socio o el acreedor insatisfecho pueden obtener directamente la satisfacción de su derecho, y algunos afirmarán que *no se comprende para qué van a acudir a la vía indirecta de la reapertura o de la reconstitución de la liquidación*[68]. Con la misma perspectiva, se argumenta, *no tiene ningún sentido solicitar la reapertura o la reconstitución de la liquidación* cuando el ordenamiento jurídico arbitra unos mecanismos que conducen, por una vía más directa, a los mismos resultados.

La reapertura se dirá, conlleva una elevada dosis de inseguridad para el acreedor que tienen su derecho de crédito frente a una sociedad que está extinguida y vacía de patrimonio, pero sin embargo, aunque a priori dicha reapertura evita a los acreedores fraccionar las reclamaciones y facilita la posibilidad de instar el proceso de insolvencia. Se alegará en igual sentido, que el mecanismo de cierre formal —con base en el primitivo artículo 123.2 LSRL— perjudica a los socios, en el sentido de que su cuota de liquidación nace gravada. Sin embargo, parece ser de justicia que sobre su propio patrimonio soporten el riesgo que genera la propia actividad de liquidación.

La norma que impone la responsabilidad *ex-lege*, opera como cierre para equilibrar los diversos intereses que confluyen en la extinción, considerando que de esta forma se combinan las recíprocas concesiones que los socios y terceros deber sacrificar en aras de garantizar la seguridad jurídica en la determinación del momento extintivo. Se trata de una «liquidación suplementaria» —*ex lege*—. El régimen se complica si la pretensión interpretativa es ligar dichas normas a conceptualmente a la pervivencia, aun residual, de la persona jurídica[69].

3.2. Fundamento y caracteres generales de la responsabilidad

Tras la cancelación la acción de reconstitución cede paso a la posibilidad de plantear la acción directa frente al socio con base en el régimen *ex lege* post-cancelación. La Ley convierte la «deuda social» del pasivo pendiente en «deuda del socio» tras la cancelación. La legitimación pasiva en su caso, para reconocimiento de dicho nuevo pasivo, por el mismo motivo, también afecta a ellos colectivamente y alcanza hasta el límite cuantitativo de lo recibido.

La doctrina suele reservar esta acción directa, como sanción ligada a *la pérdida del beneficio de la limitación de la responsabilidad que comporta la autonomía patrimonial del régimen de las sociedades de capital*. Es decir, se reserva por algunos a la infracción deliberada de las normas de liquidación. Se dirá en defensa de esta opción que la infracción de las normas de reparto lleva aparejada la pérdida del beneficio de la limitación de responsabilidad y la aplicación de la responsabilidad a los socios de la responsabilidad universal del 1911 del Código Civil —además de las responsabilidades penales consiguientes—[70]. El hecho de que se trate de deudas sociales implica que el fundamento de esta acción frente a los socios se lleve por algunos al artículo 1902, por *la comisión de un acto ilícito*[71]. Se trataría de una responsabilidad solidaria —frente a la regla general de mancomunidad *ex* artículo 1139 del Código Civil.

Otros encontrarán el fundamento de la acción en explicaciones alternativas. Así, venía siendo tradicional basar el argumento en el régimen de la *sucesión a título universal «pro-cuota»* en el patrimonio de la sociedad[72]. Similar fundamento al presente en las normas de la partición hereditaria —artículo 1084 y siguientes del Código Civil—.

Con base en el sistema de atribución *inter-vivos* del activo social remanente se defenderán otras opciones para fundamentar dicha responsabilidad. Así se buscará apoyo en la presunción de un *pacto expreso de asunción personal de los antiguos socios de las deudas sociales*. Sobre argumentos igualmente continuistas se hablará de *la responsabilidad del socio en virtud del contrato social similar al propio de una sociedad personalista* y participando de la misma controversia que en esta forma social supone la calificación de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales, se afirmará el paralelismo a la responsabilidad personal por «fianza» con el límite de la cuota de liquidación. Los socios responderán con esta límite de esta forma por los pasivos sobrevenidos, toda vez que los derechos de terceros no pueden resultar perjudicados con la desaparición de la personalidad jurídica de la sociedad.

Son interpretaciones que ofrecen el inconveniente de ser incompatible con los efectos extintivos de la persona jurídica. Sería un obstáculo en esta clave interpretativa que la extinción del sujeto llevara incluso a cuestionar la extinción de la relación principal. Es decir, extinguida la relación principal también desaparecería la relación accesoria, sin que pudiera añadirse al patrimonio del deudor el patrimonio del fiador como garantía del crédito[73].

Podría alegarse que las pretensiones de los terceros acreedores tuvieran su base en la acción de *enriquecimiento injusto*[74]. No obstante, la traba en este último caso es que el aumento patrimonial del enriquecido no es consecuencia inmediata de la disminución patrimonial experimentada por el empobrecido, puesto que el acreedor preterido no resulta perjudicado directamente por el beneficio obtenido por un concreto accionista[75]. De otro lado, la justificación del enriquecimiento injusto presupone la validez de las adjudicaciones, y, pre-

cisamente, esto es lo que se cuestiona cuando se cancela la sociedad sin haber satisfecho todo el pasivo social[76]. Otros encontraran el fundamento en el régimen de la acción *pauliana* y por esto exigen probar la concurrencia de *consilium fraudis* —artículo 1291 del Código Civil—[77].

Entendemos que el precepto funda un particular régimen *ex lege* de responsabilidad que sirve de «cierre» al régimen de extinción de las sociedades de capital[78]. La tutela del acreedor insatisfecho prevista en el régimen post-cancelación no alcanza a explicarse adecuadamente mediante su asociación a otras categorías clásicas del ordenamiento, sino que posee perfiles propios que se justifican por la concreta consideración de intereses que subyace a la configuración legal del régimen de extinción. El socio no queda obligado a cumplir la «primitiva deuda social» sino que es la cuota de liquidación por él percibida la que queda «gravada», vinculada *ex lege* a la satisfacción del acreedor insatisfecho[79]. El acreedor puede dirigirse contra el patrimonio de los antiguos socios, cuya identidad queda reflejada en la lista adjunta, quienes responderán solidariamente hasta el límite de lo que hubieran percibido como cuota de liquidación. La responsabilidad patrimonial de la sociedad extinguida se proyecta *ministerio legis* sobre la cuota de liquidación. *Esta concreta sujeción del antiguo patrimonio social al poder coactivo del acreedor insatisfecho responde a la decidida voluntad legislativa de tutelar el interés de este último, sin afectar al tiempo la validez del procedimiento de liquidación ya practicado, clarificando de este modo con rapidez y certidumbre las posiciones jurídicas resultantes del proceso extintivo*. No se prejuzga la eficacia de la atribución patrimonial, que no implica ni la *ineficacia* del pago ni el sometimiento del mismo a *condición resolutoria* por la aparición de un hecho futuro e incierto: *el pasivo sobrevenido*. El mecanismo no se basa en una restitución implícita de lo indebidamente percibido por el antiguo socio, porque postular la ineficacia del reparto llevaría en buena técnica la reapertura del procedimiento de liquidación, solución que es incompatible con el régimen post-cancelación.

La regulación no responde a exigencias dirigidas a personalizar la forma social, sino que pretende otorgar seguridad jurídica a las partes interesadas en el momento de extinción de la sociedad. Su existencia no afecta a las normas del procedimiento de liquidación, ya que su presencia no determina una mayor flexibilización de las normas del procedimiento de liquidación, ni exige la necesidad de reabrir el proceso de liquidación[80].

3.3. Ámbito de la responsabilidad

Parece sin embargo controvertido determinar el ámbito de cobertura de la tutela legal. La ley habla *de deudas sociales no satisfechas*, sin especificar por

un lado, entre deudas previas o posteriores a la cancelación y por otro lado, entre deudas conocidas o desconocidas.

Podría por ello, por un lado, optarse por una versión que opta por una interpretación estricta de aplicación del régimen de pasivos sobrevenidos —antes con base en el artículo 123 LSRL—, defendiendo aquella interpretación que *reducen el campo de aplicación de tutela a los acreedores desconocidos*[81]. La *responsabilidad* ex lege *de los accionistas se vincula al ámbito de la deuda impagada respecto de los acreedores que eran desconocidos para el liquidador*. Desde esta perspectiva se dirá que el asiento de cancelación es extintivo *cuando la liquidación ha sido aparentemente regular,* y por ello, solo cuando a pesar de la apariencia de vaciamiento patrimonial, surgen después de la cancelación registral acreedores sin satisfacer. Sobre esta base, deben tratarse de acreedores desconocidos para los liquidadores. Se liga la extinción «formal» del sujeto no obstante la existencia de relaciones desconocidas. *En atención a estas consideraciones y frente a la interpretación amplia, tendría que reconocerse una más estricta que limita la legitimación activa en virtud del precepto solamente a los acreedores sociales desconocidos que quedaron sin satisfacer,* en cuyo caso se reduce el ámbito de legitimación reconocido a los acreedores.

Consideramos, sin embargo, que el régimen debe observar una *interpretación amplia* del ámbito de la responsabilidad *ex lege*. Siguiendo esta regla, debe hacerse extensiva para abarcar «todo tipo de responsabilidad patrimonial que hubiese sido exigible a la sociedad». Es decir, cubre todo pasivo sobrevenido y todo tipo de deudas dando solución incluso a los vicios más graves del proceso. Los activos y pasivos sobrevenidos, abarcan en rigor tanto los *sobrevenidos en sentido estricto*, como *todos aquellos que preexistían a la cancelación* y no fueron debidamente computados en el balance final de liquidación. Es decir, se contemplan los casos de «sobrevenimiento» en sentido estricto y de «supervivencia». El *precepto se convierte, así en una alternativa* a la reapertura ya que abarca todos los supuestos de responsabilidad que hubieran sido exigibles a la sociedad[82]. Es una norma que pretende dejar clara la ineficacia de repartos prematuros, impidiendo duplicidad de actuaciones[83]. Casa con esta interpretación que las manifestaciones de los liquidadores en la escritura pública de extinción de la sociedad deba hacer referencia a la corrección del procedimiento de liquidación. Con esta interpretación la norma de cierre otorga la máxima tutela al eventual problema de preterición de acreedores.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO (http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/14.03.2014).

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., Disolución y liquidación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, (arts. 104 a 124 de la Ley de sociedades de Responsabilidad Limitada)

en *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*. (Dir. Uría. R., Menéndez, A., Olivencia, M.). T. XIV. Vol. 4. Madrid. 1998.

— La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada y sus consecuencias, *AAMN*, T XXXVI.

BÉRGAMO, Las sociedades anónimas, (Las acciones), Tomo I, Madrid. 1970.

BLANQUER UBEROS, La disolución, la liquidación y la extinción de la sociedad. *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* ISSN 0210-3249, Tomo 30, 1, 1991, 413-560.

BOTANA AGRA, Liquidación del activo y del pasivo sobrevenidos en la sociedad de responsabilidad limitada, Derecho de sociedades, *Homenaje a Fernando Sánchez Calero,* 5123.

CAMPUZANO, La división del patrimonio social, *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, (Dir. Rojo-Beltrán, Coord. Campuzano), Valencia 2009.

CANO MACÍAS, Extinción de la sociedad y pervivencia de la personalidad jurídica, Barcelona, 2014. https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2014/119340/TFG_acanomacias.pdf

CARLÓN SÁNCHEZ, L., La extinción de la sociedad anónima, en *RDP*, LIV. 1970. 118-140.

CARNELUTTI, In tema di estinzione delle società commerciale, *Foro* 1949 IV. C25 y sigs.

CASADO BURBANO, La cancelación de las sociedades inscritas en el Registro Mercantil, *Homenaje a Jose María Chico Ortiz,* (Coord. Gimeno-Gomez), 1995.

COSTI, Estinzioni delle società, esigenze del proceso economico e politica dei guidici, *Guir. Comm*, 1974. Y 325.

CUESTA RUTE, J. M., Remedios de los acreedores sociales insatisfechos, Comentario a Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1981, en *La Ley*, 1982-2, 191-205.

DE EIZAGUIRRE, J. M., Disolución y liquidación. Obligaciones. Artículos 260 al final, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, dirigido por Fernando Sánchez Calero, Tomo VIII. Madrid. 1993. 3-249.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, 2.º ed. II. Madrid 1977.

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, A vueltas con la cancelación registral de las sociedades de capital sin patrimonio, (Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de agosto de 2016), *RdCP,* 1698-4188, núm. 26, 2017.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de Sociedades* II, Valencia 2010.

FERRI, Chiusura delle liquidazione ed estinzione delle società, *Foro*, 1939.I, c. 1320.

FIORENTINO, Su lo scioglimento e la liquidazione delle società commerciali*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ* 1952, 368-406.

FLAQUER, Extinción de la sociedad anónima y desaparición de su personalidad, *RdS,* núm. 40, 2013, 361.

FRE, Società per azioni (art. 2325-2461), *Comentario del Codice Civile* (dirig. por Scialoja-Branca), 5.º ed. Bolonia-Roma 1982.

GARCÍA CRUCES, J. A., Comentarios al artículo 109 hasta 116 *en Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. (Coord. Ignacio Arroyo y José Miguel Embid), Madrid 1997. 1051-1135.

— Liquidación societaria y formas de actuar la liquidación social. *RGD. II. Estudios Doctrinales,* 349-613.

GARCÍA LUENGO, El Derecho del accionista a la cuota de liquidación. *Estudios jurídicos: libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de La Laguna,* vol. 1, 1993, ISBN 84-775-6357-8, 339-366.

GIRÓN (dir.) en *Estudios y Textos de sociedades de la CEE*, Madrid, 1987. 335-356.

GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)*. Valladolid, 1952.

GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de Derecho mercantil*, Madrid. 1853.

LARA, La extinción de la sociedad, *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, (Dir. Rojo-Beltrán, Coord. Campuzano), Valencia 2009,

MACHADO, Los liquidadores de sociedades de capital, *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, (Dir. Rojo-Beltrán, Coord. Campuzano), Valencia 2009.

MARTÍ DE EIXALA *Instituciones del Derecho mercantil*, 5 ed. 1870, Barcelona.

MARTÍNEZ FLÓREZ-RECALDE, *Los efectos de la cancelación registral en relación con la extinción de las sociedades de capital,* Liber Amicorum, Juan Luis Iglesias, (hom.) 2014.

MARTÍNEZ FLÓREZ, Sobre las vías de solución al problema de las relaciones jurídicas pendientes tras la cancelación de las sociedades de capital, *Estudios Jurídicos en Memoria de Emilio Beltrán,* T I, 2015.

MERCADAL VIDAL, Comentario al artículo 267 LSA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, T III, coord. Arroyo/Embid, Madrid 2001.

MINERVINI, La fattispecie estintiva delle società per azioni e il problema delle cc. Dd. sopravvenienze, *Riv. Trim.*, 1952, 1009-1041.

MIQUEL, Las operaciones de liquidación, *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, (Dir. Rojo-Beltrán, Coord. Campuzano), Valencia 2009.

MIRONE, A., Cancelazione della società dal registro delle impresa. Soppravvenienze attive e pasive. Estinzione. *Riv. Delle Soc.* 1998. 545 y sigs.

MUÑOZ MARTIN, *Disolución y derecho a la cuota de liquidación en la SA*. Valladolid, 1991.

MUÑOZ PÉREZ, *El proceso de liquidación de la sociedad anónima. La posición jurídica del liquidador,* Cizur Menor, 2000.

— Responsabilidad del liquidador de la sociedad anónima, *RdS*, núm. 17, 2001.

— El nuevo régimen italiano de la disolución liquidación de las sociedades de capital, *RdS*, 2003-2.

— Presupuestos de responsabilidad de los administradores, *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, 2011.

— El régimen de responsabilidad civil de los liquidadores en las sociedades de capital. *La liquidación de empresas en crisis: aspectos mercantiles, laborales y fiscales*. Bosch. 2014.

— Sociedades de capital (IX): separación y exclusión de socios. *Disolución y liquidación, Derecho de sociedades,* (Dir. Alonso Ledesma, Coord. Fernández Torres), 2017.

PAU PEDRÓN, La publicidad registral de la sociedad anónima, *AAMN,* T XXX, vol. II, 1991.

PAVONE LA ROSA Il registro de la empresa.

PAZ-ARES RODRIGUEZ, C., Comentario al TVIII del Código Civil, en *Comentario del Código Civil* dirigido por Paz-Ares Rodríguez, C.; Díez-Picazo Ponce de León, L.; Bercovitz, R.; Salvador Codech, P. Tomo II. Madrid.1991.

— La Sociedad Colectiva: disolución y liquidación, Cap. 27, en *Curso de Derecho Mercantil* I. URÍA/MENÉNDEZ (Estudio colectivo), Madrid 1999.
PIÑOLETA, *Comentario al artículo 395 y ss LSC*, 2705.
PORZIO, L'estinzione della società per azioni, Napoles, 1959.
PULGAR EZQUERRA, *La cancelación registral de las sociedades de capital,* Madrid, 1998.
— La extinción de las sociedades de capital: Disolución, liquidación y cancelación registral, *RdS,* núm. 36, 2011.
ROWEDDER/RASNER, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, MÜNCHEN. 1990.
RUBIO GARCÍA-MINA, J. *Curso de derecho de sociedades anónimas*, Madrid 1974.
SACRISTÁN BERGÍA, *La extinción por disolución de la sociedad de responsabilidad limitada*, Barcelona, 2003.
— La extinción de la sociedad como consecuencia de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa, *RDCyP,* La Ley núm. 21/2014, 53-76.
— La declaración de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y sus efectos, en VVAA, La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura, *RDCyP,* monografía 11/2009.
SÁNCHEZ ÁLVAREZ, La liquidación y el liquidador, *Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Madrid 2002.
SÁNCHEZ CALERO, F. *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid 2001.
SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, Consideraciones en torno a la responsabilidad civil de los liquidadores de la sociedad anónima, *PJ*, núm. 30, 2.ª época, 1993.
SCHOLZ-SCHMIDT, *Kommmentar zum GmbH-Gesetz,* 8.ª ed. Colonia, 1993-95.
SOLER MASOTA, Comentarios al artículo 117 hasta artículo 124 *en Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. (Coord. Ignacio Arroyo y José Miguel Embid), Madrid 1997.
ULMER; *GbHG Hachenburg Grosskommentar*, 8 Auf.(§§ 57 b) und 60) Berlin-New York, 1992.
URÍA, R. *Derecho Mercantil,* MADRID 1999.
URÍA-MENÉNDEZ-GARCÍA DE ENTERRÍA, en URÍA-MENÉNDEZ, La sociedad Anónima: liquidación, *Curso de Derecho mercantil*. Capítulo 41. Madrid 1999.
URÍA-MENÉNDEZ-IGLESIAS PRADA, La sociedad de responsabilidad Limitada: disolución y liquidación, *Curso de Derecho mercantil*. Capítulo 49. Madrid 1999.
URÍA-MENÉNDEZ-BELTRÁN, Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada, *Comentario el régimen legal de las sociedades mercantiles,* (URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA), T. XIV, vol. 4º.

NOTAS

[1] *Vid.,* el debate que justifica el interés en STS Sala de lo Civil Pleno (Sentencia núm. 324/2017) propugna la extinción «material», siguiendo el criterio mantenida previas decisiones STS 220/2013 (Sala 1) de 20 de marzo y 979/2011, 27 de diciembre; se contraría el criterio de la sentencia de STS 503/2012 de 25 de julio, STS 5693/2012 de 25 de julio, que defendía la falta de capacidad procesal de la sociedad cancelada en el Registro, aunque la lectura de

los considerandos permite constar que tampoco se estaba apostando por el «criterio formal» de extinción sobre el argumento de que dado que no es posible otorgar efectos sanatorios al asiento de inscripción de escritura de extinción y cancelación de los asientos en el registro la actuación frente a la sociedad requiere la anulación del asiento de cancelación. Tampoco esta unificada la doctrina de la DGRN como demuestra que la doctrina mantenida en las Resoluciones de 13 de mayo de 1992 (*BOE* núm. 153 de 26 de junio de 1992), RDGRN de 20 de diciembre de 1999; RDGRN de 13 de abril de 2000 (*BOE* núm. 139 de 10 de junio de 2000) y RDGRN de 29 de mayo de 2001 (*BOE* núm. 167 de 13 de julio de 2001) sobre la base de la extinción material; se rebaten por otras que manifiestan el criterio de la defensa de la extinción formal, RDGRN de 2 de julio de 2012.

[2] Los intereses generales jurídico-económicos requieren, más allá de las exigencias de protección del *bonum* y el *aequum* individual de los terceros, la eficiencia económica, la necesidad de protección del crédito con la intensidad suficiente para favorecer *el tráfico económico en aras de potenciar un desarrollo de la economía*. Así, COSTI, «Estinzione delle società…», *loc. cit.,* 407; SACRISTÁN BERGIA, La extinción por disolución…», 26 y 27.

[3] La doctrina italiana señala que incluso el artículo 2456 del Código Civil no resuelve, como pudiera ser en apariencia, el conflicto entre acreedores y socios, ya que la ley dispone la posibilidad de agredir el patrimonio personal de los segundos para ver satisfechas las exigencias de satisfacer sus derechos de crédito. Lo que cambia por efecto de la cancelación es la relación entre los acreedores de la sociedad y los acreedores particulares de los socios en relación a al cuota de liquidación. Algunos siguen protegiendo a los antiguos acreedores de la sociedad en la forma de derecho de preferencia sobre los acreedores de los socios, mientras que para otros, dicho derecho de preferencia de los antiguos acreedores de la sociedad frente a los acreedores particulares de los socios, se transforma tras la cancelación, en una concurrencia sobre los mismos bienes, *vid*. COSTI, «Estinzione delle società…» *loc. cit.,* 405.

[4] El carácter imperativo se pone el relación con la finalidad del proceso de liquidación para satisfacer a los acreedores. En las sociedades de capital en cuanto entidades de personalidad jurídica plena, con proyección externa dados los vínculos contraídos en el tráfico con terceros, e interna por el plano de relaciones socio-sociedad, exige de un complejo proceso extintivo que la Ley regula con algunos aspectos de forma imperativa en orden a proceder a la liquidación de la persona jurídica y sus vínculos, *vid*. GIRÓN*, Derecho de sociedades…, cit.,* 338-339.

[5] *La primera fase* de la liquidación, abarca el periodo durante el cual se realizan todas las operaciones posteriores a la disolución de la sociedad necesarias para definir las relaciones en curso, pagar las deudas y cobrar los créditos.

[6] *Solamente, una vez finalizada la primera fase, puede abrirse la segunda* que es la relativa a la división del patrimonio y la transmisión de los bienes de la sociedad al patrimonio de los socios. Procede el reparto patrimonial, cuando hayan sido satisfechos todos los acreedores o consignado el importe de sus créditos o asegurado el pago de los no vencidos y una vez que haya transcurrido el término para impugnar el balance final sin que contra él se hayan efectuado reclamaciones o se produzca la firmeza de la sentencia que las haya resuelto. *Vid*. explicación detallada del régimen en CAMPUZANO, en La división del patrimonio social, en *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, (Dir. Rojo-Beltrán, Coord. Campuzano), Valencia 2009, 327. MIQUEL, Las operaciones de liquidación, en *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, (Dir. Rojo-Beltrán, Coord. Campuzano), Valencia 2009; BELTRÁN, Comentario a los artículos 371 y siguientes, LSC, en *Comentarios a la Ley de Sociedades de capital*, 2591 y sigs.; PIÑOLETA, Comentario a los artículos 398 y siguientes, LSC, en *Comentarios a la Ley de Sociedades de capital*, 2730 y sigs.

[7] En doctrina comparada son temas que vienen a resolverse sobre distintos parámetros; en la doctrina alemana se estudia en la denominada «teoría del doble presupuesto de hecho», —SCHOLZ-SCHMIDT, Comentario el §74 GmbH, *cit.,* Rn. 16— que dispensa la tutela a todo acreedor, incluso a los acreedores desconocidos por su negligencia sobre la base de la

exigencia para la extinción de la sociedad del otorgamiento de escritura de extinción y cancelación junto a la terminación de las operaciones materiales de liquidación. La doctrina italiana se manifestaba, sin embargo, proclive a la opción por la extinción formal ya que tenían claro que la sociedad nace del contrato y que el patrimonio no es el principal o único substrato de la persona; así, CARNELUTTI, In tema d'estincione…, en *loc. cit.,* c. 26, considerando que la perfección del contrato constitutivo o resolutivo de la sociedad determina el nacimiento o la muerte y, el patrimonio, no es una cuestión relevante a estos efectos. *vid.*, FERRI, Chiusura della liquidazione…, en *loc. cit.,* c. 1320, cuando considera que subordinar a la extinción de la sociedad al pago de todos los acreedores, incluso de aquellos que son desconocidos, significa eliminar de toda certeza jurídica el momento de extinción del ente, convirtiendo en tarea imposible la extinción de la sociedad. Aunque también en Italia se defienden posturas eclécticas sobre la base de la regulación de la responsabilidad a los socios por la cuota de liquidación percibida, asi, PAVONE LA ROSA, en *Il registro delle impresa…*, *cit.,* 423 y sigs., el cual reduce por vía interpretativa el ámbito del artículo 2456 del Cod. Civ. Italiano.

[8] Era posible defender que la inscripción de cancelación tenía efectos *declarativos* y, simultáneamente, afirmar que una determinada operación de liquidación, normalmente el reparto, *extinguía* determinadas relaciones jurídicas crediticias desconocidas sin negligencia por parte de los liquidadores y socios. Como también, reconocer que el asiento de cancelación tenía *eficacia constitutiva*, pero que *no siempre era extintiva* y, por tanto que en determinados supuestos de especial gravedad, con base en el régimen de la nulidad *reconocer subsistentes* las relaciones con terceros, los cuales podían instar la ineficacia de las actuaciones de liquidación y, previa solicitud de anulación del asiento de cancelación, obligar a los liquidadores a restituir la situación patrimonial de la sociedad, reclamando a quien procediera la restitución de los distintos elementos patrimoniales con base en la alemana del «doble presupuesto de hecho» de la extinción—.

[9] La reforma de la LSRL de 1995 insertaba por vez primera en nuestro Derecho de sociedades una detallada regulación de la extinción de la sociedad de capital que incluía, en el artículo 123 LSRL, un régimen expreso *post-cancelación* del «activo y pasivo sobrevenido». Pero ni aún la LSRL, ni el RRM tras la importante actualización por reforma de 1996, determinaban expresamente si la cancelación tenía una eficacia meramente declarativa de una extinción ya producida con el reparto del patrimonio o con el otorgamiento de la escritura pública o si, por el contrario, tenía una eficacia constitutiva, dejando en este último caso abierto el carácter definitivamente extintivo, a pesar de que la doctrina se inclinaba por esta segunda interpretación. Así, *vid.* BELTRÁN SÁNCHEZ, Comentario al artículo 121-122 LSRL, en *op. cit.,* 265 y sigs., y Disolución y liquidación…, *cit.,* 992; PULGAR EZQUERRA, *La cancelación…*, *cit.,* 64; SOLER MASOTA, Comentario a los artículos 117 a 124 de la LSRL, en AAVV *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, (Coord. Arroyo y Embid, Madrid, 1997, *cit.,* 1199 y sigs.; SACRISTÁN BERGIA F., *La extinción por disolución……*, *cit.* 33.

[10] La mayoría de la doctrina defendía el *carácter declarativo* de la cancelación para la SA antes de la consolidación de la LSC, así, GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas*, *cit.,* 595; CARLÓN SÁNCHEZ, en La extinción …, *loc. cit.,* 118, 126 y 134; MUÑOZ MARTÍN, Disolución y derecho a la cuota…, *cit.,* 416; PAU PEDRÓN, La publicidad registral de la sociedad…, *cit.,* 75; Era minoritaria la interpretación que sostenía el carácter constitutivo de la cancelación para la SA, en este sentido, de forma tradicional, RUBIO, en *Curso de Derecho de Sociedades anónimas*, 511, y con posterioridad, DE EIZAGUIRRE, Comentarios…, *cit.,* 221 y sigs.; URÍA-MENÉNDEZ-BELTRÁN, *Comentario…* 230 y MUÑOZ PÉREZ, *El proceso de liquidación…* 628.

[11] El artículo 264 LSA contemplaba que «la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante ese tiempo deberá añadir a su nombre la frase «en liquidación».

[12] Las reflexiones en torno al momento de aprobación del balance final como momento extintivo fueron expuestas ampliamente por la doctrina italiana con relación al régimen pre

vigente del CCom., *vid*. FERRI en Chiusura della liquidazione…, en *loc. cit.,* c. 1320 definiendo las distintas posturas.

[13] *Vid.,* GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas*, *cit.,* 595; MUÑOZ MARTÍN, *Disolución., cit.,* 416 y sigs.; CARLÓN SÁNCHEZ, La extinción…, *loc. cit.,* 126.

[14] En este sentido tiene particular interés la postura singular y tradicional en la doctrina de RUBIO GARCÍA-MINA, *Curso*…, *cit.,* 499, que con apoyo en la literalidad del artículo 278 LSA, consideraba que tras la aprobación del balance final la sociedad se extinguía y podía solicitar la cancelación, otorgando a la cancelación carácter constitutivo quedando las operaciones de división patrimonial como actividades de carácter extra-social. Según veremos, además, el la anotación de cancelación tendría carácter definitivamente extintivo, en el sentido de que extinguida la sociedad, desintegrado su patrimonio y cancelada la inscripción, no parecía posible ni oportuno la anulación de la liquidación y la reconstitución del patrimonio social. De forma más reciente, LARA, La extinción de la sociedad, en *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles,* (Dir. Rojo-Beltrán, Coord. Campuzano), Valencia 2009. BOTANA AGRA, «Liquidación del activo y del pasivo sobrevenidos en la sociedad de responsabilidad limitada», Derecho de sociedades, Homenaje a Fernando Sánchez Calero, 5123.

[15] MARTÍNEZ FLOREZ, «Sobre las vías de solución al problema…, *cit*. 869 y sigs.; ROJO, Enciclopedia de Derecho concursal…, *cit.,* 2310 y sigs.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Derecho de Sociedades II, Valencia 2010, 2057.

[16] PIÑOLETA, *Comentario al artículo 396 LSC*, 2718; PULGAR, La extinción de las sociedades de capital: Disolución, liquidación y cancelación registral, *RdS,* núm. 36, 2011, 227; FLAQUER, Extinción de la sociedad anónima…, *cit.,* 383 y sigs.; SACRISTÁN BERGIA, La extinción de la sociedad como consecuencia de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa, *RDCyP*, La Ley núm. 21-2014, 53 a 76; MUÑOZ PÉREZ, *Derecho de sociedades*, (AAVV, Dir. Alonso Ledesma, Coord. Fernández Torres), *cit.,* 386.

[17] En este sentido antes de la LSC, URÍA, Comentario al artículo 168 LSA de 1951, *cit.,* 910; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones…*, *cit.,* 301; URÍA-MENÉNDEZ-GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho mercantil… cit.,* 1040; MUÑOZ PÉREZ, El proceso de liqudiación…, *cit.,* 625 y sigs. Tras la consolidación de la LSC *vid*. nota 16.

[18] Así, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, en *Estudios… cit.,* 659, otorga al asiento de cancelación valor constitutivo, concediendo a los acreedores el ejercicio de dos acciones, una dirigida frente a la sociedad para reclamar la nulidad de las adjudicaciones y otra para reclamar el importe del crédito. Es la versión interpretativa de la doctrina mayoritaria en relación al régimen de la SRL*, vid.* por todos, URÍA-MENÉNDEZ-IGLESIAS PRADA, *Curso de Derecho mercantil…*, *cit.,* 1218.

[19] La solicitud de la cancelación de la sociedad obliga al liquidador a observar ciertas formalidades con el otorgamiento de la escritura pública de extinción en los términos del artículo 247 del RRM lo que facilita un control en manos del Notario y el Registrador. El precepto detalla en su segundo apartado el contenido de la escritura de extinción que debe aportar el liquidador, en la que debe hacerse constar mediante declaraciones del liquidador, que se han desarrollado las operaciones de liquidación. Las declaraciones de los liquidadores versan sobre los presupuestos materiales de la inscripción de extinción que garantizan la protección de los intereses en ella presentes. Las manifestaciones exigidas a los liquidadores tratan de asegurar la regularidad formal y sustancial de la liquidación y por esto responden. Según dispone la Ley los liquidadores serán *responsables de las manifestaciones declaradas en la escritura de extinción a las que les obliga el RRM cuando por falsedad, fraude o negligencia grave, causen un daño a los accionistas o a los terceros*. El Notario debe negarse a otorgar escritura pública y el Registrador a inscribir cuando una sociedad haya omitido las formalidades esenciales del procedimiento legal de liquidación o la liquidación se haya cerrado sin observar los requisitos sustantivos, constando dicha circunstancia en los documentos inscritos. Este factor viene a ser subrayado por la *doctrina italiana —vid*. FIORENTINO, «Su lo scioglimento …», *loc. cit.,* 404— cuando señala la importancia de este control del notario, que conduce a afirmar que si el liquidador solicita la cancelación, el juez del registro tiene

que comprobar que concurren las circunstancias reclamadas por la ley para poder instar la cancelación. En la doctrina italiana surgía la cuestión y frente a aquellos que consideran que el control se extiende a la existencia material del acto, otros consideran que debe controlarse la «legitimidad sustancial», es decir, verificar que el acto sea conforme a la ley, no solo en la forma sino incluso en el contenido como señala PAVONE LA ROSA, *Il registro …*, *cit.,* 597. La eficacia constitutiva de la inscripción requiere otorgar al Registro amplios poderes en torno al examen de los requisitos sustanciales del acto inscrito que exceden un externo control de homologación. Una interpretación sistemática en aquel ordenamiento confirma esta tesis. Así, MIRONE, Cancelazione…, *loc. cit.,* 545, afirma que en sede de cancelación de la sociedad del registro de la empresa, «L'offizio» deberá efectuar un control sobre las condiciones requeridas por la ley y la observación del artículo 2280 del Código Civil. El oficio puede examinar la documentación aportada por el liquidador, confrontarla con la aportada por el Colegio Sindicial y gozando de un amplio poder discrecional en la forma de examen, podrá reclamar la aportación de nueva documentación.

[20] En este sentido, DE EIZAGUIRRE, Comentario al artículo 278 LSA, en *op. cit.,* 225.

[21] Mientras la sociedad perviva no hay razón para negar la viabilidad de cualquier acción dirigida frente a ella, señalaba CUESTA RUTE, Remedios…, *loc. cit.,* 198, dirigiendo los terceros acción para reclamar el pago. *No obstante para determinar esta consecuencia práctica es indiferente que se estime o no constitutiva la inscripción registral*. La acción dirigida frente a la sociedad es única, aunque por motivos que descansan en la necesidad de constituir adecuadamente la relación jurídico-procesal, se dirige contra la sociedad y los socios, habida cuenta de que se implica en el fallo a los socios al pedir la declaración de nulidad de las adjudicaciones en el haber social.

[22] El tema ha sido particularmente tratado por la doctrina alemana. La extinción de las relaciones consecuencia de la cancelación conduce a cuestionarse en qué situación jurídica quedan las garantías prestadas. La *satisfacción de los acreedores* mediante medidas de aseguramiento, solo permite la extinción de las sociedades cuando el patrimonio que respalda la garantía ha sido separado del resto de la masa patrimonial de la sociedad. *vid.,* el tratamiento de las garantías SCHOLZ-SCHMIDT, Comentario al § 74 GmbH, *cit.,* núm. 16—, pronunciándose en favor de la subsistencia de las garantías prestadas, restringiendo los efectos de los preceptos que fundamentan el principio de accesoriedad del aseguramiento respecto de los créditos asegurados. La desaparición del sujeto por causa del vaciamiento patrimonial, ocasiona una suerte de independencia de los derechos de garantía que subsisten tras la cancelación. *vid.* ROWEDER-RASNER, Comentario al § 74 GmbH, *cit.,* Rn 10; SCHOLZ-SCHMIDT, Comentario al §74, GmbH, Rn 16; ULMER, Comentario al §60 GmbH, *cit.,* Anh. Rn 32).

[23] No obstante, tanto en la doctrina que comenta los ordenamientos en derecho comprado como en la nuestra, preocupa menos esta circunstancia, de forma que incluso llega a afirmarse que el reparto del activo no es presupuesto de la extinción social. En Alemania, HÜFFER, Comentario § 273 AktG, *cit.,* Rn. 3 con relación a las condiciones precedentes a la solicitud por el liquidador de la cancelación. No obstante en la doctrina italiana, MINERVINI, Fattispecie…, *loc. cit.* 1034, considera que la inexistencia de activo es presupuesto de la extinción social, en otro caso tendría de contestarse la incoherente respuesta de declarar el activo como *res nullius*, tras la extinción social.

[24] La doctrina en *Alemania* estudia particularmente la cuestión de la capacidad para ser parte bajo la convicción en la doctrina antigua que la sociedad puede continuar a pesar de la inscripción de cancelación. Venía rechazándose por ilícita la demanda cuando se presente después de la inscripción de cancelación en el HR. Sin embargo, si la inscripción de cancelación se produce durante la litis, el proceso podría continuarse, *vid.* HÜFFER, Comentario al § 273 AktG, *cit.,* Rn. 2.

[25] Esta cuestión suscita controversias en torno a la solución jurídica deba darse cuando se sobresee el procedimiento de apertura de concurso y pendiente acreedor/es sin pagar o asegurar su crédito porque la sociedad carezca en absoluto de activos, debe dilucidarse si puede

inscribirse la cancelación. La DGRN, en Resolución de 13 de abril de 2000, en esta tesitura resolvió revocar la decisión del Registrador que impedía inscribir la escritura de disolución y extinción, pero a nuestro juicio con base en argumentos no aceptables considerando que «la cancelación de los asientos registrales de una sociedad (que no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad, en el caso concreto que se considere terminada la liquidación) puede preceder a la definitiva extinción de la personalidad de la sociedad como ocurrirá en los supuestos normales de disolución si después de formalizarse e inscribirse la escritura pública de extinción de la sociedad aparecieren bienes sociales no tenidos en cuenta en la liquidación (cifr. art. 123 apartados 1 y 2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada)». Vuelve de nuevo la DGRN sobre las cuestiones ligadas a la extinción de las sociedades del todo carentes de patrimonio en Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de agosto de 2016; resumen de la posición de la doctrina de dicho organismo en ENCISO ALONSO-MUÑUMER, en A vueltas con la cancelación registral de las sociedades de capital sin patrimonio, (Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de agosto de 2016), *RdCP,* 1698-4188, núm. 26, 2017, 187-200.

[26] No es el procedimiento de liquidación societaria la sede donde resolver el problema del régimen de las sociedades carentes de activo alguno, a riesgo en caso de reconducir a esta sede la solución de los problemas de violentar toda la interpretación sistemática del procedimiento de liquidación. *Vid*., BELTRÁN, Comentario artículo 123 LRSL, *cit*., 238, con la propuesta de solucionar de esta forma el problema de las sociedades carentes de activo alguno. *Vid,* consideraciones de forma reciente en ENCISO ALONSO-MUÑUMER, A vueltas con la cancelación registral de las sociedades de capital sin patrimonio, (Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de agosto de 2016), *RdCP,* 1698-4188, núm. 26, 2017.

[27] Alternativa que se expresa en los términos de si la voluntad legal ha sido fijarse en el «cierre formal de la liquidación» o en el «cierre material», así, PAZ-ARES, *Curso de Derecho mercantil… cit*., 700. Esta cuestión estaba planteada sustantivamente por GIRÓN TENA, en *Derecho de sociedades*, *cit*., 347 cuando, con relación al momento extintivo, el autor manifestaba que «cuando se trata de sociedades que tengan alguna proyección exterior, con algún grado de independización o de afectación patrimonial, la extinción final se produce cuando ese patrimonio o verdaderamente se libera de esa vinculación y se distribuye —confundiéndose en el de los socios— o se satisface a las exigencias legales que se dan en garantía de aquella realidad de agotamiento de relaciones con terceros y socios o en su sustitución».

[28] El problema obliga a resolver la presunción de validez del contenido de los documentos inscritos por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro, por lo que se veía necesario determinar el alcance cuando no respondiera a la realidad extrarregistral. Si la liquidación material es requisito necesario de la extinción, los supuestos de liquidaciones incompletas determinarían la invalidez del reparto por irregularidad del procedimiento, ya sea porque se contravengan los preceptos imperativos de la liquidación —motivo para algunos determinante de dicha ineficacia— o porque al ser operaciones conectadas causalmente, constituirían presupuestos determinantes de la validez de las siguientes operaciones —o de invalidez si no concurre dicha concatenación—. La inscripción constitutiva se ligaba por ello al estudio de la «eficacia sanatoria» de la inscripción respecto de los defectos de la liquidación. Argumentos defendidos por CARLÓN SÁNCHEZ, en La extinción …, en *loc*. *cit*., 124 y sigs. La eficacia extintiva se consideraba que la aparición o supervivencia de activos y pasivos, constituían vicios o irregularidades de un proceso ya clausurado, no siendo la eficacia extintiva efecto ligado a la sanación de la inscripción. Así, SOLER MASOTA, Comentario al artículo 122 LSRL, *cit*., 1206, considera que no tiene que deducirse de la eficacia «extintiva», el efecto «sanatorio» de los vicios por la subsistencia de pasivos y de activos. La ratio del artículo 123 LSRL consiste en solucionar conflictos cuya causa es en la mayor parte de los casos, la irregularidad del procedimiento de liquidación.

[29] *Vid*. referencias *ut supra,* nota 10.

[30] La falta de régimen post-cancelación en la LSA, impedía que pudiera defenderse para las sociedades de capital los principios de la liquidación formal para todas las sociedades de capital según BELTRÁN SÁNCHEZ, Comentario al artículo 121/122 LSRL, *cit.,* 228. Solo para la sociedad anónima quedaba abierta la posibilidad de reabrir la liquidación para los casos de liquidaciones irregulares o incompletas por subsistencia de terceros acreedores insatisfechos, debiendo para ello pedirse previamente la declaración de nulidad o inexactitud de la cancelación registral. La reapertura de la liquidación facilitaba la afectación y responsabilidad de los accionistas por la cuota recibida, que debía combinarse con la responsabilidad del liquidador en los términos ya examinados del artículo 279 LSA. *Para las sociedades anónima, el régimen inalterable de los preceptos desde la original regulación en la LSA de 1951*, llevaba a la doctrina a propugnar la exigencia de que concluir de forma diferenciada, afirmando que ni la cancelación, ni ninguna operación de liquidación *puede ser definitivamente extintiva para la sociedad o sus vínculos en la sociedad anónima*, porque *ni la responsabilidad de los liquidadores sería suficiente para proteger de modo satisfactorio los intereses de los terceros acreedores*, ni *el sistema de publicidad de la liquidación era suficiente para considerar que los acreedores tienen la carga de manifestar la existencia de su crédito*. En efecto, el artículo 279.1 LSA prevé que «los liquidadores son responsables ante los accionistas y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con fraude o negligencia grave en el desempeño de su cargo». La doctrina no considera suficiente esta medida insertada por el legislador, ya que la solvencia de los liquidadores, que no son beneficiarios del patrimonio indebidamente distribuido, puede no ser suficiente para la satisfacción de los acreedores preteridos, en este sentido, DE EIZAGUIRRE, Comentario al artículo 277 LSA, en *op. cit.,* 210. Solamente una postura que era minoritaria en nuestra doctrina sostenía la extinción de la SA definitiva con la extinción, *vid.* RUBIO, en *Curso … cit.,* 446, que apostaba por la definitiva extinción por cancelación para la SA cuando desintegrado su patrimonio y cancelada, no parece posible ni oportuno la anulación de la liquidación y la reconstitución del patrimonio social. En este momento, —MUÑOZ PÉREZ, *El proceso de liquidación…, cit.,* 640 y sigs.—, me sumaba a la defensa de una línea interpretativa intermedia con la pretensión de unir al máximo el criterio de extinción para las sociedades de capital con base en el RRM, asumiendo con ello la crítica denunciada por PAZ-ARES, en *Curso de Derecho mercantil…, cit.,* 700, en el sentido de dudar de la autoridad del legislador para sobre el régimen del RRM unificar el criterio de la solución jurídica de la extinción de las sociedades de capital con apoyo en un simple texto reglamentario. El RRM había sido reformado con ocasión de la modernización de la LSRL en 1995. Mi tesis afirmaba que la divergente regulación de la LSA y la LSRL obligaba a dispensar un distinto tratamiento a la extinción de la sociedad y a los efectos de otorgados a la cancelación en caso de acreedores preteridos, pero los efectos son idénticos para el caso de activos pendientes o la exigencia de realizar tramites procesales tras la cancelación. La traba derivada de la imposibilidad de cargar a los acreedores con la exigencia de manifestar el crédito, impedía que pudiera defenderse la extinción de los derechos de los acreedores de la sociedad que no hubieran sido satisfechos, sin que una norma expresa lo sancionara teniendo en cuenta, además que, semejante consecuencia no se produce ni tan siquiera en el seno de un procedimiento concursal, en el que el acreedor que no solicite el reconocimiento de su crédito perderá *sus derechos en el procedimiento*, *pero no su crédito contra el deudor*. Esta discusión sobre la subsistencia del crédito se debatía tradicionalmente en el seno de la doctrina italiana sobre la base de discernir si era la relación la que presupone el sujeto, o el sujeto el que determina la existencia de la obligación, (así CARNELUTTI, In tema di estinzione…, en *loc. cit.,* 25 analiza en teoría general de extinción de obligaciones la precedente cuestión); con similares conclusiones, LARA, La extinción de la sociedad, *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, (Dir. Rojo-Beltrán, Coord. Campuzano), Valencia 2009, 357. Sin embargo, es posible unir para todas las sociedades de capital el tratamiento de los activos sobrevenidos y la solución para regular la formalización de los actos jurídicos necesarios tras la extinción de la sociedad. Por esto explicábamos que la aparición del activo crea una situación de comunidad, siendo posible el reparto de los bienes sin reabrir

la sociedad en liquidación. Respecto a la *formalización de los actos jurídicos*, señalábamos que es frecuente en la práctica la cancelación de sociedades sin que previamente se hayan formalizado determinados actos jurídicos, por ejemplo, la elevación a público de la escritura de venta de inmuebles, no siendo necesaria la reapertura de la sociedad para solucionar dichas actuaciones después de la cancelación.

[31] En este sentido, algún sector considera que la inscripción de cancelación es constitutiva pero no sana los vicios de nulidad por lo que requiere instar la nulidad y pedir la reapertura de la liquidación, o bien, una liquidación de carácter complementario, en la actualidad postura de ALFARO (http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/14.03.2014).

[32] Si la ley preveía un régimen de liquidación retardada, la doctrina consideraba que la extinción no era definitiva, y en este caso, la dificultad estribaba en definir la entidad jurídica de la figura subsistente tras la cancelación durante esta fase de liquidación complementaria o retardada, —§273 de la AktG alemana y en términos paralelos, el §74 de la GmbH—. En otros casos, —artículo 2456 del Código Civil Derecho italiano—, donde se contemplaba la necesidad de cancelar y una responsabilidad expresa por pasivos sobrevenidos frente a los socios y los liquidadores, la incertidumbre radicaba en delimitar el ámbito de aplicación de la norma, en el sentido de determinar a qué acreedores se les reconoce legitimación para instar su acción, y si esta es concurrente o no con la posibilidad de accionar frente a la sociedad, es decir, si la responsabilidad directa de los socios y liquidadores concurre o es excluyente con la apertura de la liquidación y «supervivencia» de la sociedad. *Vid.,* argumentos incluidos por doctrina en derecho comparado en MUÑOZ PÉREZ, El proceso de liquidación… 597 y sigs.

[33] Es la doctrina alemana del «doppeltatbestand», seguida en nuestra doctrina por FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*…, 2056; LARA, La extinción de la sociedad, Disolución y liquidación de sociedades mercantiles, (Dir. Rojo-Beltrán, Coord. Campuzano), Valencia 2009, *cit*., 318, AP Barcelona, 6 de julio de 2005, AP Zaragoza, 5 de junio de 2007, Auto AP Madrid, 28 de noviembre de 2007.

[34] Esta es la postura de ALFARO, en http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/03/efectos-de-la-cancelacion-registral-en.html#more cuando afirma la exigencia de «que sea razonable igualmente afirmar que es necesario impugnar dicha cancelación y pedir la reapertura de la liquidación para que pueda discutirse qué hacer con un activo sobrevenido o con un pasivo sobrevenido. Decir que el efecto extintivo sea reversible —con lo que estamos de acuerdo— no significa lo mismo que afirmar que la extinción no se ha producido en primer lugar. Y, desde luego, la liquidación de ese activo o pasivo sobrevenidos es mucho más simple si recurrimos a las reglas de la cotitularidad activa o pasiva que si resucitamos a la persona jurídica y a su organización correspondiente».

[35] SACRISTÁN BERGIA, F., La extinción de la sociedad como consecuencia de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa, 67; LARA, La extinción de la sociedad…, 331.

[36] BELTRÁN SÁNCHEZ, Comentario al artículo 123 LSRL, 242.

[37] *Vid.,* el tratamiento de este régimen de responsabilidad y referencias doctrinales en MUÑOZ PÉREZ, *El proceso de liquidación de la sociedad anónima. La posición jurídica del liquidador,* Cizur Menor, 2000, en Responsabilidad del liquidador de la sociedad anónima, *RdS*, núm. 17, 2001 y de forma más reciente en El régimen de responsabilidad civil de los liquidadores en las sociedades de capital. *La liquidación de empresas en crisis: aspectos mercantiles, laborales y fiscales*. Bosch. 2014; régimen que sigue la responsabilidad de los administradores, en los términos que también tuvimos ocasión de examinar en «Presupuestos de responsabilidad de los administradores», *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, 2011; SACRISTÁN BERGIA F., La extincion por disolución…, 276 y sigs.

[38] Durante la liquidación, la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica debiendo añadir a su nombre la frase «en liquidación». La sociedad continúa con la misma identidad como sujeto jurídico de derechos y obligaciones, con capacidad jurídica y de obrar que no se ve alterada por la eficacia de las causas de disolución. El interés común lucrativo —fin social— en el desarrollo del objeto —actividad— aparece ahora condicionado por el procedimiento de liquidación orientado al fin de extinguir la sociedad. El objetivo

de extinción de los vínculos societarios, fin del procedimiento, se superpone condicionando la interpretación de estos elementos jurídico-societarios. Señalando este aspecto, URÍA-MENÉNDEZ-GARCÍA DE ENTERRÍA, *La sociedad anónima: liquidación,* 1021; DE EIZAGUIRRE, Disolución y liquidación. Obligaciones, *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas,* dir. SÁNCHEZ CALERO, T VIII, Madrid 1993, 106-107; BELTRÁN, La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada y sus consecuencias, *AAMN,* T XXXVI, 432 y 433; MERCADAL VIDAL, Comentario al artículo 266 LSA, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas,* T III, cood. ARROYO-EMBID, Madrid 2001, 2531-2532. GIRÓN *Derecho de sociedades*., *cit*., 341; GARCÍA-CRUCES, Liquidación societaria…, *RGD*, núm. 640-641, *loc. cit*., 557; DE EIZAGUIRRE, *Disolución y liquidación*…, *cit.,* 17; MUÑOZ PÉREZ, *El proceso de liquidación*…, *cit.,* 132; SACRISTÁN BERGIA, *La extinción por disolución*…, *cit.,* 31-33 y 192.

[39] En su version original el artículo 397 LSC diferenciaba en el apartado primero «Los liquidadores de la sociedad de responsabilidad limitada serán responsables ante los socios y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con dolo o culpa en el desempeño de su cargo», En el segundo, continuaba que «Los liquidadores de la sociedad anónima serán responsables ante los accionistas y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con fraude o negligencia grave en el desempeño de su cargo». Cerraba el tercer apartado aclarando que «Esta responsabilidad se exigirá en juicio ordinario».

[40] *Vid*. Responsabilidad del liquidador en la Sociedad Anónima, *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 17, 2001, criterio que revisamos ya a la luz del nuevo régimen de la LSC en El régimen de responsabilidad civil de los liquidadores en las sociedades de capital. *La liquidación de empresas en crisis: aspectos mercantiles, laborales y fiscales*. Bosch. 2014.

[41] Vigentes las leyes de sociedades anónimas y limitadas, se daba la situación paradójica con relación al régimen de responsabilidad de los liquidadores. Subsistía un régimen expreso en el caso de la LSA, anacrónico y de complicada interpretación sistemática, mientras que en la LSRL tras la reforma de 1996, la responsabilidad de los liquidadores se configuraba de forma paralela al la de los administradores de la LSA. Los administradores, como órgano de gestión de la sociedad en activo, eran sustituidos o se convertían, según contemplaban los artículos 267 LSA y 110 LSRL, en liquidadores de la sociedad con las funciones de gestión y representación que venían principalmente contempladas en el artículo 272 LSA y 116 LSRL. El artículo 114 LSRL reenviaba el régimen jurídico de los liquidadores al de los administradores siempre que no se opusieran a las normas previstas en la liquidación, lo que suponía que se llevara a la aplicación del régimen de los administradores de la sociedad anónima. Requería una labor de esfuerzo interpretativo extender dicho régimen para los liquidadores de la SA, considerando la doctrina sobre la base del artículo 268 LSA, que serían de aplicación a los liquidadores los preceptos específicos sobre la liquidación y las normas previstas para los administradores siempre que no se opusieran a lo establecido en la propia ley para los liquidadores y que fueran compatibles con la fase de liquidación en que se encontraba la sociedad. Sobre la figura de los liquidadores, *vid*. MUÑOZ PÉREZ, *El proceso de liquidación*…, 132 y sigs.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, La liquidación y el liquidador, en *Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Madrid, 2002, 5202; MACHADO, Los liquidadores de sociedades de capital, en *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, 16.

[42] Siguiendo los principios de las sociedades personalistas establecía un particular juego de legitimaciones omitiendo la de la sociedad. Frente al juego de legitimaciones del régimen establecido para los administradores en el artículo 277 CCom., el artículo 342 CCom. de 1829, establecía que «los liquidadores responden frente a los socios de cualquier perjuicio que causaran al haber social por fraude o negligencia grave en el desempeño de su encargo»; El artículo 231 del CCom. de 1885 no alteraba el esquema descrito reiterándose, con relación a los liquidadores, las mismas lagunas y deficiencias que la legislación anterior que restringía la legitimación para el ejercicio de la responsabilidad únicamente a los accionis-

tas. *vid*. GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de Derecho mercantil*…, 153 y sigs.; MARTI DE EIXALA, *Instituciones de Derecho mercantil*…, *cit.,* 227, y con posterioridad se sigue dicha interpretación constructiva para las sociedades de capital por SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, *Consideraciones en torno a la responsabilidad…*, 99; MACHADO PLAZAS, Los liquidadores de las sociedades…, *cit.,* 174. Para las sociedades de capital la LSA de 1951 contempló en el artículo 169 de la LSA un régimen de responsabilidad que pasó con idéntico contenido al artículo 279 LSA 1989. El legislador no introdujo modificación alguna al precepto único que regulaba la responsabilidad de los liquidadores en la reforma de la LSA de 1989, dejando en los mismos términos no solo el régimen de responsabilidad, sino también los preceptos relativos a la liquidación, limitándose el legislador a introducir un nuevo orden y a rubricar cada precepto, pero sin abordar una reforma sustantiva del contenido de los mismos con relación a la regulación de la LSA de 1951. Ya afirmamos que el contenido adolecía de similares lagunas y deficiencias en la delimitación de los presupuestos de responsabilidad que las que presentaba el régimen de responsabilidad de los administradores en la LSA de 1951 contemplada en los artículos 79 y sigs., pues mientras que, con motivo de la adaptación del régimen de la SA a las Directivas comunitarias, se había acometido una reforma de los preceptos relativos a la responsabilidad de los administradores, no había sucedido lo mismo con relación al régimen que afectaba a los liquidadores para los cuales se mantuvo la primitiva regulación contenida en el artículo 169 de la LSA de 1951, MUÑOZ PÉREZ, La responsabilidad del liquidador…, 124 y sigs.

[43] La eficacia del principio de continuidad de la personalidad jurídica durante la liquidación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 264 LSA, la caracterización orgánica de los liquidadores y su situación paralela a la de los administradores de la sociedad en activo, permitían considerar aplicable a los liquidadores el régimen previsto para aquellos con el fin de subsanar las deficiencias del régimen de responsabilidad previstos para los miembros del órgano de liquidación pero obligaba a respetar lo expresamente previsto en las normas de liquidación de la SA. Durante la etapa de liquidación la eficacia del artículo 279 LSA debía completarse con el régimen general de responsabilidad «orgánica» del órgano de gestión y representación establecido por los artículos 133 a 135 LSA para los administradores. Por vía interpretativa se acercaba el régimen de responsabilidad de los liquidadores de la SA durante la etapa de liquidación, al de los liquidadores de una SRL regulado entonces en los artículos 114 y 69 LSRL y 133 y 134 LSA.

[44] *Vid.,* SACRISTÁN BERGIA, F., La extinción por disolución…, 276, y 277.

[45] Fruto de esta unificación, el originario régimen de responsabilidad de los liquidadores contenido en el artículo 279 LSA incorporado en el artículo 397 LSC, despliega su eficacia como régimen específico de responsabilidad tras la cancelación. Las anticuadas disposiciones del artículo 279 TRLSA que contemplaba una franquicia de responsabilidad injustificadamente divergente del que la misma ley contemplaba para los administradores, e incluso, del que la ley de responsabilidad limitada mantenía para los liquidadores, requería una compleja labor interpretativa para integrar la interpretación del precepto en el marco general de responsabilidad orgánica de los administradores. Se mantuvo la misma redacción original del precepto durante la primera versión de la LSC dado que la habilitación del legislador para la consolidación impedía dar mayor alcance al cambio. Una reforma legal posterior, eliminaba la inexplicable circunstancia de que se mantuviera la divergencia del tratamiento del régimen de responsabilidad del liquidador para la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada.

[46] RDGRN, 13 de mayo de 1992 - 20 de mayo de 1992.

[47] El artículo 231 CCom. para las sociedades personalistas dispone una suerte de responsabilidad social, cuando ordena que «Los liquidadores serán responsables *ante los socios* de cualquier perjuicio que resulte al haber común por fraude o negligencia grave en el desempeño de su encargo».

[48] *Vid.,* referencias doctrinales *ut supra* nota al pie 9, 10,15, 16.

[49] Asi, GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas… cit.,* 586.

[50] Esta cuestión la estudiábamos en MUÑOZ PÉREZ, El proceso de liquidación de la sociedad anónima, *cit.,* 551, bajo el apígrafe «Reconstrucción del patrimonio social por necesidad de liquidar pasivos sociales existentes antes de la cancelación».

[51] *Vid.*, DE EIZAGUIRRE, Comentario al artículo 277 LSA, en *op. cit.,* 211, asi como la obligación impuesta al socio por la normativa sobre la aportación se incardina en el marco de la relación socio-sociedad, de igual forma se considera el deber de restitución de los dividendos del artículo 217 LSA.

[52] *Vid.,* DE EIZAGUIRRE, Comentario al artículo 277 LSA, *cit.,* 211; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, en *Estudios…*, *cit.,* 223 y 224; RUBIO GARCÍA-MINA, Curso…, *cit.,* 512; BLANQUER UBEROS, La disolución…, *loc. cit.,* 529 y sigs.

[53] MUÑOZ PÉREZ, El proceso de liquidación…, *cit.,* 555 siguiendo criterio de DE LA CÁMARA, Estudios…, *cit.,* 657.

[54] FLAQUER, «Extinción de la sociedad anónima…, *cit.,* 384.

[55] Sobre el alcance de dicha obligación, *vid.* MUÑOZ PÉREZ, *El proceso de liquidación,…* 555.

[56] MUÑOZ PÉREZ, *El proceso de liquidación,…* 552.

[57] En este sentido, DE EIZAGUIRRE, Comentario al artículo 277 LSA, *cit.,* 209; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios… cit.,* 660; URÍA, Comentario al artículo 160 LSA de 195, *cit.,* 881; DE LA CUESTA RUTE, Remedios…, *loc. cit.,* 197.

[58] Afirman la que la sociedad continúa tras la cancelación «a los efectos de terminar la liquidación» —MARTÍNEZ FLÓREZ, «Sobre las vías de solución…, *cit.,* 876, MARTÍNEZ FLÓREZ-RECALDE, Los efectos de la cancelación registral en relación con la extinción de las sociedades de capital, *Liber Amicorum, Juan Luis Iglesias, (hom.) 2014*— vertiendo consideraciones críticas al principio de que los socios sucedan a la sociedad con base en principios de derecho hereditario sobre la base de sostener que la cancelación sea extintiva y se dé la sucesión universal de los socios en la posición de la sociedad.

[59] Así, BELTRÁN SÁNCHEZ, Comentario al artículo 278 LSA, *cit.,* 209 y sigs.; DE EIZAGUIRRE, Comentario al artículo 277 LSA, *cit.,* 210.

[60] Así, DE EIZAGUIRRE, Comentario al artículo 277 LSA, *cit.,* 212; GARCÍA LUENGO, El derecho del accionista a la cuota…, *loc. cit.,* 361, en contra considera que dificilmente puede considerarse en nuestro derecho el tratamiento de los requisitos formales del procedimiento como motivos de ineficacia. No es posible determinar con claridad cuales son los presupuestos formales cuya observación determinan la validez del procedimiento, ya que ciertas operaciones como la comunicación de la marcha de la liquidación, la aprobación del balance final, evidencian una cierta discrecionalidad para los liquidadores.

[61] Así, DE EIZAGUIRRE, Comentario al artículo 277 LSA, *cit.,* 211. En sentido crítico sobre la suficiencia de esta acción para garantía de los acreedores se manifestaba, RUBIO, en *Curso… op. cit.* 447, cuando afirma en las sociedades de capitales, con elevado número de socios y pequeñas aportaciones, hacen muy difícil la reconstrucción del patrimonio y se busca la defensa de los acreedores por medio de cautelas anteriores a la «liquidación» final, en lugar de dejar abierto el camino a una liquidación permanente.

[62] Dicho régimen *ex lege* participa más de las reglas propias de una situación de cotitularidad activa y pasiva, tal como afirma de forma más reciente, ALFARO, http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/03/efectos-de-la-cancelacion-registral-en.html#more, para subrayar que se trata de un sistema mucho más simple de responsabilidades que resucitar a la persona jurídica.

[63] La doctrina mayoritaria venía inclinándose por el «cierre material» descrito para la SA, considerando que la sociedad solo puede extinguirse desaparecidas las relaciones jurídicas, pues en otro caso, la protección de intereses en juego demanda postular la subsistencia de la sociedad. Pero comienza a ser frecuente que la doctrina abandonando este criterio, para la extinción de todas las sociedades, abogue en favor de «tesis formales de extinción», aunque esta proceda en distintos momentos atendiendo a la naturaleza de la sociedad. En este sentido PAZ-ARES en *Curso de Derecho mercantil…*, *cit.,* 700 y 701 considera que mientras que en

las sociedades de capital, se hace coincidir el cierre formal con la cancelación, por el carácter constitutivo de la inscripción, en las personalistas, tiene lugar con el «cierre contractual» que tiene lugar cuando se alcanza un acuerdo entre todos los socios.

[64] Es discutido cuales son los efectos que permiten señalar *la eficacia sanatoria de la publicidad registral* y si cabe hablar de ella en relación al asiento de cancelación registral. La inscripción sanante no es una forma autónoma de publicidad, ni agota en sí misma los efectos propios de la inscripción, sino que es una *manifestación accesoria de la inscripción*, que requiere de otros efectos. La función que se reconoce a la publicidad sanatoria en orden a los vicios del hecho registrado puede ser diversa. Cabe considerar que en virtud de la misma, la inscripción *convalida el acto* de forma que el evento produce efectos como si el vicio no existiera. Pero puede ser dispuesta una forma más atenuada de sanación, en el sentido que la *causa de invalidez del acto se transforme en causa de extinción* del acto mismo, que parece ser la eficacia atribuida a la inscripción en caso de nulidad del acto constitutivo de una sociedad de capital. *Vid*., PAVONE LA ROSA, *Il registro delle impresa…*, *cit.,* 121-123, que además distingue la eficacia constitutiva de la sanante. Para que pueda hablarse de eficacia constitutiva, la inscripción se convierte en requisito necesario para que el acto produzca sus efectos *erga omnes,* o frente a ciertos sujetos. A contrario, la publicidad sanatoria no tiene carácter de necesidad, sino que desenvuelve su eficacia solo eventualmente cuando la situación publicada presente cualquier vicio. En el caso de inscripción constitutiva, la inscripción es obligatoria, pero cuando se hable de la eficacia sanatoria, en realidad la inscripción esta prohibida, porque aunque corresponda en abstracto a supuestos registrables, no pueden en concreto registrarse por la falta de un vicio o requisito de validez.

[65] Así, BELTRÁN SÁNCHEZ, Comentarios al artículo 121/122 LSRL, *cit.,* 229.

[66] *Vid*., SOLER MASOTA, Comentario al artículo 123 LSRL, *cit.,* 1206; BELTRÁN SÁNCHEZ, Comentario al artículo 121-122 de la LSRL, *cit.,* 233; URÍA-MENÉNDEZ-IGLESIAS PRADA, *Curso de Derecho mercantil…*, *cit*., 1218.

[67] *Vid*., BELTRÁN SÁNCHEZ, «Disolución y liquidación…», en *op. cit.,* 992; SOLER MASOTA, Comentario al artículo 122 LSRL, *cit*. 1198 y 1205; URÍA-MENÉNDEZ-IGLESIAS PRADA, *Curso de Derecho mercantil…*, *cit.,* 1218.

[68] *Vid*., BELTRÁN SÁNCHEZ, Comentario al artículo 122 y 123 LSRL, *cit.,* 238; SOLER MASOTA, Comentario al artículo 123 LSRL, en *op. cit*., 1198 y 1205.

[69] Si hay prórroga de la personalidad es natural cuestionarse que haya posible condena a la sociedad cancelada a prestaciones de hacer, como reconocer la posibilidad de instancia de apertura de concurso que obligue a deshacer operaciones previas de la fase de liquidación ya cerrada, o nuevos activos que obliguen a un replanteamiento de las operaciones realizadas o por realizar, —*vid.,* sobre estos inconvenientes, MARTÍNEZ FLÓREZ, Sobre las vías de solución, *cit.,* 901—. Son consecuencias jurídicas que conllevan una inseguridad a todos los operadores involucrados es esta fase final extintiva fundamento más cabal de la afirmación del régimen *ex lege*, que impide, precisamente, considerar que pueda deshacerse lo efectuado en un momento anterior a la cancelación.

[70] Así, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios… cit*., 662, considera que el supuesto es asimilable, aunque la identificación no es completa porque en la herencia no hay patrimonio personificado, al régimen de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, donde normalmente los socios no responden con sus bienes particulares de las obligaciones que pesan sobre ese patrimonio. La limitación o exoneración de responsabilidad, inherente al beneficio de inventario, se pierde si el heredero a sabiendas, deja de cumplir las prescripciones fundamentales que la ley establece en obsequio de los acreedores hereditarios. Como se requiere el conocimiento por los socios, este régimen solo afecta a los socios que tengan conocimiento de que la sociedad está liquidando defectuosamente.

[71] En estos casos se parte de la intervención directa del accionista en la realización fraudulenta del reparto, cuyo fundamento se basa en el artículo 1902, ya que se trata de la comisión de un acto ilícito. DE EIZAGUIRRE, Comentario al artículo 277 LSA, en *op. cit*., 211,

interpreta de este modo el fundamento de la acción directa descrita por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios…*, *cit.,* 662 y sigs.

[72] Es la posición tradicional defendida por *vid.,* DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, La sucesión en el patrimonio de las sociedades mercantiles disueltas, en *AAMN*, IX 1957. 165 propugnando esta solución que ha tenido un gran calado en la doctrina española a falta de una regulación expresa que la regule y por referencia al artículo 1108 del Código Civil donde se establece que la partición entre los socios se rige por los principios de las herencias.

[73] Son las mismas interpretaciones que sostiene la doctrina italiana, que recoge SOLER MASOTA, en Comentarios al artículo 123 LSRL, en *op. cit.,* 1214.

[74] Se inclina por esta solución, BLANQUER UBEROS, en La disolución…, *loc. cit.,* 529 y 530. Señala las dificultades de plantear esta responsabilidad en el ámbito de las sociedades anónimas BELTRÁN SÁNCHEZ, Comentario al artículo 278 LSA, en *op. cit.,* 207 y sigs. A esta orientación responde la mayoría de la doctrina italiana, en este sentido, CARNELUTTI, In tema di estinzione…, *loc. cit.,* 25; MINERVINI, La fattispecie…, en *loc. cit.,* 1009 y sigs.; FRE, en Comentario al artículo 2456 del Código Civil, *cit.,* 907. El fundamento no es oportuno según SOLER MASOTA, en Comentario al artículo 123 LSRL, *cit.,* 1214, que señala que la acción de enriquecimiento sin causa, permite al perjudicado reclamar todo aquello con lo que el beneficiado se enriqueció, obviamente hasta el límite del empobrecimiento de aquel. No responde al mecanismo del artículo 123.2 LSRL donde el resarcimiento del deudor puede resultar incompleto porque el límite se cifra en la cuota de liquidación percibida por el antiguo socio. Además, el presupuesto de la admisibilidad de la acción de enriquecimiento es que la *locupletatio* subsista en el momento de la demanda: se mide la ventaja del enriquecido con lo que su responsabilidad como una deuda de valor. En cambio en el artículo 123.2. LSRL lo único relevante en este sentido es la entidad de la cuota de liquidación según su valoración en el momento del balance final. El presupuesto de la acción de enriquecimiento injusto es la ausencia de una justa causa, en esta caso identificable con un título de trasmisión idoneo, lo que en esta sede supondría atacar la licitud de la atribución patrimonial en que consiste el pago de la cuota de liquidación por no haberse realizado conforme a los preceptos legales. En otros términos, el reparto previsto en el artículo 119 LSRL quedaría sometido al control causal-funcional del artículo 120 de la SRL. No puede aceptarse que la liquidación del pasivo sea presupuesto de validez de la atribución patrimonial al socio que solo en tal caso produciría la extinción del ente social.

[75] STS de 31 de diciembre de 1991, *Act. Civ*. 467-92 en DE EIZAGUIRRE, Comentario artículo 277 LSA, en *op. cit*., 211.

[76] Así, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios…*, *cit*., 664 y sigs.

[77] Así, GARCÍA LUENGO, El derecho del accionista a la cuota…, *loc. cit.,* 362, considera que es posible el ejercicio de la *acción pauliana* cuando concurran los requisitos previstos en el artículo 1291 del Código Civil. En contra RUBIO GARCÍA-MINA, *Curso…*, *cit*., 446, considerando que no es necesario acudir a esta acción porque el socio no puede calificarse como tercero respecto del reparto acordado.

[78] SACRISTÁN BERGIA, La cancelación… *cit.,* pp. 265 y sigs.; BOTANA AGRA, «Liquidación del activo y del pasivo sobrevenido…, *cit*. 5129. CASADO BURBANO, La cancelación de las sociedades inscritas en el Registro Mercantil, *Homenaje a José María Chico Ortíz,* (Coord. Gimeno-Gómez), 1177. MUÑOZ PÉREZ, *El proceso de liquidación de la sociedad anónima. La posición jurídica del liquidador*, Cizur Menor, 2000, Part III, CXI y PIV, CIV para la SRL entonces no posible extender a la SA y a partir de la LSC común para todas las sociedades de capital, así. MUÑOZ PÉREZ, en Sociedades de capital (IX): separación y exclusión de socios. Disolución y liquidación, *Derecho de sociedades*, 386.

[79] El precepto asume dos grandes premisas: En primer lugar, que la sociedad pierde definitivamente con la cancelación su personalidad jurídica. En segundo término, que no puede reabrirse la liquidación cada vez que se advierta una irregularidad del proceso. Desaparecido el deudor originario —la sociedad—, el acreedor insatisfecho quedaría desamparado de no prever la ley una solución específica. *La responsabilidad de los antiguos socios,* limitada a

la cuota de liquidación percibida podrá explicarse en último término como correlato de la responsabilidad patrimonial que gravitaba sobre el antiguo patrimonio social. Así, SOLER MASOTA, en «Comentario al artículo 123 LSRL», *cit.,* 1214.

[80] Postura tradicionalmente defendida por PULGAR EZQUERRA, *La cancelación registral…*, *cit.,* 46 y 47, y con relación a la sociedad de responsabilidad limitada por BELTRÁN SÁNCHEZ, «La extinción de la sociedad de responsabilidad…», en *op. cit.,* 455, aunque este último autor propugna la necesidad de hacerlo común a las sociedades de capital.

[81] La postura en la doctrina italiana viene construida por MINERVINI, La fattispecie…, en *loc. cit.,* 1030 y sigs. seguida por PORZIO, en *L'estinzione… cit.,* 228.

[82] Como no puede en ningún caso reabrirse la liquidación, carece de trascendencia jurídica distinguir entre acreedores preteridos pero *sin falta de diligencia de los liquidadores*, de aquellos supuestos en los que se dejan *acreedores sin satisfacer con culpa o dolo de los liquidadores*. Con un criterio distinto se distingue entre acreedores titulares de *derechos de crédito provenientes de la esfera interna* de la sociedad —antiguo auditor o administrador, créditos derivados de retribuciones provenientes de prestaciones accesorias…— o bien de la *esfera externa* de la sociedad extinguida, es decir las reclamaciones de cualquier acreedor, incluido el socio que haya realizado un negocio con la sociedad. Se engloban los casos de infravaloración de pasivos como el caso de las deudas litigiosas, *vid.* SOLER MASOTA, Comentario al artículo 122 LSRL, en *op. cit.,* 1211.

[83] Así, BELTRÁN SÁNCHEZ, Comentario al artículo 123 LSRL, en *op. cit.,* 243.

(Trabajo recibido el 3-7-2017 y aceptado para su publicación del 11-7-2017)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)

Liability of the guarantors in the new legal regime on advanced amounts in the purchaseof off plan homes after Law 20/2015, of July 14th, on management, supervision and solvency of insurance and reinsurance entities (LOSSEAR)

por

ROCÍO LÓPEZ SAN LUIS
Prof. Titular de Derecho civil
Universidad de Almería

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la posición de los garantes —entidades aseguradoras y financieras— en la devolución de las cantidades

anticipadas a cuenta del precio del contrato de compraventa de vivienda tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, poniendo de manifiesto como el nuevo texto normativo no viene a mejorar la posición de los compradores de viviendas que realizan entregas a cuenta, sino que manteniendo prácticamente la regulación de la Ley 57/1968 merma su posición y derechos frente a los garantes de las cantidades entregadas a cuenta del precio de compra de una vivienda, cuando se eliminan, entre otros aspectos, el carácter irrenunciable de sus derechos, el carácter imperativo de la norma, y el carácter ejecutivo del contrato del seguro o aval. Asimismo, se analiza si la doctrina establecida por el TS durante la vigencia de Ley 57/1968 podría mantenerse tras la reforma introducida por el legislador en la Disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR).

ABSTRACT: This paper analyzes the position of the guarantors —insurance and financial entities— in the refund of the advanced amounts paid on account of the price of the home purchase contract after Law 20/2015, of July 14th, on Planning, Supervision and Solvency of Insurance and Reinsurance Entities, highlighting how the new normative text does not improve the position of buyers of homes that make adavanced payments on account but, practically maintaining the regulation of Law 57/1968, reduces their position and rights against the guarantors of the amounts paid on account of the purchase price of a dwelling when, inter alia, the inalienable nature of their rights, the imperative nature of the rule and the executive nature of the insurance contract or guarantee are eliminated. Also, it is analyzed if the doctrine established by the TS during the validity of Law 57/1968 could be maintained after the reform introduced by the legislator in the First Additional Provision of the LOE (LOSSEAR).

PALABRAS CLAVE: Cantidades anticipadas. Seguro de caución. Aval bancario. Resolución contractual. Garantías. Compraventa.

KEY WORDS: Advance amounts. Safe deposit. Bank guarantee. Contractual resolution. Guarantees. Buying.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PROTECCIÓN DE LOS ADQUIRENTES DE VIVIENDA CON ENTREGAS ANTICIPADAS A CUENTA DEL PRECIO ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY 20/2015, DE 14 DE JULIO, DE ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS (LOSSEAR): 1. OBLIGACIÓN LEGAL DE GARANTIZAR LA PERCEPCIÓN DE CANTIDADES ADELANTADAS A CUENTA DEL PRECIO ANTES

Y DESPUÉS DE LA REFORMA. 2. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS. 3. PRÓRROGA O RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRA-VENTA DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN.—III. AFIANZAMIENTO DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA COMPRA DE LAS VIVIENDAS. RESPONSABILIDAD DE LOS GARANTES EN LA NUEVA LEY 20/2015, DE 14 DE JUNIO DE ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS (LOSSEAR): 1. EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO GARANTÍA DE LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES A CUENTA DEL PRECIO EN LA COMPRA DE VIVIENDAS SOBRE PLANO. 2. EL AVAL SOLIDARIO COMO GARANTÍA DE LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES A CUENTA DEL PRECIO EN LA COMPRA DE VIVIENDAS EN LA LOSSEAR.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. JURISPRUDENCIA.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizo la posición de los garantes —entidades aseguradoras y financieras— en la devolución de las cantidades anticipadas a cuenta del precio del contrato de compraventa de vivienda tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (LOSSEAR)[1], que deroga la Ley 57/1968, y modifica la disposición adicional primera de la LOE. Como se podrá observar, el nuevo texto normativo no viene a mejorar la posición de los compradores de viviendas que realizan entregas a cuenta sino que, manteniendo prácticamente la regulación de 1968, merma su posición y derechos frente a los garantes de las cantidades entregadas a cuenta del precio de compra de una vivienda sobre plano, cuando se eliminan, entre otros aspectos, el carácter irrenunciable de sus derechos, el carácter imperativo de la norma, y el carácter ejecutivo del contrato del seguro o aval.

Desde el año 2007, el TS ha venido realizado una interpretación de los artículos 1 y 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en favor de la parte más débil de la relación, es decir, del consumidor comprador de vivienda que entrega dinero a cuenta del precio cuando estos veían que las viviendas objeto de compra no llegaban a buen fin, o se retrasaban en su entrega; hasta el punto de que, como se verá, han sido las entidades financieras y aseguradoras, como garantes, las que han hecho frente a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta más los intereses, a pesar de no cumplirse de manera rigurosa lo establecido en la citada norma.

Es por ello que, nos debemos preguntar si la doctrina establecida por el TS va a seguir vigente tras la reforma introducida por el legislador en la disposición

adicional primera de la LOE, (LOSSEAR), pues algunos conceptos se seguirán manteniendo mientras que en otros nos surgirá la duda sobre si a los contratos de cesión de vivienda con percepción de cantidades a cuenta del precio se les podrá aplicar dicha jurisprudencia.

En definitiva, analizaré la nueva regulación introducida por la LOSSEAR sobre percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción, señalando aquellos aspectos que, tras la leve modificación introducida por el legislador, y teniendo en cuenta la doctrina sentada por el TS, entendemos consolidados, para centrarnos en la nueva regulación que la disposición adicional primera de la LOE establece sobre el afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta del precio; es decir, sobre el seguro de caución y el aval solidario, donde podremos observar cómo se han visto perjudicados los consumidores así como las entidades financieras respecto de las compañías aseguradoras.

II. PROTECCIÓN DE LOS ADQUIRENTES DE VIVIENDA CON ENTREGAS ANTICIPADAS A CUENTA DEL PRECIO ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY 20/2015, DE 14 DE JULIO, DE ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS (LOSSEAR)

Con la aprobación de la LOSSEAR se ha incluido una disposición derogatoria tercera en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) quedando derogadas la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre Percibo de Cantidades Anticipadas en la Construcción y Venta de Viviendas, el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a las Comunidades y Cooperativas de viviendas, y, la Orden 29 de noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas, en lo que pudiera estar en vigor[2]. A su vez, se ha modificado la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre (LOE), que manteniendo vigente la Ley 57/1968 establecía algunas aclaraciones sobre la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción de viviendas[3].

Sin pretender un análisis en profundidad de la reforma, sí es preciso resaltar las diferencias y similitudes entre ambos textos normativos, manifestando en qué aspectos concretos considero que la nueva legislación no ha mejorado la protección de compradores de viviendas que realizaban anticipos a cuenta del precio, así como la posición de los garantes de dichas cantidades, estableciéndose divergente regulación entre el seguro de caución y los avales solidarios, como garantías de la devolución de las cantidades anticipadas.

1. Obligación legal de garantizar la percepción de cantidades adelantadas a cuenta del precio antes y después de la reforma

En nuestro Ordenamiento jurídico la protección al consumidor comprador de viviendas en proyecto con entrega de cantidades adelantadas a cuenta del precio comenzó con la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas[4]. Dicha Ley tuvo su origen en las situaciones gravísimas en las que numerosas familias se vieron implicadas como consecuencia de la pérdida de cantidades que entregaron a cuenta para la adquisición de viviendas en construcción en la década de los años 60, al carecer de garantías sobre la recuperación de las mismas cuando la construcción no tenían lugar o no llegaban a buen fin por diferentes causas o motivos[5].

Dicha preocupación quedó patente en el Preámbulo de la Ley afirmándose que «la justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que esta no se lleve a efecto»[6].

Si bien, aunque esta Ley 57/1968 fue novedosa en la protección de compradores de vivienda para uso residencial e incluso de temporada antes de que la CE proclamara como principios rectores de la política social y económica la defensa de los consumidores y usuarios, y el derecho a disfrutar de una vivienda digna, (*Cfr*. arts. 47 y 51)[7], ha sido en los años de crisis económica cuando nuestros tribunales la han aplicado de manera extensiva *pro consumatorem,* paliando la situación que estaban padeciendo las familias con la pérdida de sus ahorros e incluso de sus futuras viviendas, arrastrados por la mala *praxis* de todos los operadores del sector durante la burbuja inmobiliaria[8]. Tanto es así que, el TS ha sentado doctrina en torno a la interpretación de los artículos 1 y 3 de Ley 57/1968[9]; creando con ella cierto malestar en las entidades de crédito y compañías aseguradoras, garantes de las cantidades entregadas a cuenta del precio por parte de los compradores de viviendas, al considerar que se estaba vulnerando uno de los principios básicos de nuestro Ordenamiento jurídico como es el de seguridad jurídica, y que, según ellos, traerá perjuicios para los futuros compradores de vivienda; pues, aquellas serán más exigentes en las oferta de productos, concesiones de créditos y, sobre todo, a la hora de garantizar operaciones inmobiliarias. En definitiva, todo lo expuesto, propició la aprobación de la LOSSEAR que a juicio de muchos perjudica más que beneficia a los

compradores de viviendas que hacen entregas a cuenta del precio, a pesar de todo lo que pueda manifestar el legislador en el Preámbulo de la Ley.

El ámbito de la Ley 57/1968, como la de la LOSSEAR, son aquellos supuestos en los que el promotor-vendedor pretenda obtener de los compradores de viviendas en proyecto de construcción, —bien mediante régimen de comunidad de propietario bien mediante sociedad cooperativa—, cantidades anticipadas antes de iniciar la construcción o durante la misma[10]. Si bien, se exige que las viviendas sean destinadas a domicilio o residencia familiar con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial, por lo que únicamente estarán protegidos por la norma los compradores que sean destinatarios finales de las viviendas, sin que pueda aplicarse dicha protección legal a las compras especulativas o las compras realizadas con la finalidad de introducir la vivienda o apartamento adquirido en un proceso productivo o comercial.

Por otra parte, es indiferente la denominación que las partes le hubieran dado al referido contrato, aunque la Ley 57/1968 aludía a «contratos de viviendas», «cesión de viviendas» y de «contrato», evitando la palabra «compraventa»; Ahora, la disposición adicional primera de la LOE (tras la LOSSEAR), alude a «cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas»; de «contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente», de «contrato de cesión», de «contrato para la adquisición de la vivienda», de «contrato de compraventa». En definitiva, la protección del sistema legal abarca todos los contratos en los que se adquiere derecho —puramente obligacional— una vivienda previamente a su construcción o durante la misma se anticipen cantidades de dinero, por tanto alcanza a contratos de compraventa de viviendas en construcción y contratos análogos, ya se denominen «contratos de reserva», «precontratos», «contratos de señal»[11].

El primer mecanismo protector establecido tanto en la Ley 57/1968, como en la disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR), consiste en la obligación del promotor, (cedente, vendedor, etc.), de constituir garantía para las cantidades entregadas a cuenta, ya adopte la forma de contrato de seguro o aval solidario, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda.

Para ello, y prácticamente con la misma redacción lo ha recogido la LOSSEAR, el promotor tendrá que percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes de las viviendas *a través de entidades de créditos en las que habrán de depositarse en cuenta especial con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior.*

Y es aquí, en relación a esta obligación legal de garantía o afianzamiento de las cantidades anticipadas donde han surgido todas las cuestiones y pronunciamientos del TS, recogiéndose parte de su doctrina en la nueva regulación dada a la Disposición adicional primera de la LOE. (LOSSEAR).

A pesar del carácter imperativo de la norma, no ha sido infrecuente el incumplimiento por las entidades promotoras de la constitución del aval o el seguro, lo que unido a la crisis del sector y a la no entrega de las viviendas en una fecha determinada ha puesto de manifiesto un problema hasta entonces menor, cuál es la responsabilidad de las entidades depositarias de tales cantidades ante la imposibilidad de las promotoras de devolver a los compradores las sumas por estos anticipadas, agravada por la no constitución de las garantías a favor a los desafortunados[12].

Han sido muchos los argumentos alegados por las entidades financieras y compañías aseguradoras para eludir la aplicación los artículos 1 y 3 de la Ley 57/1968, cuando los promotores o cedentes de viviendas en construcción quedaban insolventes arrastrados por la crisis del sector y por su mala gestión; evitando con ello su posición de garantes de la devolución de las cantidades anticipadas más los intereses legales[13].

Partimos de la premisa de que el promotor (persona física o jurídica) es el que promueve la construcción de toda clases de viviendas, ya sean en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa que pretende obtener de los adquirentes entregas de dinero. Promotor que tiene que cumplir con las siguientes exigencias establecidas en la norma: a) Celebrar contrato de seguro o aval solidario que garantice la restitución de las cantidades y sus intereses; b) Ingresar los anticipos en una cuenta especial.

En efecto, el responsable principal de la devolución de las cantidades es el promotor para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda[14]. Si bien, la entidad bancaria o caja de ahorros, ahora en la nueva redacción entidades de créditos, en las que se hacen las aperturas de cuenta especial así como los depósitos de las cantidades, son responsables del manejo de esos fondos, —solamente se podrá *disponer para las atenciones derivadas de las construcción*—, así como que *bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior* (redacción dada a la disposición adicional primera de la LOE por la LOSSEAR).

Por tanto, el responsable principal de garantizar las cantidades anticipadas a cuenta del precio de la construcción de las viviendas es el promotor, vendedor o cedente; y, la entidad de crédito (banco o cajas de ahorros) es responsable subsidiaria, pues sobre ella recae la responsabilidad de que el promotor contrate la garantía —aval solidario o seguro de caución—, para las cantidades depositadas en la cuenta especial, y también del manejo de las mismas —*bajo su responsabilidad*—. Es por ello que, si no se contrata las garantías —seguro de caución o aval solidario— la entidad de crédito es responsable subsidiaria, por

depositaria de las cantidades[15]. Y, en un plano distinto, nos encontramos a las compañías aseguradoras que a través de los seguros de caución o las entidades financieras, mediante avales, van a responder solidariamente junto con el obligado principal (el promotor-vendedor). Considerándose, como vamos a ver con posterioridad, contratos totalmente autónomos del principal.

En torno a estas premisas el TS se ha pronunciado sobre las siguientes cuestiones jurídicas con el deseo de evitar mayor litigiosidad: 1) ¿qué ocurre si la entidad de crédito no obliga al promotor a garantizar las cantidades depositadas mediante aval solidario o seguro de caución? ¿quién responde?; 2) ¿quién responde si no se abre cuenta especial, realizándose depósitos en otra cuenta de la misma entidad?; ¿desde cuándo hay obligación legal de garantizar las cantidades depositadas? Pasamos a dar respuesta.

2. Responsabilidad subsidiaria de la entidad de crédito por incumplimiento de la obligación de garantizar las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas

En la promoción de viviendas en construcción y en relación al tema que nos ocupa, nos encontramos con dos tipos de negocios jurídicos: el primero, el de compraventa entre promotor y comprador, y, el segundo, de garantía al comprador del reintegro de las cantidades anticipadas por razón de la compraventa, en la que intervienen, promotora, garante y entidad de crédito, pero no el comprador.

Tal y como establece la disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR), y la derogada Ley 57/1968, en su artículo 1, incumbe a la entidad de crédito, para aperturar la cuenta especial, verificar previamente la constitución por el promotor vendedor de las garantías para la devolución de las cantidades anticipadas, mientras que la obligación de ingresar las cantidades en esa cuenta especial es una obligación que se impone al promotor-vendedor[16], siendo que al garante —avalista o entidad aseguradora—, le incumbe urgir a la promotora, que percibe las cantidades, para su ingreso en la cuenta especial constituirla al efecto, así como verificar que de los fondos se dispone para atender a los gastos de la promoción, sin que sea trasladable ninguna de estas obligaciones ni las consecuencias desfavorables por desavenencias en su cumplimiento por alguno de los tres agentes mencionados al comprador quien se pretende proteger por la citada normativa, ya que ello implicaría agravar los derechos de los compradores con cargas adicionales trasladándoles deberes propios de la promotora, efectividad de las garantías por la aseguradora o avalista, y obligaciones de vigilancia de la entidad bancaria. Por tanto, no se puede condicionar el derecho del comprador a la restitución de las cantidades anticipadas al ingreso de las mismas en la cuenta especial[17].

En este sentido, el TS en Sentencia de 21 de diciembre de 2015 ha señalado que «La "responsabilidad" que el artículo 1-2.ª de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si proviene de particulares como en este caso, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa misma entidad o en otra pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de "exigir". En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera su eficacia»[18]. No obstante, la STS de 16 de enero de 2014 aclara que «dicha responsabilidad solo alcanza a la entidad que recibe las aportaciones de los compradores, no a la entidad acreedora hipotecaria que otorga al promotor un préstamo para construir la promoción y en la que aquella ingrese fondos periódicamente para cubrir dicho crédito hipotecario»[19].

En este punto, es preciso señalar que la derogada Ley 57/1968 establecía que estos derechos que se le otorgaban a los cesionarios, es decir a los compradores de las viviendas en construcción, tenían el carácter de irrenunciables, mientras que en la nueva redacción dada a la Disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR), desaparece este carácter, lo que resulta inexplicable teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha proclamado hasta la saciedad el carácter de los mismos, protegiendo al consumidor frente a los incumplimientos del promotor o de las entidades garantes, siendo indiferentes frente al adquirente el ingreso de los anticipos en la cuenta especial[20], entendiendo que no afectan a los adquirentes los límites establecidos en la cobertura de garantías y que consideran protegido al consumidor habiendo una línea de avales o un seguro colectivo aún en falta de certificados o póliza individual[21]. Aspecto que profundizaremos con posterioridad.

Si bien, no han sido pocos los argumentos esgrimidos por la doctrina para sostener el carácter irrenunciable de los derechos a pesar de que la LOSSEAR no lo afirme de manera expresa; destacando entre ellos: que partiendo del carácter de los derechos reconocidos a consumidores y usuarios hay que optar por el carácter imperativo de los mismos, pues para entender que una ley sea imperativa no es necesario que la misma lo diga expresamente[22]; en segundo lugar, que iría contra la finalidad de la Ley el pacto que no pretende el amparo de la parte desfavorecida; tercero, que si atendemos a los antecedentes históricos legislativos (art. 7 de la Ley 57/1968), podemos afirmar que en la actualidad se mantienen los mismos problemas y la misma necesidad de protección; cuarto, argumentos normativos sobre la base del Título Preliminar del Código Civil en

su artículo 6. 2.º y 3.º, no permitiendo la renuncia de derechos y estableciendo la ineficacia de los actos contrarios a la norma imperativa, así como el artículo 10 TR 1/2007, donde se indica específicamente la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario; y, finalmente, los argumentos jurisprudenciales, donde se ha declarado la nulidad de ciertos pactos o condiciones impuestas, o no se han tenido en cuenta exigencias al comprador para la efectividad de la garantía porque suponía indirectamente una renuncia de derechos reconocidos por ley[23].

Si bien, la responsabilidad que asume la entidad de crédito no es garantizar el cumplimiento de la obligación del promotor de entregar la vivienda, ni tampoco garantiza una obligación dineraria de restituir las cantidades anticipadas por el comprador sustituyendo así al promotor, sino que garantiza la obligación del promotor de constituir el aval o seguro para la devolución de las cantidades anticipadas, como condición para aperturar una cuenta especial[24].

En definitiva, solo al tiempo de la apertura de las cuentas y depósitos especiales por la promotora nace la obligación de la entidad bancaria de exigir la constitución del aval o la celebración del contrato de seguro previsto por la norma, no debiendo permitir la apertura de las cuentas especiales, ni la realización de depósitos en ellas sin cerciorarse previamente de que el promotor ha asumido la obligación legal de garantizar la devolución de las cantidades a cuenta, siendo responsable de los daños y perjuicios que se pudieran irrogar a los compradores en el caso de que, por no haberse constituido las garantías previstas, no pudieran obtener la restitución de lo anticipadamente pagado. No asumiendo, en cambio, responsabilidad alguna por la no entrega del aval o certificado individual del seguro concertado[25].

Cosa distinta es el tema controvertido en relación a la extensión de la garantía. En la redacción de la Ley 57/1968 se planteaba la duda en torno a si la garantía (seguro de caución o aval solidario) se extendía a las cantidades anticipadas antes de la fase de la construcción, o si por el contrario se devengaba la obligación al comienzo de dicha fase. Ello originó un debate en los Tribunales, sobre todo en el ámbito de las cooperativas de viviendas, siendo la mayoría de las resoluciones favorables a los compradores con apoyo en el artículo 1 de la citada Ley («antes de iniciar la construcción o durante la misma»), y en el artículo 4.1 del Decreto 3114/1968. Con la nueva redacción parece que el tema queda zanjado a favor de las aseguradoras y de los promotores y que las cantidades adelantadas ser garantizarán «desde la obtención de la licencia de edificación». Por tanto, las cantidades adelantadas anteriores al principio de la fase de construcción quedarán fuera de la garantía, Con ello debe entenderse derogada la doctrina de la STS de 13 de septiembre de 2013 (ASEFA), con la consecuencia de que las entidades aseguradoras podrán volver a comercializar los llamados seguros de «Tramo I», que la sentencia citada reprobaría como si se tratase de un fraude de Ley. Pero este seguro atípico no es obligatorio porque

la entrega de cantidades adelantadas en un tiempo anterior a la obtención de la licencia ya no está sujeta a la garantía obligatoria[26].

Considero, por tanto, que se ha creado un deliberado retroceso en el nivel de protección que el adquirente de vivienda a plazos ha recibido hasta ahora en los tribunales[27]. El riesgo de una promoción inmobiliaria para un consumidor está en la fase anterior a la licencia de obras. De hecho, el 80% de las reclamaciones son por anticipos realizados en la fase previa en la obtención de la licencia, por ello la práctica totalidad de los siniestros en ese ramo de seguros se produce en esa fase incipiente, donde el promotor se hace con el suelo y percibe fuertes sumas de dinero que no tienen noción de la compleja y larga que puede ser la tramitación de la licencia urbanística[28]. No obstante, y a pesar de que existe un claro retroceso en la protección de los compradores de viviendas respecto de aquellas cantidades que se han entregado antes de la obtención de la licencia de edificación, la norma puede servir para desincentivar la financiación, la promoción y la inversión en obras de incierta legalidad urbanística, así como (DE CASTRO, M. L., 2016) contribuir a una economía equilibrada y reconquistar la confianza en el sistema legal español y sus jueces.

3. Prórroga o resolución del contrato de compra-venta de viviendas en construcción

La disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR) ha optado por incorporar la dicción del artículo 3 de la Ley 57/1968 en lo que se refiere a la posibilidad de prórroga del contrato o resolución del mismo cuando se dan las causas establecidas para ello. Lo único que cambia en cuanto a la redacción es su terminología; se modifica el término cedente por promotor y se recoge lo establecido en la jurisprudencia sobre la devolución de las cantidades anticipadas más la devolución del interés legal; antes se establecía el 6% de interés anual en caso de que la construcción no se inicie o no se termina en los plazos convenidos.

Centrándonos en las causas de resolución del contrato de compraventa, y no de rescisión como sigue sosteniendo el legislador, señalar que tanto en la Ley 57/1968 como en la LOSSEAR se mantienen las mismas causas, siendo, por tanto, aplicable la jurisprudencia del TS respecto de aquellos casos que podrían plantear dudas en torno a si eran causas o no de resolución del contrato. Es por ello que aludiré, brevemente, al no ser tema de discusión, las causas que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se consideran causas de resolución por incumplimiento del contrato.

A tenor de lo dispuesto tanto en el artículo 3 de la Ley 57/1968, como en el apartado 4 de la disposición adicional primera de la LOE (LOSEAR), podrá el comprador resolver legalmente el contrato de compraventa cuando: a) Haya

transcurrido el plazo previsto de iniciación de las obras y estas no hubieran comenzado; b) Cuando hubiera transcurrido el plazo para entrega de la vivienda y esta no se hubiese entregado a los compradores.

Han sido muchas las sentencias de las Audiencias provinciales y del TS en las que se ha debatido si el plazo establecido en el artículo 3 de la Ley 57/1968 es una excepción a la doctrina sentada por el mismo TS en torno a si el término es causa de resolución por incumplimiento del artículo 1124 del Código Civil. Y es que el plazo, según el TS, no es causa de resolución del contrato salvo que este haya sido establecido en el mismo como término esencial. Esto es, el incumplimiento del plazo de la entrega en un contrato de compraventa no tiene porque llevar aparejado el incumplimiento definitivo del contrato si dicho retraso no frustra el fin perseguido por el mismo, pues la entrega tardía de la vivienda puede seguir satisfaciendo el interés del comprador-acreedor.

No obstante, el Alto Tribunal ha reiterado en diversas sentencias que en el supuesto al que nos estamos refiriendo, a pesar de que el incumplimiento del plazo de entrega o el inicio de la construcción de la vivienda no sea un término esencial, el artículo 3 de la Ley 57/1968 sería una excepción a la doctrina establecida en torno a la aplicación del artículo 1124 del Código Civil[29]. En este punto es determinante la STS de 20 de enero de 2015, la cual supone un cambio de rumbo en los requisitos exigidos para estimar la típica resolución de uno de los más típicos contratos de compraventa —a saber, el de viviendas sobre plano—: en lo sucesivo, en caso de retraso en la entrega de una vivienda por su promotor, argumentando no *ex* artículo 1124 del Código Civil sino *ex* artículo 3 de la Ley 57/1968, se podrá conseguir la resolución de la compraventa en cuestión por incumplimiento, aún cuando dicho retraso sea mínimo. Es decir, en el ámbito especial regulado por la Ley 57/1968 no es aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del artículo 1124 del Código Civil, considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte[30]. Así, en el Fundamento sexto, apartado 3, rectifica el criterio de la Sentencia de 9 de junio de 1986, sentando nueva doctrina interpretativa del artículo 3 de la Ley 57/1968 al afirmar que «…3.ª Pues bien, avanzando en la misma línea procede declarar ahora que el incumplimiento del vendedor del plazo estipulado para la terminación de la entrega de la vivienda justifica, conforme el artículo 3 de la Ley 57/1968, la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que, como resulta (…), el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega. Lo anterior significa que el artículo 3 de la Ley 57/1968 introduce en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega,

aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador. Esta especialidad, a su vez, determina que en el ámbito especial regulado por la Ley 57/1968 no sea aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del artículo 1124 del Código Civil, considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte contratante…».

No obstante, no debemos dejar de lado que la resolución del contrato puede ser utilizada como mecanismo de defensa de los consumidores en los tiempos de crisis económica para poder «escapar» de las relaciones obligatorias nacidas de contratos sobre todo en contratos de compraventa de inmuebles, cuya ejecución no puede ser asumida por las partes en la mayoría de los casos (CASADO CASADO, 2016, 13). Se habla de incumplimiento relevante a efectos de resolución por incumplimiento objetivo fundado en la no constitución de la garantía como obligación esencial, o como un incumplimiento de menor entidad que puede ser valorado como esencial a estos efectos, con los límites de la buena o mala fe y el abuso de derecho, que debe ser pedido antes del requerimiento por el vendedor. Se quiere proteger al consumidor y esta protección llega, a nuestro entender, hasta la relajación de los criterios estrictos de interpretación de la resolución contractual, pudiendo ser resueltos contratos ante incumplimientos que suponen meros retrasos en la entrega de la vivienda, por tanto, ante incumplimientos fuera de la órbita de la gravedad del incumplimiento resolutorio, sin que tampoco puedan entenderse comprendidos en los supuestos de incumplimiento esencial[31].

Otra de las causas de resolución del contrato de compraventa de la vivienda sobre la que se ha pronunciado la doctrina y jurisprudencia ha sido la no obtención de la licencia de habitabilidad o de primera ocupación, teniendo en cuenta el artículo 4 de la Ley 57/1968 y el artículo 5 de la Disposición adicional primera (LOSSEAR) que se refiere a la misma en relación a la cancelación de la garantía[32].

La licencia de ocupación o la cédula de habitabilidad constituye el documento administrativo que acredita el cumplimiento por las viviendas de la normativa que les resulta de aplicación, siendo necesario para que cualquier vivienda sea considerada apta a efectos de uso residencial y debiéndose obtener dicha autorización administrativa con carácter previo u obligatorio a la ocupación de la vivienda[33]. La entrega de la vivienda únicamente podrá considerarse como tal si va acompañada de la correspondiente licencia administrativa que autorice la utilización de la misma. Así lo ha puesto de manifiesto la STS de 11 de marzo de 2013 afirmando que «el cumplimiento de la obligación de entrega por el promotor-vendedor no puede entenderse limitado a que la vivienda lo sea en un sentido puramente físico, con paredes, techo, suelo y posibilidad material de tener unos suministros básicos, sino que debe comprender también

que la vivienda lo sea en su aspecto jurídico, permitiendo que los suministros se contraten de forma regular y que el comprador pueda ejercer libremente su derecho a disponer de la vivienda alquilándola o vendiéndola sin obstáculos legales ajenos a su esfera de influencia…[34]. En definitiva, «la licencia de primera ocupación forma parte de la obligación de entrega, aunque en el contrato se hubiera expresado solamente que la obra terminaría en fecha determinada. No se trata solo de terminar sino de entregar, obligación esencial del vendedor, y para tal entrega útil es preciso haber obtenido la licencia de primera ocupación»[35]. En consecuencia, si el promotor pretendiera la entrega de la vivienda sin la cédula de habitabilidad o licencia de ocupación porque no se hubiese obtenido en el plazo previsto dicha autorización administrativa para la utilización de la vivienda, el comprador podrá ejercitar el derecho de resolución del contrato de compraventa[36].

Podríamos preguntaros si el incumplimiento por parte del promotor de la obligación legal de garantizar las cantidades entregadas anticipadamente, consecuencia respecto del contrato de compraventa, podría ser también causa de resolución. Se ha defendido por parte de la doctrina la tesis de que para resolver un contrato no basta con que se produzca cualquier tipo de incumplimiento, sino que es preciso que este sea verdadero propio, grave, y de esencial trascendencia para la economía establecido por las partes en el negocio jurídico o que tenga la suficiente importancia como para afectar de modo decisivo a los intereses de las partes, impidiendo su satisfacción económica. Por lo tanto, considera este sector doctrinal que a menos que se entienda que el incumplimiento de la obligación de garantizar las cantidades anticipadas por los compradores afecta de modo decisivo a la economía del contrato, constituyendo un incumplimiento grave y esencial de las obligaciones del promotor, no podrá resolverse el contrato debido a la falta de otorgamiento de las garantías. Cosa distinta es que el comprador, ante el incumplimiento de las garantías por la Ley 57/1968, pueda suspender los pagos pendientes[37], denunciar dicha infracción administrativa y, desde luego, reclamar el cumplimiento de dicha obligación legal. Por ello, sostiene este sector doctrinal que no podrá solicitar la resolución del contrato de compraventa, pues la obligación de garantía, pese a su naturaleza de obligación legal, constituye simplemente una obligación accesoria del promotor que no afecta de modo esencial a la economía del contrato ni a la satisfacción económica de las partes contratantes[38].

Sin embargo, la línea jurisprudencial va en sentido contrario, pues el TS en Sentencia de 11 de abril de 2013, en relación al incumplimiento de la obligación legal de garantizar las cantidades entregadas anticipadamente ha resuelto señalando que «En efecto, en la actual doctrina jurisprudencial ya no puede sustentarse la configuración de esta prestación de garantía como una obligación meramente accesoria del contrato cuyo incumplimiento queda reducido al ámbito de la infracción administrativa y, por tanto, ajeno al cauce del incum-

plimiento resolutorio del mismo. Por el contrario, la doctrina jurisprudencial de esta Sala se ha esforzado recientemente en orden a configurar el fundamento contractual de esta figura y su correspondiente imbricación en el contrato celebrado, al igual que ha hecho con la licencia de primera ocupación. Este desarrollo jurisprudencial se ha llevado a cabo de forma progresiva. Así, en lo que podemos denominar como primera fase, STS de 25 de octubre 2011, esta Sala ya resaltó, como principio general, que la omisión del aval o de las garantías, así como el depósito en cuenta especial de las sumas anticipadas por los futuros adquirentes de las viviendas, artículo uno de la citada Ley 57/1968, implicaba una vulneración de lo pactado que podía ser calificada de grave o de esencial. Posteriormente, en una segunda fase, en la ya citada STS de 10 de diciembre de 2012, se profundizó en la configuración contractual de la figura declarándola, por una parte, como obligación esencial del vendedor, y por la otra, determinando su régimen de aplicación conforme al contexto de las obligaciones recíprocas, como son las derivadas del contrato de compraventa, de forma que, en verdad, subsista dicha reciprocidad, o dicho de otro modo, siga teniendo sentido la constitución o continuidad de la garantía. Sentadas estas bases, la configuración contractual de la figura puede responder a los siguientes criterios: en el plano de su caracterización nos encontramos ante una obligación legal, de carácter esencial, que atañe o compete al vendedor de la vivienda en proyecto o construcción. Su tipicidad, conforme a la naturaleza del contrato de compraventa, se imbrica en el funcionamiento de la reciprocidad obligacional tendente a garantizar el cumplimiento del contrato: construcción de la vivienda y pago de la misma. En el plano de su régimen de aplicación, por mor de la tipicidad expuesta, cabe diferenciar dos supuestos: en la fase de pendencia de la obra proyectada, o en su construcción, el aval opera como una propia obligación bilateral, de forma que el futuro adquirente puede tanto oponer una excepción a la entrega de la cantidad anticipada, si este no se otorga, como proceder a la resolución del contrato si entregada o dispuesta dicha cantidad el vendedor se niega a otorgar el preceptivo aval. En este sentido, el aval viene a constituir la causa de la obligación de entregar de la cantidad y viceversa (art. 1274 del Código Civil). Todo ello, conforme al principio de buena fe contractual y su proyección con la doctrina de los actos propios. En la fase de realización de la prestación, construcción terminada de la vivienda, si la obligación del aval no ha resultado exigida por el adquirente su constitución carece de sentido, pues con la entrega o puesta a disposición de la vivienda su función se reconduce al ámbito propio del cumplimiento o incumplimiento contractual, (…). Por el contrario, conforme a la delimitación efectuada, se observa con claridad que su exigibilidad cuando la vivienda ha sido ya puesta a disposición del adquirente, aparte de ser contraria a la buena fe y su proyección en los actos propios, carece de función o de sentido, pues refleja que lo que realmente se pretende no es otra cosa que el incumplimiento resolutorio de la vendedora (…)[39].

III. AFIANZAMIENTO DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA COMPRA DE LAS VIVIENDAS. RESPONSABILIDAD DE LOS GARANTES EN LA NUEVA LEY 20/2015, DE 14 DE JUNIO DE ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS (LOSSEAR)

En la Ley 20/2015 (LOSSEAR), se establece la obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro o caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda (*Cfr*. apart. Uno.1. a) de la disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR).

Dichas garantías se encontraban reguladas en la Ley 57/1968, aunque el legislador no puso empeño en su desarrollo, lo que propició que nuestros tribunales se pronunciaran sobre muchas cuestiones objeto de litigio; así, a modo de ejemplo, la extensión de las garantías, la eficacia de la póliza colectiva frente a la ausencia de certificados individuales, excepciones oponibles por parte de los garantes al comprador de la vivienda ante el incumplimiento del promotor del ingreso en cuenta especial, el carácter autónomo de la garantía y no accesorio respecto de la obligación principal. En fin, a todas estas cuestiones se han dado respuestas provocando que nuestro legislador entrara de nuevo a regular la materia, sobre el argumento de que ahora los consumidores quedaban más protegidos en la devolución de las cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda, cuando precisamente con el nuevo texto normativo el legislador ha querido proteger a las entidades aseguradoras y financieras tras las últimas sentencias de nuestro Alto Tribunal, pues con ellas se les venía exigiendo prácticamente una responsabilidad objetiva vulnerando el principio de seguridad jurídica. Tanto es así que con la nueva regulación en torno al afianzamiento de la devolución de las cantidades anticipadas para la compra de viviendas nos preguntamos si sigue vigente la doctrina en torno a todas estas cuestiones.

1. El seguro de caución como garantía de la devolución de las cantidades a cuenta del precio en la compra de viviendas sobre plano

En la nueva redacción dada por la LOSSEAR a la disposición adicional primera de la LOE, se establece como requisito para que un contrato de seguro de caución pueda servir como garantía de devolución de las cantidades anticipadas en la construcción de viviendas que se suscriba una póliza de seguro individual por cada adquirente, en la que se identifique el inmueble para cuya adquisición se entregan de forma anticipada las cantidades o los efectos comerciales[40].

Con la exigencia de la póliza individual emitida por la entidad aseguradora, una vez que ya se ha individualizado el comprador tras la conclusión del contrato de compraventa, se puede afirmar que quiebra la doctrina del TS en la que se establecía que la devolución de las cantidades anticipadas quedaba garantizada desde la constitución de la póliza colectiva. Así, la STS de 23 de septiembre de 2015[41] declaró que ««la norma —Ley 57/1968— no le impone al banco la obligación de velar por la entrega de los avales por parte de la vendedora[42]. De la póliza firmada entre el banco y la promotora tampoco se deduce que la entidad bancaria tuviese la obligación de entregar el aval directamente al comprador, pues siempre lo emitiría a petición del promotor», pero esta interpretación pone en evidencia cómo puede quedar insatisfecha la previsión de la garantía contenida en los artículos 1, 2, y 3 de la Ley 57/1968, porque bajo la apariencia de la garantía concertada en la póliza colectiva cuya copia se entregaba al comprador, este no tiene porqué conocer que todavía debe recibir el aval individualizado y queda a merced de la mayor o menor diligencia del promotor solicitar los concretos certificados o avales individuales. En atención a la finalidad tuitiva de la norma, recientemente resaltada por la Sala, que exige el aseguramiento o afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta, y a que se ha convenido una garantía colectiva para cubrir las eventuales obligaciones de devolución de la promotora de las cantidades percibidas de forma adelantada de los compradores, cuya copia ha sido entregada junto con los contratos de compraventa, es posible entender individual, respecto de lo que no tiene responsabilidad el comprador. No debe pesar sobre el comprador que ha entregado cantidades a cuenta la actuación gravemente negligente o dolosa del promotor que deja de requerir los certificados o avales individuales. Por ello, podemos entender en estos casos que: i) al concertar el seguro o aval colectivo con la promotora y la percepción de las correspondientes primas, la entidad aseguradora o avalista pasaba a cubrir la eventualidad garantizada, que era la obligación de restitución de las cantidades percibidas, junto con los intereses previstos en la norma legal, referidas a la promoción o construcción a la que se refería la garantía; ii) la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales, por la entidad aseguradora o avalista a favor de cada uno de los compradores, legitima a estos para hacer efectivo el aval por la vía ejecutiva, conforme al artículo 3 de la Ley 57/1968; y iii) la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva»[43].

Es obvio que el legislador conocía perfectamente la problemática sobre el sistema de doble póliza —póliza colectiva— certificado individual—[44] y en torno al cual nuestros tribunales se habían pronunciado *pro consumatorem,* comprador de viviendas que había anticipado cantidades a cuenta del precio

final, interesando la devolución de las mismas una vez producido el siniestro a pesar de no estar emitidas las certificaciones individuales respecto de cada unas de las cantidades aportadas por parte de la entidad aseguradora. Por ello, entiendo que con la nueva redacción, la finalidad de la norma es patente y ahora no habrá devolución de las cantidades anticipadas si la entidad aseguradora no emite las pólizas certificados individuales por cada una de las cuotas que vayan anticipando los compradores de las viviendas. Y, en consecuencia lo único que conseguirá el legislador con esta reforma es que el adquirente ahora tenga que encargarse de ir actualizando la póliza a medida que ingresa cantidades en la cuenta especial[45].

No se entiende que el legislador haya dado este retroceso en la protección de los consumidores compradores de viviendas si no es en su afán defensivo de las compañías aseguradora[46]. Sostengo esto porque al legislador no se le escapa que primero se firman los contratos de compraventa con entrega de anticipos del precio y, posteriormente, se emiten los certificados individuales; pues difícilmente la entidad aseguradora puede emitir certificados individuales si el promotor no le informa de los contratos de compraventa de manera individualizada, esto es, identificación del comprador, precio de la vivienda, cuantidades anticipadas, etc.

Es más, el hecho de que el inicio de la cobertura para cada asegurado se supedite a la previa actuación del tomador, unido al mencionado sistema de doble póliza, ha propiciado que algunos promotores hayan aparentado disponer de todas las garantías exigidas legalmente con tan solo mostrar la póliza colectiva o contrato de seguro colectivo, pero sin realizar posteriormente los trámites necesarios para que las entidades aseguradoras emitan los correspondientes certificados o pólizas individuales como títulos de garantía a favor de los compradores que anticipan cantidades[47]. Y ello a pesar de que lo habitual es que en los propios contratos de seguros colectivos se advierta de manera destacada que estos carecen de validez ante los compradores de viviendas hasta que no sean emitidas las correspondientes pólizas individuales[48].

Tanto es así que, bajo la vigencia de la Ley 57/1968, la jurisprudencia optó por otorgar virtualidad y eficacia a las pólizas colectivas, garantizando la devolución de las cantidades anticipadas desde la suscripción del contrato de seguro por parte del promotor a pesar de no estar emitidas las certificaciones individuales[49]. Lo que permite reafirmarnos que con la nueva regulación la protección del consumidor ha quedado debilitada en favor de las entidades aseguradoras como garantes de la devolución de las cantidades anticipadas.

Llegados a este punto es preciso referirse al último párrafo del apartado 3 de la disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR), pues aunque ha mejorado su redacción respecto de la Ley 57/1968[50] en cuanto que incluye a las comunidades de propietarios o sociedades cooperativas, el espíritu y finalidad es la misma; el apartado dice así: «En el momento del otorgamiento del contrato de compraventa, el promotor, incluido el supuesto de comunidades de

propietarios o sociedad cooperativa hará entrega al adquirente del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio».

Tal exigencia, como se ha sostenido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, es de difícil cumplimiento, habida cuenta de que el tomador —promotor, vendedor o cedente— primero deberá remitir al asegurado los datos relativos al contrato —cantidad del adquirente, fechas e importes de los anticipos, etc.—, para que seguidamente este emita la póliza o el certificado individual, a medida que vayan quedando incorporados al contrato los asegurados, recogiendo en ellas las fechas señaladas para el ingreso de las cantidades anticipadas[51]. Y es que, aunque la norma obligue al promotor a entregar al comprador el documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio, realmente el hecho de que el promotor no entregue al adquirente esa garantía individual al tiempo de firmar el contrato no es algo que pueda achacársele, pues a pesar de que la ley contenga esa exigencia, la entidad aseguradora solo emitirá la póliza o el certificado individual cuando se le acredite la firma del contrato entre el promotor y el adquirente; lo que resultaría reprochable, sería la actitud del promotor que, para ahorrarse el pago de las sobreprimas correspondientes a las pólizas o certificados individuales, ni siquiera solicitará su emisión. Algo que, como se sabe, es lo que venía sucediendo[52].

A pesar de todo lo manifestado, la nueva redacción en cuanto a la exigencia de la póliza individual, viene a dar la razón al sector doctrinal que sostenía que teniendo en cuenta la secuencia práctica de este seguro de afianzamiento en que la primera etapa es el estudio del riesgo, si el resultado es favorable se comunicará al solicitante la aprobación de la emisión de la póliza junto a los condicionantes, cuya justificación será preciso acreditar previamente a la emisión de las pólizas individuales; una vez cumplidos esos condicionantes, como paso previo a la emisión de las pólizas individuales, el promotor enviará a la compañía copia de los contratos de compraventa para proceder a la emisión de las citadas pólizas individuales, con las que nace el riesgo para la compañía. Por consiguiente, entienden que sin la previa declaración de abono no existirá cobertura, pero no tanto porque no se haya emitido póliza o certificado individual, sino sobre todo porque no se ha producido el presupuesto necesario para que se emita este documento de garantía individual: no se ha llegado a individualizar el interés del asegurado ni se habrá advertido al asegurador de su exposición al riesgo[53]. De ahí que, según este sector doctrinal, ahora la LOSSEAR les da la razón; la póliza colectiva no supone la concesión de cobertura para los adquirentes que han anticipado cantidades, sino que esta no se produce hasta que no se expidan los certificados o pólizas individuales[54]. Contraviniendo, por tanto, a todas aquellas resoluciones judiciales en las que se condena al asegurador con el argumento de que a él le correspondía emitir

los certificados o pólizas individuales, pues (MALDONADO MOLINA, 2001, 21) no se entiende cómo se puede reprochar al asegurador la no emisión de certificados o pólizas individuales en aquellos casos en los que no exista previa comunicación o declaración de abono del promotor-tomador, cuando esos certificados han de individualizar el interés asegurado, concretando el importe de las cantidades anticipadas, la identidad de los adquirentes que las anticipan, las fechas en que se hace y la cuantía de la prima. En definitiva, serían casos en los que el asegurador no conoce ni la existencia de anticipos ni la propia existencia de los contratos de compraventa.

Situación distinta es aquella en la que el asegurador tenga conocimiento de la entrega de anticipos, pues en este caso le corresponde la obligación de instar al tomador a regularizar la situación de los mismos, pues el apartado Dos.1.g) de la disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR) faculta al asegurador, que no obliga, «a comprobar durante la vigencia del seguro los documentos y datos del promotor-tomador que guarden relación con las obligaciones contraídas frente a los asegurados»[55]. En este caso se trataría de situaciones en las que cabría defender la responsabilidad del asegurador en un procedimiento declarativo por haber conocido o no poder desconocer la concurrencia de hechos que desencadenan la garantía individual a su cargo.

En cuanto a la extensión de la garantía y las cantidades indemnizables por la entidad aseguradora, la LOSSEAR, establece que «La garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero», y que «En ningún caso serán indemnizables las cantidades que no se acrediten que fueron aportadas por el asegurado, aunque se hayan incluido en la suma asegurada del contrato de seguro, por haberse pactado su entrega aplazada en el contrato de cesión». Por tanto, se puede afirmar que la nueva regulación en concordancia con la doctrina del TS establece que la póliza del contrato de seguro comprende todas las cantidades contempladas en el contrato, aun cuando la póliza se emita por cantidad inferior[56]. Si bien, aunque el seguro de caución garantizará todas las cantidades desde la fecha en que las mismas se entreguen, no podemos olvidar que ahora la garantía solo será exigible desde que se obtenga la licencia de edificación por el promotor, lo que pone de manifiesto que la nueva regulación no soluciona las situaciones de inseguridad jurídica a la hora de asegurar las cantidades anticipadas en las fases iniciales de los proyectos, como en el caso de las cooperativas, entrando de nuevo en juego el sistema de los seguros de doble tramo distinto al seguro de caución[57].

Y, por último, en relación a las cantidades que serán objeto de devolución por parte de la entidad aseguradora, resaltar que ahora el comprador ha de probar en su reclamación cuáles fueron las cantidades efectivamente adelantadas («en ningún caso serán indemnizables las cantidades que no se acrediten que fueron aportadas por el asegurado»), carga probatoria que de nuevo limita la respon-

sabilidad del garante, puesto que a partir de ahora le corresponde al adquirente de la póliza individual actualizarla cada vez que realiza una nueva aportación[58].

Otra cuestión importante, y que no ha sido resuelta de forma satisfactoria por el legislador, es la relativa a la prórroga del seguro. Hasta ahora la jurisprudencia ha sostenido que la aseguradora no podía imponer a su obligación un término final que precediera al tiempo previsto en el contrato de compraventa para la entrega de la vivienda[59]. Regla que ha sido incorporada en la letra f del apartado dos de la disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR), —«la duración del contrato no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de la vivienda»—. Ahora bien, la polémica viene en torno a si la prórroga del contrato de compraventa arrastra la del seguro, haya o no pago de nueva prima, y si es oponible por parte de la aseguradora[60]. La dicción del precepto establece que «en caso de que se conceda prórroga para la entrega de las viviendas, el promotor podrá prorrogar el contrato de seguro mediante el pago de la correspondiente prima, debiendo informar al asegurado». Como se observa, el texto no lo exige con carácter imperativo sino dispositivo, lo que se ha considerado por parte de la doctrina de un auténtico disparate, entendiendo que hubiese sido mejor utilizar el verbo «deberá», al estar en consonancia con las obligaciones establecidas en la norma y con el carácter irrenunciable de estos derechos. Asimismo, en el apartado cuarto de la disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR), relativo a la ejecución de la garantías, debería haberse incluido la obligación de entregar nueva garantía bajo sanción de resolución cuando establece que «…o conceder al promotor prórroga que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda»[61].

En cuanto a la ejecución de las garantías señalar que una vez acontecido el siniestro —el no inicio de la construcción o la no consecución del buen fin en el plazo convenido, incluyendo la falta de obtención de licencia de ocupación o cédula de habitabilidad— el asegurado, previo requerimiento fehaciente de las cantidades al promotor y el incumplimiento de la obligación por este último en el plazo de treinta días, podrá dirigirse contra el asegurador para reclamar el abono de la indemnización correspondiente[62]. A su vez, el asegurador dispone de otros treinta días para abonar la indemnización al asegurado desde que este hubiese presentado la reclamación. La norma también establece que el asegurado podrá reclamar directamente al asegurador «cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor»[63]; reclamación que (CARRASCO PERERA, 2016, 5) siempre será posible, cosa distinta es que sea efectiva. No obstante, y a pesar de ello, ha sido un avance de la norma el haber señalado plazo para la devolución de las cantidades por parte del garante, pues la Ley 57/1968 no hacía alusión al mismo.

En cuanto a la ejecutividad de la póliza o del aval bancario establecida en el párrafo segundo del artículo 3.2.º de la Ley 57/1968[64], señalar que este carácter

de las garantías ha desaparecido en la redacción de la LOSSEAR, ello tiene su importancia porque en el procedimiento ejecutivo, que podía interponerse con arreglo a la Ley 57/1968, la «causa» por la que el promotor no había entregado la vivienda en plazo señalado en el contrato de compra no era un argumento válido de oposición. Sin embargo, (PÉREZ DE VEGA, 2016, 12) en el procedimiento arbitrado en la nueva regulación, como única vía judicial para la reclamación de la devolución de las cantidades anticipadas en caso de que se produzca el siniestro, al haber desaparecido la posibilidad de acudir al más ágil y rápido juicio ejecutivo, posiblemente, a partir de ahora, en cada pleito podría surgir la controversia en torno a la aplicación del artículo 1124 del Código Civil[65]. Por tanto, la nueva redacción de la regulación de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas «olvida» una de las ventajas más interesantes que ofrecía al adquirente la anterior regulación de la materia[66].

Ahora bien, el nuevo texto normativo de la disposición adicional primera de la LOE vuelve a carecer de imprecisión en torno a si es necesario que el asegurado resuelva previamente el contrato de compraventa con el promotor para poder reclamar el pago frente a la aseguradora; imprevisión que nuestro TS había resuelto respecto de la Ley 57/1968 en la Sentencia de 22 de abril de 2015 argumentando que «sobre la alegada necesidad de una previa resolución judicial del contrato de compraventa para poder demandar al garante la Sentencia de 7 de mayo de 2014[67], relativa a un aval pero igualmente aplicable al seguro de afianzamiento, declara "que el artículo 1 de la Ley 57/1968 regula la posición del avalista como figura autónoma por lo que una vez acreditado el incumplimiento tardío de la obligación garantizada por el aval, no podemos entrar en si la demora es excesiva o no, porque nada de ello permite el legislador que se oponga, ya que, incumplida la obligación de entrega, el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta debidamente reclamadas", y establece como doctrina jurisprudencial que "cuando se demanda exclusivamente al avalista en juicio declarativo, reclamando el importe del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968, la entidad de crédito no podrá oponer las excepciones derivadas del artículo 1853 del Código Civil, debiendo abonar las cantidades, debidamente reclamadas y entregadas a cuenta, una vez incumplido el plazo convenido para la obligación de entrega por cualquier causa"; doctrina que ahora se reitera»[68]. Por ello, entiendo que al no entrar la nueva regulación de la devolución de las cantidades anticipadas en este tema, en nada se debe modificar la doctrina establecida por el TS, tras la aprobación del nuevo texto normativo[69].

En cuanto a las excepciones oponibles por parte de la entidad aseguradora frente al asegurado comprador de la vivienda, para la no devolución de las cantidades a cuenta del precio, la nueva redacción prevé que le corresponde al tomador del seguro —promotor— realizar el pago de la prima por todo el periodo del seguro hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase cooperativa o instrumento jurídico equivalente.

Por tanto, el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que le puedan corresponder contra el tomador del seguro, señalando que la falta de pago de la prima por el promotor no será en ningún caso, excepción oponible.

Esta nueva regulación es fruto de la doctrina sentada por parte de nuestro TS en relación al carácter autónomo de las garantías y a la no aplicación del artículo 1853 del Código Civil, al encontrarnos ante una ley especial, que obliga a dar una interpretación favorable a su finalidad protectora[70]. En efecto, lo que se deriva de la nueva regulación es que las entidades aseguradoras no pueden oponer frente al asegurado las excepciones personales que pueda tener frente al deudor —tomador del seguro—, y respecto a las objetivas que se puedan derivar de la propia garantía no podrá alegar el pago de la prima, si bien, tal y como ha entendido la doctrina y jurisprudencia, sí podrá alegar la resolución del contrato de seguro como consecuencia del impago de la prima —como le permite la Ley 50/1980, de 8 de octubre de Contrato de Seguro—, así como la reclamación tardía de la misma[71].

Llamativo ha sido el pronunciamiento el TS en el que se llega a responsabilizar a la entidad aseguradora por no llegar a buen fin el contrato de compraventa al declarase nulo por vicio invalidante del consentimiento por haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de un vicio en la edificación de naturaleza urbanística. Así, la STS de 18 de enero de 2017 en el Fundamento primero establece que «La singularidad del supuesto enjuiciado radica en un hecho que recoge la sentencia recurrida, y que ha quedado incólume para la casación al no ser combatido. Este hecho consiste en que, a pesar de haberse expedido la licencia de primera ocupación, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura ordena la reposición de los terrenos a su estado anterior, por lo que sobre la vivienda litigiosa existe un peligro cierto y grave de que proceda la demolición, con base a una resolución judicial firme, sin que tal peligro pueda eludirse por el hecho de que el Plan General Municipal se modificase como consecuencia del PIR anulado, (…). Tal esencial error provocado por la ocultación que hizo el promotor-vendedor al comprador de la ilegalidad urbanística, que ha dado lugar a la anulabilidad del contrato por vicio en el consentimiento con lo que es evidente que el contrato «no ha llegado a buen fin», pues era factible la entrega física de la vivienda al encontrarse terminada, pero adolecía de condiciones jurídicas que garantizasen el uso pacífico de futuro, sin miedos y sobresaltos por ilegalidades urbanísticas», (…), y fija como doctrina jurisprudencial que «las garantías legales de las cantidades anticipadas para adquisición de vivienda que regula la Ley 57/1968 y Disposición adicional primera de la LOE se extienden a aquellos supuestos en que el contrato de compraventa no llega a buen fin, por declarase nulo por vicio invalidante del consentimiento al haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de vicios de la edificación urbanística»[72]. Doctrina que entiendo que se seguirá manteniendo por el TS dado que el presupuesto del aparado Uno. 1 a)

de la disposición adicional primera de la LOE conforme a la LOSSEAR sigue rezando «…para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega».

Por último, señalar que la extinción del contrato de compraventa por mutuo disenso impide que se le puedan exigir a las entidades aseguradoras y avalistas la devolución de las cantidades anticipadas a cuenta del precio. El TS ha sentado doctrina casacional en el sentido de que «la garantía de las cantidades anticipadas no pueden subsistir si el contrato de compraventa se extingue, como en el presente caso, por mutuo disenso de comprador y vendedor antes de la fecha establecida para la entrega de la vivienda, porque según el artículo 1847 del Código Civil «la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor», y conforme al artículo 68 de la LCS, relativo al seguro de caución, el riesgo asegurado es «el incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales contractuales»[73]. Doctrina que entendemos vigente tras la nueva redacción dada a la devolución de las cantidades anticipadas en la construcción y compra de viviendas sobre plano por la LOSSEAR.

Otra novedad en el texto reformado es la relativa a la acción de regreso que tiene la entidad aseguradora frente al promotor-tomador por las cantidades satisfechas a los asegurados, o subrogación en los derechos que les correspondieran a estos. Sobre el tema hay posiciones encontradas, teniendo en cuenta la regulación de la LCS. La norma dice lo siguiente: «El asegurador podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, a cuyo efecto se subrogará en los derechos que les correspondan», (apart. Dos.1. letra j, disposición adicional primera, LOSSEAR). Por ello, teniendo en cuenta la literalidad de la norma, parte de la doctrina considera que esta regulación tiene carácter de Ley especial frente a la LCS, ley general. El asegurador de esta modalidad de seguro de caución no tiene ya un derecho de reembolso frente al tomador como establece el artículo 68 de la LCS, sino un derecho de subrogación[74]. Sin embargo, la posición mayoritaria entiende que lo que hay es una contradicción entre la nueva regulación y el citado precepto, por cuanto que esta última no prevé la subrogación de la aseguradora en los derechos del asegurado frente al promotor, sino un derecho de reembolso frente a este que no es lo mismo[75]. Es más, sostienen que la subrogación legal no tiene sentido adicional para el asegurador porque, entre otras cosas, el crédito del comprador carecerá de ordinario de un mejor estatus de las garantías adicionales de las que se pudiera aprovechar el asegurador[76]. Y, por último, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 43 de la LCS, el comprador asegurado no tiene acción contra nadie, porque no ha existido «daño material y porque la resolución del contrato con el promotor le priva de los derechos contractuales adicionales contra este, por lo que no queda nada en lo que el asegurador pudiera subrogarse[77].

Otra novedad, es la recogida en el apartado siguiente del texto reformado «En el caso de que la entidad aseguradora hubiese satisfecho la indemnización

al asegurado como consecuencia del siniestro cubierto por el contrato de seguro, el promotor no podrá enajenar la vivienda sin haber resarcido previamente a la entidad aseguradora por la cantidad indemnizada». Es evidente que de nuevo el legislador quiere proteger a las entidades aseguradoras, hasta el punto que no se sabe cómo pretende que se lleve a cabo la citada norma, y entre otras cosas porque deja muchas cuestiones en el aire (CARRASCO PERERA, 2015, 5) como ¿si se trata de una prohibición legal de disponer?, ¿Si requiere constancia en el Registro de la Propiedad?, ¿Si es oponible frente a un comprador de buena fe?, ¿Y por qué no ha de poder enajenarlo, si a la entidad aseguradora le basta para asegurarse su vía de regreso una anotación de embargo? Lo que sí está claro es que con estas limitaciones se pone freno a la especulación de viviendas.

Finalmente ha quedado zanjado, aunque no de una manera expresa, el plazo prescripción del ejercicio de la acción. Un amplio sector doctrinal y jurisprudencial[78] venía aplicando el plazo de prescripción de 15 años de las acciones personales del artículo 1964 del Código Civil, al no considerar al adquirente de vivienda en la condición de asegurado[79]; ahora el nuevo texto normativo establece «que a todo lo no específicamente dispuesto, le será de aplicación la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro», donde el plazo de prescripción es de dos años, despejando las múltiples interpretaciones judiciales. La reducción del plazo a dos años, si bien cohonesta con la LCS, es un retroceso en la protección de los compradores que anticiparon cantidades a cuenta del precio en la compra de vivienda, tal y como venían concediendo nuestros Tribunales esa constante *interpretatio pro consumatoren* de la Ley 57/1968.

2. El aval solidario como garantía de la devolución de las cantidades a cuenta del precio en la compra de viviendas en la LOSSEAR

El aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega establecida es la segunda modalidad de garantía desarrollada por la LOSSEAR[80]. En relación con esta garantía es donde el legislador ha creado mayor confusión al establecer una regulación divergente si la comparamos con la del seguro de caución. No somos capaces de determinar si ha sido puro despiste en la prontitud de la redacción de la norma o por dar un trato de favor a las entidades de crédito. Lo que sí podemos afirmar es que el legislador no ha sido especialmente cuidadoso en su desarrollo normativo.

Para que el aval pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas «deberá emitirse y mantenerse en vigor por la entidad de crédito, por la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente, incluidos los impuestos aplicables, incre-

mentada en el interés del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor» [apart. Dos, 2, a) de la disposición adicional primera de la LOE. LOSSEAR].

En primer lugar, queda claro que partimos de la premisa de que si las garantías de cantidades adelantadas las presta una entidad de crédito, el aval comprenderá todas las cantidades que «deban anticiparse hasta la entrega», por lo que se desprende que el aval no tiene que ser actualizado a medida que se realicen los sucesivos pagos aplazados. Sin embargo, atendiendo al párrafo final del apartado tres de la norma entendemos que el aval ha de ser igualmente individualizado para cada adquirente por las cantidades por él adelantadas, sin que sea suficiente el aval general o la línea de avales que hasta ahora la jurisprudencia venía admitiendo como garantía suficiente para la devolución de las cantidades; concretamente, la norma establece que «En el momento del otorgamiento del contrato de compraventa, el promotor incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, hará entrega al adquirente del documento que acredite la garantía, referida en individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio». Esta precisión nueva pudo mejorarse si se hubiese añadido que «la no entrega del documento facultará al comprador para la resolución del contrato», tal y como lo viene afirmado la doctrina del TS. Si bien, respecto del aval, a diferencia del seguro, como vimos con anterioridad, no se dice que el avalista no desembolsará cantidad que no estuviese debidamente acreditada.

Encontramos una incoherencia interna en la Ley cuando establece que el aval deberá emitirse y mantenerse en vigor por la entidad de crédito «hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda del promotor», mientras que para el seguro exige al promotor el pago de la prima «por todo el periodo del seguro hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente» [apartad. Dos, 2, c) de la disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR)]; incoherencia que se debe resolver según lo establecido para el seguro de caución, teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 5 en relación a la cancelación de las garantías que establece que «Expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten para la ocupación de la vivienda por el órgano administrativo competente y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente, se cancelarán las garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista…».

El texto normativo continua afirmando que en caso de que la construcción no dé comienzo o no llegue a buen fin en el plazo convenido, el beneficiario, previo requerimiento fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades anticipadas —incluidos los impuestos e intereses legales—, en el plazo de treinta días podrá dirigirse contra el avalista para el abono de dichas cantidades. Al igual que dijimos respecto del seguro, es positivo que el legislador

haya establecido un plazo para poder dirigirse contra el avalista. Si bien, no deja de ser sorprendente que el legislador desconozca el funcionamiento de las obligaciones solidarias, la diferencia entre la fianza solidaria, el aval a primer requerimiento y el aval solidario[81]. Hasta ahora se ha sostenido que la garantía es autónoma respecto del contrato principal, y que por ese motivo el garante no puede oponer las excepciones del artículo 1853 del Código Civil[82]. Sin embargo, a pesar de ser garantías autónomas, son solidarias y no subsidiarias, por lo que entiendo que no debería requerirse de manera fehaciente al promotor antes de poder dirigirse contra el avalista, pues se está contraviniendo todo el régimen normativo de las obligaciones solidarias y de la fianza solidaria de nuestro Ordenamiento jurídico[83].

Finalmente, y en relación con la ejecución de la garantía, el apartado cuarto de la nueva Disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR), norma común para el seguro y el aval, se establece que si se concede prórroga al promotor, esta «se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda». Creo que hubiese sido más acertado añadir que «debe entregarse nueva garantía con nueva fecha, "bajo sanción de resolución"»[84].

Termina el texto normativo señalando sobre el aval que este se extinguirá pasados dos años desde el incumplimiento del promotor sin que el adquirente le haya requerido «para la rescisión del contrato», plazo que a diferencia del seguro es de caducidad. Si bien, aunque sorprende que para el seguro sea de prescripción y para el aval de caducidad, entiendo que es un plazo equilibrado si tenemos en cuenta la buena fe del comprador que se ha debatido también jurisprudencialmente[85].

Por último, no dice nada la norma sobre qué ocurre con el aval si se concede prórroga del contrato de compraventa, si arrastra o no al aval. Considero que se debe aplicar lo mismo que se ha sostenido respecto del seguro, así como toda la doctrina jurisprudencial en torno al artículo 1851 del Código Civil; es decir, la prórroga del contrato debería arrastrar la prórroga al aval, o si no, como he dicho en el párrafo anterior, hubiese sido más acertado exigir nueva garantía con sanción de resolución.

IV. CONCLUSIONES

I. La nueva regulación de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio en la adquisición de viviendas, en la redacción dada a la disposición adicional primera de la LOE por la LOSSEAR no viene a mejorar la posición de los compradores respecto de los garantes —Entidades de crédito y Entidades aseguradoras— sino todo lo contrario merma los derechos de compradores-consumidores fortaleciendo la posición de aquellos.

II. La derogada Ley 57/1968, establecía que los derechos que se le otorgaban a los cesionarios, es decir a los compradores de las viviendas en construcción, tenían el carácter de irrenunciables, mientras que en la nueva redacción dada a la disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR), desaparece, lo que resulta inexplicable teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha proclamado hasta la saciedad el carácter de los mismos, protegiendo al consumidor frente a los incumplimientos del promotor o de las entidades garantes.

III. En el nuevo texto normativo el legislador ha querido proteger a las entidades aseguradoras y financieras tras las últimas sentencias de nuestro Alto Tribunal, pues se les venía exigiendo prácticamente una responsabilidad objetiva rayando el principio de seguridad jurídica.

IV. Con la exigencia de la póliza individual emitida por la entidad aseguradora, una vez que ya se ha individualizado el comprador tras la conclusión del contrato de compraventa, se puede afirmar que quiebra la doctrina del TS en la que se establecía que la devolución de las cantidades anticipadas quedaba garantizada desde la constitución de la póliza colectiva. En consecuencia, lo único que conseguirá el legislador con esta reforma es que el adquirente ahora tenga que encargarse de ir actualizando la póliza a medida que ingresa cantidades en la cuenta especial.

V. En cuanto a la extensión de la garantía y las cantidades indemnizables por la entidad aseguradora, la LOSSEAR, en concordancia con la doctrina del TS, establece que la póliza del contrato de seguro comprende todas las cantidades contempladas en el contrato, aun cuando la póliza se emita por cantidad inferior. Si bien, aunque el seguro de caución garantizará todas las cantidades desde la fecha en que la mismas se entreguen, no podemos olvidar que ahora la garantía solo será exigible desde que se obtenga la licencia de edificación por el promotor, lo que pone de manifiesto que la nueva regulación no soluciona las situaciones de inseguridad jurídica a la hora de asegurar las cantidades anticipadas en las fases iniciales de los proyectos.

VI. En relación a las cantidades que serán objeto de devolución por parte de la entidad aseguradora, con la nueva regulación el comprador ha de probar en su reclamación cuáles fueron las cantidades efectivamente adelantadas («en ningún caso serán indemnizables las cantidades que no se acrediten que fueron aportadas por el asegurado»), carga probatoria que de nuevo limita la responsabilidad del garante, puesto que a partir de ahora le corresponde al adquirente de la póliza individual actualizarla cada vez que realiza una nueva aportación.

VII. En torno a la polémica a si la prórroga del contrato de compraventa arrastra la del seguro, haya o no pago de nueva prima, y si es oponible por parte de la aseguradora, el texto no lo exige con carácter imperativo sino dispositivo, por lo que hubiese sido mejor utilizar el verbo «deberá», al estar en consonancia con las obligaciones establecidas en la norma y con el carácter irrenunciable de estos derechos. Asimismo, en el apartado cuarto de la disposición primera de

la LOE (LOSSEAR), relativo a la ejecución de las garantías, debería haberse incluido la obligación de entregar nueva garantía bajo sanción de resolución cuando establece que «…o conceder al promotor prórroga que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda».

VIII. Con la pérdida de la ejecutividad de la póliza o del aval bancario establecida en el párrafo segundo del artículo 3.2.º de la Ley 57/1968, manifestar que el legislador «olvida» una de las ventajas más interesantes que ofrecía al adquirente la anterior regulación de la materia.

IX. En cuanto a las excepciones oponibles por parte de la entidad aseguradora frente al asegurado comprador de la vivienda, la nueva redacción prevé que le corresponde al tomador del seguro (promotor) realizar el pago de la prima por todo el periodo del seguro hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase cooperativa o instrumento jurídico equivalente. Por tanto, el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que le puedan corresponder contra el tomador del seguro, señalando que la falta de pago de la prima por el promotor no será en ningún caso, excepción oponible. Esta nueva regulación es fruto de la doctrina sentada por parte de nuestro TS en relación al carácter autónomo de las garantías y a la no aplicación del artículo 1853 del Código Civil.

X. La reducción del plazo a dos años, de prescripción para el seguro de caución y de caducidad para el aval solidario, si bien cohonesta con la LCS, es un retroceso en la protección de los compradores que anticiparon cantidades a cuenta del precio en la compra de vivienda, tal y como venían concediendo nuestros Tribunales constante *interpretatio pro consumatoren* de la Ley 57/1968.

XI. Respecto de la regulación del aval, encontramos incoherencia interna en la LOSSEAR en cuanto a la vigencia del seguro de caución y del aval, entendiendo que la vigencia de este último debe mantenerse hasta que se expida la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o documento equivalente. Y que al ser el plazo de dos años de caducidad respecto del aval, podrían entenderse un plazo equilibrado teniendo en cuenta la buena fe del comprador, pero qué duda cabe que se perjudica de nuevo al consumidor.

V. BIBLIOGAFÍA

Blog de Notin. Publicado 27 de mayo de 2015. *http://notin.es/el-ts-cambia-su -interpretación-de- art-3-ley-57/1968 -resolución-de-la-CV-de-vivienda-por-mero-retraso-en-su entrega*.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1995). Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción, *Derecho privado y Constitución*, núm. 6, 9-42.

CASADO CASADO, B. (2016). Percepción de cantidades a cuenta en la compravena de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía, *Indret, (Revista para el análisis del Derecho)*, 1-22.

CARRASCO PERERA, A. (2015). Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades anticipadas en la compra de vivienda, http//www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2015/24/pdf.

CARRACO PERERA, A., y ALMARCHA JAIME, J. (2016). El nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (LOSSEAR), *Análisis GA&P*, 1-8.

CARRIÓN, S. (2000). Apuntes doctrinales en torno a la subrogación del deudor solidario, *Homenaje al Prof. Bernardo Moreno Quesada,* ed. Universidad de Almería, vol. I, 311-360.

DE CASTRO, M. L. (2016). Costaluz Lawyers. https://static.comunicae.com/files/notas/2016/04/1143704/1461257351_NOTA_DE_PRENSA_LEY_57_1968_SUPREME_COURT_APRIL_2016.pdf.

DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2015). Cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción, *Revista Doctrinal Aranzadi, Civil-mercantil,* núm. 9, 1-7.

EMBRID IRUJO, J. M., (1992). Aval, fianza y seguro de caución. Comentario a la STS (Sala Primera) de 30 de julio de 1991», *Diario La Ley,* tomo I, Leydigital360, *La Ley* 177737/2001, 1-4.

ESTRUCH ESTRUCH, J. (2009). Compraventa de viviendas en construcción, cantidades anticipadas y resolución del contrato; *Diario La Ley,* núm. 7210, 1-15.

FERNÁNDEZ MANZANO Y RUIZ ECHAURI, *Comentarios a la LOSSEAR,* 2015.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2015). Los intereses en la restitución de anticipos en el sistema protector del adquirente de vivienda sobre plano. De la Ley 57/1968 en la Ley de Ordenación de la Edificación reformada por la Ley 20/2015, en *RDP*, 23-74.

GARCÍA ABURUZA, M.ª P. (2016). Sobre cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas: la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2016, *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm 1, 1-9.

GUALDE CAPÓ, P., y MONTES JIMÉNEZ, M. (2015). La limitación de la responsabilidad de las entidades financieras ante el incumplimiento de la promotora en atención a la Ley 57/1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción de viviendas y venta de viviendas. Comentario a la Sentencia 279/2014 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Undécima, de fecha 23 de julio de 2014, confirmatoria de la Sentencia 5/2014 del Juzgado de Primera Instancia num. 5, Valencia, de fecha 14 de enero de 2014, en *Práctica contenciosa para Abogados, La Ley 4056/2015,* 1-9.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID. NORMATIVA. (2017). *Recopilación de criterios de admisión de la Sala en los recursos por Interés casacional: Interés casacional y Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*. Madrid, 1-8.

LÓPEZ SAN LUIS, R. (2000). Principio de accesoriedad en la fianza solidaria, *Homenaje al Prof. Bernardo Moreno Quesada*, ed. Universidad de Almería, vol. II, 987-1007.

MALDONADO MOLINA, F. J. (2011). Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la compraventa de

viviendas, en *Revista de la Asociación Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros»* núm. 27, 10-24.

MARÍ FARINÓS, J., y MUÑOZ PÉREZ, D. (2017). Regulación y jurisprudencia en materia de percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción y su devolución, *AC,* núm. 2, La Ley digital 360, *La Ley 1224/2017,* 1-9.

MARTINEZ CATALÁ, R. (2015). *Cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas,* Tesis doctoral, 3-511.

MONDEJAR PEÑA, M. I. (2007). El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas, *RJUAM,* núm. 16, 209-221.

MONSERRAT VALERO, A. (2017). *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*. Ed. Thomson Reuters. Aranzadi.

PÉREZ VELASCO, J. R. (2014). Responsabilidad de la entidad financiera por incumplimiento de la Ley 57/68 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas; Sala&Abogados, blog.

PEREZ VEGA, A. (2016). Algunas consideraciones tras la reforma legal en sede de la obligación del promotor de garantizar las cantidades entregadas a cuenta del precio para la compraventa de vivienda, *RDP*, 1-15.

RAMÓN Y CAJAL ABOGADOS (2016). Newsletter. Garantías sobre las cantidades a cuenta del precio durante la construcción de viviendas, 1-4.

RUBIO TORRANO, E. (2017). Anulabilidad de compraventa de vivienda futura por error en el consentimiento con ocultación de vicios urbanísticos, *Revista Doctrinal, Aranzadi Civil-mercantil*, 1-3.

SALAS CARCELLER, A. (2016). Garantía de devolución de las cantidades anticipadas por el comprador en la compraventa de viviendas, *Revista Aranzadi doctrinal,* núm, 6, 1-4.

SANZ ACOSTA, L. (2013). Calificación del seguro de caución sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción de la Ley 57/1968. Análisis de la STS de 13 de septiembre de 2013, *Actualidad Civil,* núm. 12, tomo 2, 1461, La Ley digital 360, *La Ley 87/2013,* 1-3.

SAN ACOSTA, L. (2014). Naturaleza autónoma del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968, para garantizar las cantidades anticipadas en la compra-venta de vivienda futura. A propósito de la STS de 7 de mayo de 2014, *Actualidad Civil,* núm. 10, La Ley digital 360, *La Ley 5736/2*.

Sala&abogados en blog: Responsabilidad de la entidad financiera por incumplimiento de la Ley 57/68 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (2014). *014,* 1-5.

SILLERO CROVETO, B. (2016). La protección del comprador de vivienda. Ley 57/1968 versus disposición adicional primera LOE, vol. III, núm 3, 51.

TIRADO SUÁREZ, F. J. (2016). Estudios sobre el carácter ejecutivo de la póliza de seguros de caución de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas, *RGD,* núm. 504, 3871-38887.

VARAS, L. (2016). Protección de los consumidores, *AC*, núm. 10, Sección Protección de los consumidores, 1.26.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (2013). ¿Qué cubren en realidad los seguros de caución para la construcción en las cooperativas de viviendas?, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil* y Seguros, núm. 49, 2014, 25-36.

VI. JURISPRUDENCIA

- STS de 8 de marzo de 2001
- STS de 25 de octubre de 2011
- STS de 10 de diciembre de 2012
- STS de 5 de febrero de 2013
- STS de 11 de abril de 2013
- STS de 3 de julio de 2013
- STS de 19 de julio de 2013
- STS de 13 de septiembre de 2013
- STS de 6 de enero de 2014
- STS de 13 de enero de 2014
- STS de 16 de enero de 2014
- STS de 20 de enero de 2014
- STS de 29 de enero de 2014
- STS de 3 de marzo de 2014
- STS de 30 de abril de 2014
- STS de 7 de mayo de 2014
- STS de 23 de mayo de 2014
- STS de 25 de noviembre de 2014
- STS de 16 de enero de 2015
- STS de 20 de enero de 2015.
- STS de 23 de marzo de 2015
- STS de 22 de abril de 2015
- STS de 18 de junio de 2015
- STS de 23 de julio de 2015
- STS de 9 de septiembre de 2015
- STS de 15 de septiembre de 2015
- STS de 23 de septiembre de 2015
- STS de 19 de octubre de 2015
- STS de 21 de diciembre de 2015
- STS de 30 de diciembre de 2015
- STS de 3 de marzo de 2016
- STS de 9 de marzo de 2016
- STS de 17 de marzo de 2016
- STS de 8 de abril de 2016
- STS de 22 abril de 2016
- TS (Auto) 25 de abril de 2016
- STS de 4 de mayo de 2016
- STS de 29 de junio de 2016
- STS de 12 de septiembre de 2016
- STS de 14 de septiembre de 2016

- STS de 23 de septiembre de 2016
- STS de 24 de octubre de 2016
- STS de 16 de noviembre de 2016
- STS de 21 de diciembre de 2016
- STS de 18 de enero de 2017
- STS de 2 de febrero de 2017
- STS de 8 de febrero de 2017

NOTAS

[1] *BOE,* núm 168, de 15 de julio de 2015. REF. *BOE*-A-2015-7897. Texto consolidado. Última modificación: 2 de octubre de 2015.

[2] Esta reforma opera desde el 1 de enero de 2016, y solo afecta a los expedientes de construcción de viviendas a partir de esa fecha. Desde el año 2008 en España, y debido a la crisis del sector inmobiliario, este ha visto paralizada su expectativa constructiva, por lo que no hemos podido observar cuál es el impacto de la nueva regulación.

[3] Disposición adicional primera de la LOE antes de la reforma por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras: *La percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirán mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarán en el caso de viviendas con las siguientes modificaciones: a) la expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa. b) La garantía que se establece en la citada Ley 57/1968 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en cuenta especial prevista y referida Ley. c) La devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución. d) Las multas por incumplimiento a que se impondrán por las Comunidades Autónomas, en cuantía, por cada infracción, de hasta el 25 por 100 de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o por lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas.*

[4] *BOE*-A-1968-909, de 29 de julio de 1969.

[5] Esta Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas contó con diversas normas de desarrollo como la Orden de 5 de octubre de 1968, sobre propaganda y publicidad de la venta de viviendas que nos sean de protección oficial; la Orden de 29 de noviembre de 1968, reguladora del seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para su construcción; el Decreto 31114/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a las Comunidades y Cooperativas de viviendas; el Decreto 3115/1968, de 12 de diciembre, por el que se fija procedimiento para exceptuar a los organismos de carácter oficial del régimen establecido en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

[6] Sonado fue el caso de la constructora «Construcciones Esperanza, S.L.» en el año 1967, que afectó a 10.615 personas en ámbito territorial muy extenso, implicando a adquirentes de diferentes provincias del territorio nacional *vid*. SILLERO CROVETO, B., La protección del comprador de vivienda. Ley 57/1968 57/1968 *versus* disposición adicional primera LOE, vol. III, núm. 3 (julio-septiembre, 2016), 51; ESTRUCH ESTRUCH, J. (2009) Compraventa de viviendas en construcción, cantidades anticipadas y resolución del contrato; *Diario La Ley,* núm. 7210, 2.

[7] En el artículo 1, se reguló por primera vez la obligación legal de garantizar la percepción de cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas, estableciéndose que: «Las personas físicas o jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretenda obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las siguientes condiciones:

1. Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6 por 100 del interés anual, mediante contrato de seguro otorgado por la Entidad aseguradora inscrita y autorizada por el Registro de la Subdirección General de seguros o por aval solidario, prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros o Caja de ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

2. Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una entidad bancaria o caja de ahorros en las que habrán depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad bancaria o caja de ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a la que se refiere la condición anterior.

Y el artículo 3 de la Ley 57/1968, establecía que:

«Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas por el 6 por 100 de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda.

El contrato de seguro o aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el título XV del Libro II de la LEC, para exigir al asegurado o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores se entiende sin perjuicio de los demás derechos que puedan corresponder al cesionario con arreglo a la legislación vigente».

[8] El Abogado J. DE CASTRO, del Gabinete COSTALUZ LAWYERS afirma que —España es exclusiva entre todos los países de la Unión Europea en cuanto a la existencia de esta Ley que protege las entregas a cuenta de compradores sobre plano. La aplicación que los jueces y tribunales españoles están haciendo de esta Ley está siendo estricta y categórica, hasta las más altas instancias judiciales, el Tribunal Supremo, que está produciendo jurisprudencia cara y contundente a favor del consumidor—. https://static.comunicae.com/files/notas/2016/04/1143704/1461257351_NOTA_DE_PRENSA_LEY_57_1968_SUPREME_COURT_APRIL_2016.pdf

[9] Así lo ha puesto de manifiesto el TS en las Sentencias de 20 de enero de 2015 (Roj. 429/2015) y 30 de abril de 2015 (Roj. 1930/2015).

[10] La disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación (*BOE* de 9 de noviembre de 1999), señaló en relación a la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción que: «a) La expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de vivienda, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa».

[11] GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2016), Los intereses en la restitución de anticipos en el sistema protector del adquirente de vivienda sobre plano. De la Ley 57/1968 en la Ley de Ordenación de la Edificación reformada por la Ley 20/2015, en *RDP,* (noviembre-diciembre, 2015), 32. SILLERO CROVETTO, B. (2016), La protección del comprado de vivienda. Ley 57/1968 *versus* disposición adicional primera de la LOE, *Revista de Derecho civil,* vol. III, núm 3, 57.

[12] PÉREZ VELASCO, J. R. (2014), Responsabilidad de la entidad financiera por incumplimiento de la Ley 57/68 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas; Sala&Abogados, blog.

[13] Con la disposición adicional primera de la LOE, versión original (*BOE* de 6 de noviembre de 1999), se modificó el seis por ciento de interés anual para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido por el interés legal del dinero, tal y como ya venía estableciendo la jurisprudencia.

[14] En este sentido, y ahondando en la esencialidad de la constitución de las garantías por el promotor de las viviendas, la STS de 23 de mayo de 2014 concluye que «el incumplimiento por la sociedad promotora de la obligación de garantizar al comprador las cantidades entregadas anticipadamente en caso de resolución del contrato de compraventa, constituye un incumplimiento de una obligación de la sociedad, que es imputable a los administradores, por negligencia, en el ejercicio de sus funciones en el cargo, actuando como órgano social, que ha producido un daño al comprador que, al optar, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 57/1968, entre la prórroga del contrato o el de la resolución con devolución de las cantidades anticipadas, no puede obtener la satisfacción de esta última pretensión al no hallarse garantizadas las sumas entregadas. Añadiendo que el incumplimiento de una norma sectorial, de *ius cogens*, cuyo cumplimiento se impone como deber del administrador, en tanto que deber de diligencia, se conecta con el ámbito de sus funciones (arts. 225, 226, 236 y 241 LSC), por lo que le es directamente imputable» *(RJ* 2014, 2943).

[15] MARÍ FARINÓS, J., y MUÑOZ PÉREZ, D. (2017), Regulación y jurisprudencia en materia de percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción y su devolución, *AC,* núm. 2, La Ley digital 360, La Ley 2017, 1224, 4 y 5.

[16] MONDEJAR PEÑA, M.ª I. (2007), 212. Al respecto pueden verse las SSTS de 7 de junio de 1983 *(RJ* 1983, 3450), 25 de octubre de 1985 *(RJ* 1985, 4961); 23 de marzo de 1990 *(RJ* 1990, 1720), 30 de diciembre de 1998, 9984).

[17] PÉREZ VELASCO, J. R. (2000), 3, En cuanto a la exigencia de cuenta especial y la relevancia que ha de darse a su omisión, la jurisprudencia de la Sala Primera (SSTS de 13 de enero de 2015, Roj. 275/2015 y 30 de abril de 2015, Roj: 1930), ha concluido que «La ley impone al promotor la obligación de depositar en una cuenta especial, al efecto designada, pero nunca impone dicha obligación al comprador (…). El hecho de no haber ingresado el comprador las cantidades anticipadas en la cuenta especial no excluye la cobertura del seguro, dado que es una obligación que legalmente se impone al vendedor, siendo irrenunciables el derecho del comprador a que las cantidades ingresadas en esa cuenta especial queden así aseguradas, por lo que no puede establecerse la póliza el desplazamiento al comprador de una obligación que solo corresponde al vendedor de acuerdo con la Ley 57/1968, dada la irrenunciabilidad mencionada, de lo que se deduce que no cabe entender excluida la cobertura del seguro».

[18] STS 733/2015, de 21 de diciembre (rec. 2470/2012). Esta sentencia ha sido ratificada por STS Pleno 789/2014, de 30 de abril de 2015(rec. 520/2013), STS 142/2016, de 9 de marzo (rec. 2648/2013); STS 174/2016, de 17 de mayo (rec. 2695/2013); STS 226/2016, de 8 de abril (rec. 2750/2013).

[19] STS Pleno 781/2014, de 16 de enero (rec. 2336/2013).

[20] La STS 212/2001, de 8 de marzo, establece que «La obligación de depositar las cantidades entregadas en cuenta especial no es del comprador sino del promotor. Finalidad tuitiva y carácter imperativo del artículo 1 de la Ley 57/1968 respecto de las cantidades entregadas con independencia de su ingreso en cuenta especial de la entidad». En el mismo sentido, STS Pleno 779/2014, de 13 de abril (rec. 520/2013), STS 780/2014, de 30 de abril (rec. 520/2013), STS 733/2015, de 21 de diciembre (rec 2470/2012).

[21] STS de 3 de julio de 2013 *(RJ* 2013, 5913); STS de 7 de mayo de 2014 *(RJ* 2014, 3126); STS de 13 de enero de 2015 *(RJ* 2015, 353).

[22] GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2015), 34.

[23] CASADO CASADO (2016), 10; y, SALAS CARCELLER, A. (2016), Garantía de devolución de las cantidades anticipadas por el comprador en la compra-venta de viviendas, *Revista Aranzadi doctrinal,* núm, 6, 1-4.

[24] En este sentido CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. N., citados por MARTÍNEZ CATALÁ, R., exponen que «No importa la razón por la que el promotor no ha cumplido su obligación de entrega, pues en cualquier caso puede el adquirente resolver por esta causa. Los aseguradores o fiadores no pueden alegar la concurrencia de caso fortuito que imposibilite el cumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda, pues no es esta la obligación cuyo cumplimiento garantiza, sino la de devolver dinero, que, como tal, no está sujeta a las causas de exoneración de los artículos 1182 y 1184 del Código Civil», en *Cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas,* (Tesis doctoral), 2015, 275-276.

[25] En este sentido la Audiencia Provincial de Burgos (sección 3.ª), núm. 13/2014 de 15 de enero *JUR* 2014, 440677, reiterando lo expuesto en la sección segunda de la misma Audiencia Provincial en las Sentencias de 20 de junio y 25 de octubre de 2012 la «responsabilidad se atribuye necesariamente por la mera apertura de la cuenta sin aval, pues la responsabilidad (refiriéndose a la entidad de crédito) surgirá cuando el comprador quiera que le devuelvan su dinero. Pero si, ejercitado por el comprador su derecho a la devolución, esta no puede hacerse por falta de garantía, habrá de responder la entidad bancaria en la que se hizo el ingreso. Por eso es posible abrir sin aval la cuenta donde se ingresan los anticipos, pero será a riesgo de la entidad financiera lo que significa la frase "bajo su responsabilidad".

[26] Interesante el comentario disidente a la STS (Pleno Sala Primea) de 13 de septiembre de 2013 realizado por YZQUIERDO TOLSADA (2013) en el que realiza un estudio sobre el funcionamiento de los Seguros de Tramo I y II (art. 68 LCS), así como su diferencia con las póliza individuales de los seguros de afianzamientos de la Ley 57/1968; sostiene que el Alto Tribunal se equivoca al sentar una doctrina con un marcado carácter expansivo y que no se puede obligar a un asegurador a atender un tipo de siniestro diferente a aquel para el que fue concebido y contratado haciéndolos instrumentos de ingeniería social, de redistribución de las rentas o de pura justicia distributiva, 28.

[27] CARRASCO PERERA, A., y ALMARCHA JAIME (2016), El nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR), 2; SILLERO CROVETTO, B., (2016), 54 y 55.

[28] FERNÁNDEZ MANZANO Y RUIZ ECHAURI, (2015), consideran que «seguiremos con una gran inseguridad jurídica hasta el momento en que se obtenga la licencia de edificación, lo que puede repercutir en una falta de oferta de estos productos en el mercado, en la consiguiente fase de competencia y en una elevación de precios que finalmente redundará en perjuicio de los adquirentes de viviendas que es precisamente a quienes se trata de proteger», en *Comentarios a la LOSSEAR,* 107 citado por SILLERO CROVERO, *op. cit.,* 76 y 77.

[29] STS de 8 de agosto de 2001 (Roj: 1843/2001) afirma que «La motivación esencial y social de la Ley 27 de julio de 1968 es la protección de la persona que ha puesto en juego sumas de dinero para la compra de una vivienda bien generalmente esencial para la vida—, que está en fase de planificación o construcción. Por ello, para su aplicación, únicamente se exige como condición indispensable, que se hayan entregado sumas determinadas en concreto y que la construcción de la vivienda no se inició o no se concluyó, siendo accesorias y propias de dilucidar las otras cuestiones del constructor…».

[30] Blog de Notin. Publicado 27 de mayo de 2015. *http://notin.es/el-ts-cambia-su-interpretación-de-art-3-ley-57/1968-resolución-de-la-CV-de-vivienda-por-mero-retraso-en-su entrega.*

[31] En este sentido las SSTS de 19 de julio de 2013 (Roj. 4423/2013), 5 de mayo de 2014 (Roj. 2038/2014) y 19 de diciembre de 2014 (Roj.5377/2014).

[32] Expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculte para la ocupación de la vivienda por el órgano administrativo competente y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente, se cancelarán las

garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista. Cumplidas las condiciones anteriores, se producirá igual efecto si el adquirente rehusara recibir la vivienda…

[33] ESTRUCH ESTRUCH, J. (2009), Compra-venta de vivienda en construcción, cantidades anticipadas del contrato, *Diario la Ley*, 5.

[34] Roj. 1051/2013.

[35] Tal y como afirma el STS de 21 de julio de 2014. Doctrina repetida en las sentencias de 28 de mayo de 2014, y más recientemente en la STS de 9 de marzo de 2016 (Roj. 976/2016), en la que «la vivienda se encontraba terminada cuando el comprador fue requerido para otorgar la escritura, pero sin embargo no en disposición administrativa de ser entregada, y ello no por deficiencias de habitabilidad sino urbanísticas (…)».

[36] SILLERO CROVETTO (2016), 60 y 61.

[37] ESTRUCH ESTRUCH, J (2009), 11 afirma que con independencia de las consecuencias que dicho incumplimiento del promotor-vendedor pueda producir en el ámbito administrativo o penal, también podrá producir alguna consecuencia en el ámbito civil, en relación con el contrato de compraventa de vivienda que ha celebrado con el comprador que anticipó las cantidades. Nos encontramos ante un contrato, el de compraventa, con obligaciones recíprocas para las partes contratantes, independientemente entre sí, y, por lo tanto, respecto del que puede ser aplicada la excepción de contrato incumplido (*exceptio non adimpleti contractus),* p. 11.

[38] Las STS de 15 de noviembre de 1999 (La Ley 2000, 4235); SAP de Málaga de 24 de enero de 2008 (La Ley 2008, 99111); SAP de Granada de 17 de febrero de 2006 (La Ley 2006, 49641); SAP de Pontevedra de 7 de noviembre de 2008 (La Ley 2827262).

[39] *RJ* 2013, 3490. En el mismo sentido SSTS de 25 de octubre de 2011 *(RJ* 2012, 433), 10 de diciembre de 2012 *(RJ* 2013, 914), 11 de abril de 2013 *(RJ* 2013, 3490), 19 de julio de 2013 (Roj. 2013, 4423) 7 de mayo de 2014 *(RJ* 2014, 3126), STS 25/2013, de 5 de febrero (rec. 1410/2010), STS 221/2013, de 11 de abril (rec. 1637/2010), STS 40/2014, de 29 de enero (rec. 1563/2011), STS Pleno 218/2014, de 7 de mayo (rec. 828/2012), STS 759/2014, de 6 de enero (rec. 3212/2012), STS Pleno 778/2014, de 20 de enero (rec 196/2013), STS Pleno 780/2014, de 30 de abril (rec. 520/2013), STS 501, de 15 de septiembre (rec 152/2013).

[40] El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para los promotores constituye una modalidad del seguro de caución, en la que el tomador del seguro es la persona física o jurídica que realiza una promoción de viviendas, y los asegurados son los compradores de dichas viviendas. De conformidad con el artículo 68 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contratos de Seguro, por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato y que todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro; véase a MONDÉJAR PEÑA, M. I., El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas, *RJUAM,* (2007-II), núm. 16, 216 y 217.

[41] *RJ* 2015, 4020.

[42] En el mismos sentido véase el Comentario a la Sentencia 279/2014 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Undécima, de fecha 23 de julio de 2014, confirmatoria de la Sentencia 5/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valencia de fecha 14 de enero de 2014, realizado por GUALDE CAPÓ, P., y MONTES JIMÉNEZ, M. (2015), La limitación de responsabilidad de las entidades financieras ante el incumplimiento de la promotora en atención a la Ley 57/1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en *Práctica contenciosa para abogados,* ed. La Ley, 1-9.

[43] En el mismo sentido las SSTS de 24 de octubre de 2016 *(RJ* 2016, 4971), 16 de noviembre de 2016 (Roj: STS 5104/2016), 21 de diciembre 2016 *(RJ* 2016, 5919); Auto del TS de 23 de abril de 2016 *(JUR* 2016, 96413), STS 360/2016 de 1 de junio; STS 706/2011 de 25 de octubre; STS 436/2016 de 29 de junio; SAP Cádiz de 9 de septiembre de 2015 *(JUR* 2015, 258500).

[44] La Orden de 29 de noviembre de 1968 sobre seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas, diseño lo que entonces se llamó «seguro de afianzamiento», y hoy conocemos como seguro de caución bajo la forma de seguro colectivo, en el que el grupo asegurado es el «conjunto constituido por los aseguradores adquirentes de una determinada finca o de una unidad orgánica de viviendas (art. 2 *in fine*). Y lo que generalmente se conoce en los seguros colectivos o de grupo como certificado individual, que la Orden de 1968 lo llamó de manera equívoca «Póliza individual», aunque en la práctica en algunos contratos de seguro de afianzamiento se utilizan las expresiones «certificado individual» y «Póliza colectiva»; de este modo la Orden, actualmente derogada, acogía un sistema que se ha dado en llamar «sistema de doble póliza»: «Póliza colectiva» suscrita por el tomador (promotor, vendedor o cedente), y «Póliza individual», suscrita por el asegurado (adquirente o cesionario).

[45] Igualmente CASADO CASADO, B. (2016), 7.

[46] En este sentido se ha pronunciado CARRASCO PERERA, A. (2015), afirmando que «los proponentes deben sentirse muy satisfechos —presumiendo que la cosa no sea más que cinismo— por haber suprimido la póliza global de caución y exigido en su lugar que la aseguradora emita pólizas individuales, una por cada adquirente. Varias veces enfatizan la conquista en la motivación de la Enmienda, según se dice, los consumidores de vivienda estaban "desprotegidos", con la normativa y *praxis* actual». Pero se trata de una sandez, presupuesto, como digo, que no se limite a ser un ejercicio de cinismo. Una vez más la jurisprudencia, que los proponentes ignoran, en el mejor de los casos, ha negado la virtualidad de la exigencia de pólizas individuales, a pesar de los textos normativos previgentes. Una vez que los particulares han hecho los pagos, y el promotor había concertado la póliza global, ya no solo se exigía de hecho más, y no se cargaba sobre las espaldas del comprador seguimiento y control de pólizas individuales que tendrían que actualizarse sucesivamente a medida que se hicieran pagos. Es asombroso además la inconcreción en que queda el extremo fundamental de si la póliza individual debe actualizarse a medida en que realizan los pagos («la suma asegurada incluirá la cuantía total de las cantidades previstas anticipadas») o si se garantiza en abstracto la cantidad contratada, pero el comprador ha de probar en su reclamación cuáles fueron las cantidades efectivamente adelantadas («en ningún caso será indemnizables las cantidades que no se acrediten que fueron aportadas por el asegurado»); en Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades adelantadas en la compra de vivienda, en *Centro de Estudios de Consumo;* http//.www.uckm.es./centro/cesco/pdf/noticias/2015/24/PDF.

[47] La Orden de 29 de noviembre de 1968, actualmente derogada, obligaba a las entidades aseguradas que practicasen este seguro de caución o de afianzamiento a hacerlo en la modalidad de seguro colectivo o de grupo y cuya cobertura —documentada en el correspondiente certificado individual— estaba supeditado a que el tomador del seguro colectivo comunicase al asegurador la celebración del contrato y las cantidades anticipadas; disponiendo la Orden que a medida que los asegurados vayan quedando incorporados al contrato se deben extender las respectivas pólizas individuales de seguro, que han de reproducir las estipulaciones contenidas en el contrato colectivo (art. 5).

[48] MALDONADO MOLINA, F. J. (2011), Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas, en *Revista de la Asociación Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros»,* núm. 27, 11.

[49] La STS de 23 de septiembre 2015 (Roj. 3870/2015), en atención a la finalidad tuitiva de la Ley 57/1968, recientemente resaltada por la Sala, que exige el aseguramiento o afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta y a que se ha convenido una garantía colectiva para cubrir las eventuales obligaciones de devolución de la promotora de las cantidades percibidas de forma adelantada de los compradores, cuya copia ha sido entregada junto con los contratos de compraventa, es posible entender cubierto el riesgo, sin que antes se haya emitido un aval, respecto de lo que no tiene responsabilidad el comprador. No debe pesar sobre el comprador que ha entregado cantidades a cuenta la actuación gravemente negligente o dolosa del promotor que deja de requerir los certificados o avales individuales.

Por ello, podemos entender en estos casos que i) al concertar el seguro o aval colectivo la promotora y la percepción de las correspondientes primas, la entidad aseguradora o avalista pasa a cubrir la eventualidad garantizada, que es la obligación de restitución de las cantidades percibidas junto con los intereses previstos en la norma legal, referidas a la promoción o construcción a la que se refería la garantía, ii) la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales por la entidad aseguradora o avalista a favor de cada uno de los compradores legitima a estos para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva, conforme al artículo 3 Ley 57/1968; y iii) la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado a esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva».

[50] La versión original del último apartado del artículo 2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, establecía que «En el momento del otorgamiento del contrato el cedente hará entrega al cesionario del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio».

[51] Sobre el tema véase MONDÉJAR PEÑA, M.I. (2007), 213.

[52] MALDONADO MOLINA, F. J. (2011), 12.

[53] MONDÉJAR PEÑA. M. I. (2007), 217; YZQUIERDO TOLSADA, M. (2013), ¿Qué cubren en realidad los seguros de caución para la construcción en las cooperativas de viviendas), un comentario disidente a la Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno Sala), de 13 de septiembre de 2013, 34 y 35.

[54] Entre ellos destacamos a ESTRUCH «únicamente estarán garantizadas la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores cuando la compañía de seguro haya emitido la correspondiente póliza individual respecto de cada uno de ellos»; CAMACHO DE LOS RÍOS, en relación a la no emisión de certificados individuales afirma que «sería más difícil sostener que los cesionarios quedan cubiertos por las existencias de la póliza colectiva —previa siempre a los certificados individuales— pues tal posibilidad choca además con lo establecido en la legislación específica de este seguro, con los elementos esenciales del contrato de seguro: bilateralidad, deber de comunicación del riesgo, importe de la prima, pago de la prima… etc. En especial, con el hecho fundamental de que el asegurador no conoce la entidad del riesgo ni su importe económico»; LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, «difícilmente se puede admitir que dicha póliza colectiva pueda servir como título ejecutivo; todos ellos citados por MALDONADO MOLINA, (2011), 19-21.

[55] Lo mismo establecía la Orden 29 de noviembre de 1968 (4. Letra b).

[56] STS de 7 de mayo de 2014 *(RJ* 2014, 3126), «No procede respetar los límites cuantitativos de la póliza del seguro, pues la misma, al constatar se efectuaba al amparo de la Ley 57/1968, que obligaba a garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, no debió contener límites inferiores…La referida limitación cuantitativa, por debajo de las cantidades entregadas, viola el artículo séptimo de la Ley 57/1968 cuando determina la irrenunciabilidad de los derechos de los cesionarios, pues la ley establece un contenido normativo y obligatorio para los avales o seguros, en su caso, que garantizan las cantidades entregadas a cuenta, cuya cobertura no podrá ser inferior a las sumas entregadas por los compradores. En el mismo sentido STS de 30 de abril de 2014 *(RJ* 2015, 2017) y 13 de septiembre de 2013 *(RJ* 2013, 5931) señalando que «En tercer lugar, acerca del importe cubierto por el seguro se ha declarado que comprende todas cantidades entregadas a cuenta del precio; es decir, aunque la póliza del seguro establezca una cantidad máxima inferior, porque en otro caso se infringirían el artículo 2 de la Ley 57/1968 y el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro (STS de 3 de julio de 2013, rec 254/2011); STS 226/2016, de 8 de abril (rec 2750/2013).

[57] Sobre el seguro de caución y los seguros de Tramo I, véase SANZ ACOSTA, L. (2013), Calificación del seguro de caución sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción de la Ley 57/1968. Análisis de la STS de 13 de septiembre de 2013, *Actualidad Civil,* núm. 12, 1461. *La ley digital 360,* (La Ley 2013/8732).

[58] CARRASCO PERERA y ALMACHA J, (2016), 2.

[59] STS de 3 de marzo en 2014 *(RJ* 2014, 1425), «Es cierto que la característica del aval al primer requerimiento, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, es la de dar nacimiento a una obligación de garantía inmediata que pierde su carácter accesorio de la obligación principal (a diferencia de la fianza), en el que obligación del garante es independiente de la obligación del garantizado y del contrato principal (…), de modo que el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma (…). Pero lo anterior no es óbice para que, como se explica en la doctrina, siempre que no se trate de causas de extinción que provengan de la relación de valuta, el garante a primer requerimiento pueda oponerse al pago por las causas de los artículos 1851 y 1852 del Código Civil. Para que no fuera oponible la causa prevista en el artículo 1851 del Código Civil, sería necesario que en el aval a primer requerimiento se hubiera hecho una renuncia expresa a ella, de lo que no queda constancia en el caso (…). Pero esta interpretación, como sostiene por una parte de la doctrina, debe atemperarse en atención del precepto, que puede hallarse en la protección del fiador frente al perjuicio que le pueda deparar la concesión de la prórroga al deudor. Este perjuicio afloraría cuando la prorroga alargara la incertidumbre y con ello empeoraría la situación económica del deudor e hiciera ilusoria la vía de regreso. Por eso en estos casos, el fiador podría liberase de la fianza porque, aun no siéndole oponible la prórroga, le impide una vez pagada la fianza utilizar la subrogación en el derecho del acreedor para ejercer el regreso inmediato contra el deudor. De este modo, como se ha concluido en la doctrina, "el artículo 1851 del Código Civil solo tiene sentido en cuanto que protege la vía subrogatoria, y siempre que esta sea procedente en beneficio del fiador". A la vista de lo expuesto hasta ahora, podemos concluir que en nuestro caso no se cumple el presupuesto que justifica la regla contenida en el artículo 1851. La concesión de un nuevo término para la entrega de las obras cuando la fianza cubre la obligación de pago de la penalidad pactada por cada día de retraso, no perjudica la eventual vía subrogatoria del *solvens,* que en última instancia estaría supeditada al cumplimiento definitivo, sino que, como trata de argumentar la Audiencia, en este caso la prórroga beneficia al fiador, pues, aunque no le vincule la novación, esta aminora el riesgo de tener que pagar la fianza al dejar aplicarse la pena pactada al periodo comprendido entre el 14 de abril de 2008 y el 1 de diciembre de 2008. Sería un contrasentido que la ampliación del plazo de la entrega de la obra que beneficia no solo al deudor sino también al fiador, en cuanto que reduce el riesgo del aparición de la obligación garantizada y no merma la eficacia de una eventual acción subrogatoria en caso de pago de la fianza, una vez constatada la duración del retraso, puede legitimar al fiador para liberase de la fianza».

[60] STS de 3 de marzo de 2014 *(RJ* 2014, 1425).

[61] CASADO CASADO (2016), p. 8; SILLERO CROVETO (2016), 80; CARRASCO PERERA (2015), 3.

[62] La STS de 27 de mayo de 2004 *(RJ* 2004, 4264), señala que incumbe al asegurador probar las circunstancias que hacen nacer el siniestro que da origen a la indemnización.

[63] Sobre las formalidades legales para reclamar la devolución de las cantidades anticipadas al promotor y a la compañía aseguradora véase PÉREZ VEGA, A. (2016) Algunas consideraciones tras la reforma legal en sede de la obligación del promotor de garantizar las cantidades entregadas a cuenta del precio para la compraventa de vivienda, *RDP,* 13.

[64] «El contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el título XV del Libro II de la Ley de Enjuciamiento Civil, para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley».

[65] PÉREZ VEGA, A. (2016), 12.

[66] MARTÍNEZ CATALÁ, R. (2015), 325.

[67] *RJ* 2014, 3126.

[68] *RJ* 2015, 1357.

[69] En el mismo sentido, véase SANZ ACOSTA, L. (2014), Naturaleza autónoma del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968, para garantizar las cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda futura (A Propósito de la STS de 7 de mayo de 2014), *Actualidad Civil,* núm. 10, La Ley digital 360, La Ley 2014/5736.

[70] STS de 7 de mayo de 2014 *(RJ* 2014, 3126), «Examinado por esta Sala, el tenor de los preceptos de la Ley 57/1968 se aprecia que al exigir la misma la constitución del aval, refuerza su función garantizadora al dotar de naturaleza ejecutiva al mismo y no pudiendo olvidar que el hecho de que lo imponga una Ley, le aporta una especial trascendencia hasta el punto de que ello ha contribuido a que esta misma Sala considere, como obligación esencial, su constitución como antes dijimos. Por este reforzamiento de la garantía establece el artículo 1, regla primera de la Ley 57/1968: Que el avalista responderá para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin *por cualquier causa* en el plazo convenido. Cuando el precepto establece que *por cualquier causa* no llegue a buen fin, está estableciendo un claro criterio objetivo en torno a la exigencia del aval, por lo que no podrá oponer los motivos de oposición que pudieran corresponderle al avalado, en base al artículo 1853 del Código Civil. El artículo 1 de la Ley 57/1968 regula la posición del avalista como figura autónoma, por lo que una vez se acredita el incumplimiento tardío de la obligación garantizada por el aval, no podemos entrar en si la demora es excesiva o no, porque nada de ello permite el legislador que se oponga, ya incumplida la obligación de entrega, el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta, debidamente reclamadas». SSTS de 25 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 1357) de 3 de marzo de 2014 *(RJ* 2014, 1425), 19 de octubre de 2015 *(RJ* 2015, 4847), SAP Zaragoza de 24 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 114218); SAP Badajoz de 23 de octubre de 2014 *(JUR* 2015, 1465).

[71] CASADO CASADO (2016), 7; SILLERO CROVETTO (2016), 79; CARRASCO y ALMACHA (2016), 5.

[72] Roj: ATS 238/2017. En el mismo sentido, STS de 8 de febrero de 2017 (Roj: STS 373/2017); STS527/2016, de 12 de septiembre. Sobre esta última se puede ver los comentarios que realizan RUBIO TORRANO, E., (2017), Anulabilidad de compraventa de vivienda futura por error en el consentimiento con ocultación de vicios urbanísticos, *Revista Doctrinal, Aranzadi Civil-mercantil,* núm. 2, 1-3; y, GARCÍA ABURUZA, M.ª P. (2016) Sobre cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas: la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2016, *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 1, 1-9.

[73] STS de 23 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 1158). En el mismo sentido, SSTS de 19 de octubre de 2015 *(RJ* 2015, 4847), 23 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 3513), 4 de mayo de 2016 *(RJ* 2016, 2444).

[74] Fernández Manzano y Ruiz Echauri (Coord.), Comentarios a la LOSSEAR, Hogan, Loveells, Madrid, 2015, citado por SILLERO CROVETTO (2016), 81.

[75] Entre otros, PÉREZ VEGA, A. (2016), 14.

[76] Sobre el derecho de regreso o la subrogación del deudor solidario, veáse CARRIÓN, S. (2000), Apuntes doctrinales en torno a la subrogación del deudor solidario, *Homenaje al Prof. Bernardo Moreno Quesada,* Volumen I, 311-360.

[77] CASADO CASADO (2016), 8; MONDEJAR PEÑA (2007); CARRASCO y ALMACHA (2016), 5.

[78] STS de 16 de enero de 2015 *(RJ* 2015, 278); TS (Auto) 11 de noviembre de 2015 *(JUR* 2015, 271815).

[79] La Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, ha modificado el artículo 1964 reduciendo dicho plazo a 5 años.

[80] MONSERRAT VALERO (2017), es su estudio sobre *El Contrato de Fianza y el aval a primer requerimiento,* analiza el aval como figura distinta de la fianza, señala que en nuestra jurisprudencia encontramos una figura jurídica de garantía, que denominan aval (no es el aval a primer requerimiento), distinta de la fianza. Concretamente la STS de 7 de diciembre de 1968 *(RJ* 1968, 5478) donde se señala que «la doctrina moderna admite el aval, no solo como afianzamiento propio de contrato de cambio, sino en un sentido más amplio, como un contrato

de garantía otorgándole carácter solidario siempre que se contraiga en términos generales y sin consignar expresas limitaciones o excepciones, (Cdo. 9)», 95-96.

[81] Sobre la solidaridad del aval y la fianza solidaria, así como el aval requerimiento, veáse MONSERRAT VALERO (2017), 723-731.

[82] *Vid.* EMBRID IRUJO, J. M. (1992), Aval, fianza y seguro de caución. Comentario a la STS (Sala Primera) de 30 de julio de 1991, *Diario La Ley,* 515. *La Ley digital 360,* La Ley 17737/2001.

[83] *Vid.* LÓPEZ SAN LUIS, R., (2000), Principio de accesoriedad en la Fianza solidaria, *Homenaje al Prof. Bernardo Moreno Quesada,* vol. II, 987-1007; DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2015), sostiene sobre el carácter solidario del aval que se constituyen en garantía de la devolución de las cantidades anticipadas, por aplicación del artículo 1822.2.º del Código Civil, el fiador solidario puede ser demandado directamente por el comprador, con independencia de que no lo sea la promotora afianzada, desaparece la subsidiariedad de una fianza normal», en «cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción»., *Revista Doctrinal Aranzadi, Civil-mercantil,* núm. 9, 5.

[84] CARRASCO PERERA y ALMACHA (2016), considera que «es una exigencia absurda que el promotor deba consentir la prorroga en una cláusula adicional. Es claro que esta exigencia es innecesaria respecto del promotor y del comprador e insuficiente frente al garante, pues será él y no el promotor el que deba consentir la prórroga», 7.

[85] STS de 20 de enero de 2014, *(RJ* 2015, 361).

(Trabajo recibido el 16-5-2017 y aceptado para su publicación el 6-6-2017)

DICTÁMENES Y NOTAS

¿Hacia un Registro Europeo de la Propiedad? La lucha contra el blanqueo de capitales: análisis de la situación vigente y de la propuesta de V Directiva anti-blanqueo desde el punto de vista registral*

Towards an European Real Property Register? Fight against money laundering: analysis of the current situation and of the proposal of V anti money-laundering Directive from a registral perspective

por

FRANCISCO MOLINA BALAGUER
Registrador de la Propiedad
Delegado para la Oficina del Colegio de Registradores en Bruselas

RESUMEN: La lucha contra el blanqueo de capitales y la evasión fiscal está centrando el interés de las instituciones de la Unión Europea, con la propuesta

* Este trabajo tiene como base el presentado en la XXIV Asamblea General de ELRA celebrada en Bruselas el 11 de mayo de 2017, más extendido y más centrado en la particular situación de la lucha contra el blanqueo de capitales desde el punto de vista registral en España. Igualmente bebe de los informes que desde la Vocalía de Relaciones Internacionales del Colegio de Registradores se han elaborado con motivo de la tramitación de la propuesta de Directiva que constituye el objeto de este estudio, y en los que el autor ha colaborado con Nuria RAGA SASTRE y Ana María DEL VALLE HERNÁNDEZ, quienes al tiempo de la redacción ostentan los cargos de Secretaria General de ELRA y Directora del Servicio de Registros Mercantiles del Colegio de Registradores, respectivamente. Y por supuesto, es deudor de la abnegada paciencia de ACS.

de modificación de la Directiva (UE) 2015/849. La que será la V Directiva anti-blanqueo persigue la máxima transparencia posible en las transacciones financieras, lo que comprende tanto la procedencia de los fondos como la determinación de la identidad del beneficiario último de los activos. Esto pasa por la creación de mecanismos que permitan archivar y suministrar información sobre dichos beneficiarios reales, tanto respecto de las personas jurídicas o acuerdos jurídicos de tipo *trust* que intervienen en los diferentes negocios, como respecto de los titulares de todo tipo de activos, incluidos los inmobiliarios. Es por ello que los Registradores tienen en la normativa nacional la consideración de sujetos obligados, con deberes de información, comunicación y de adopción de medidas de diligencia debida. En el presente trabajo pretendemos analizar la situación vigente bajo la IV Directiva, y su implementación en España, así como el nuevo texto presentado por la Comisión y las enmiendas aprobadas por el Parlamento. Entre estas cobra relevancia la introducción de un artículo 32·ter para la creación de registros centrales o sistemas centrales electrónicos de consulta de datos, relativos a los titulares de bienes inmuebles, y que concluye llamando a los Estados a establecer antes del 1 de enero de 2018 un Registro Europeo de la Propiedad sobre la base del Servicio Europeo de Información sobre Propiedad Inmobiliaria (EULIS).

ABSTRACT: The fight against money laundering and tax evasion is focusing the interest of the institutions of the European Union, with the proposal to amend Directive (EU) 2015/849. What will be the 5th anti-money laundering Directive pursues the maximum possible transparency in financial transactions, which includes both the origin of the funds and the identification of the ultimate beneficiary of the assets. This entails the creation of mechanisms to record and provide information on these actual beneficiaries, both with regard to legal persons or legal agreements of trust type that intervene in different businesses, as well as to the holders of all types of assets, including Real estate. That is why the Registrars are considered obliged entities by national regulation, with duties of information, communication and due diligence measures. In this paper we intend to analyze the current situation under the 4th Directive and its implementation in Spain, as well as the new text presented by the Commission and the amendments approved by Parliament. Among these is the introduction of an article 32·b for the creation of «central registries or central electronic data retrieval systems», relative to real estate owners, and which concludes by calling on member States «to establish before January 1, 2018 a European real property register on the basis of the European Property Information Service (EULIS)».

PALABRAS CLAVE: Blanqueo de capitales. Fraude fiscal. Titular real. Sociedades mercantiles. *Trust*. Registro de la Propiedad. Registro Mercantil.

Base de Datos de Titular Real del Notariado. Interconexión. Registro Europeo de la Propiedad.

KEY WORDS: Money laundering. Tax evasion. Beneficial owner. Commercial companies. Trust. Land Registry. Business Registry. Notary Database on Beneficial Owner. Interconnection. European Real Property Register.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL MARCO INTERNACIONAL: 1 LAS RECOMENDACIONES DEL GAFI. 2. LA SITUACIÓN VIGENTE EN EUROPA: LA IV DIRECTIVA 2015/849.—III. LA SITUACIÓN VIGENTE EN ESPAÑA: 1. EL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD Y MERCANTIL ANTE EL BLANQUEO DE CAPITALES. 2. TITULARIDADES SOCIETARIAS. 3. TITULARIDADES FIDUCIARIAS. 4. CONCLUSIONES DE ESTA SECCIÓN.—IV. LA PROPUESTA DE V DIRECTIVA: 1. EL TEXTO DE LA COMISIÓN. 2. LAS ENMIENDAS PARLAMENTARIAS.—V. ESTUDIO PARTICULARIZADO DEL PROPUESTO ARTÍCULO 32·TER: ¿UN *EUROPEAN REAL PROPERTY REGISTER?*—VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Un reciente informe del Parlamento Europeo[1] cifra el impacto económico directo de la evasión fiscal puesto de manifiesto por el caso conocido como «papeles de Panamá» en unos impresionantes 237 mil millones de euros en ingresos tributarios. El mismo informe calcula la repercusión de esas pérdidas impositivas en la no creación de entre un millón y medio y tres millones y medio de puestos de trabajo en el conjunto de la Unión. Y, en cuanto a blanqueo de capitales, la Comisión estimó en 2009[2] que podría alcanzar el 3,6% del PIB mundial, una cifra concorde con las estimaciones del FMI, quien en 1998 la situó entre el 2% y el 5% de dicho PIB. Con datos de 1998, ese 2% del PIB mundial equivaldría al valor de la producción total de la economía española. Queda por tanto clara la repercusión que estas cuestiones tienen para la estabilidad económica de los gobiernos nacionales y de las instituciones de la Unión, así como para la viabilidad y aplicación efectiva de sus políticas concretas, en todos los ámbitos de actuación. La trascendencia de estos temas va por tanto más allá de la libre circulación de personas y capitales o las libertades y facilidades para la inversión, e incluso más allá de la cooperación fiscal o judicial, para alcanzar la médula misma de la defensa de la democracia, la justicia y el Estado de Derecho, como instrumento contra el fraude y la corrupción.

Es por ello que en el momento de redactar estas líneas las instituciones de la Unión están trabajando en varios proyectos en materia de blanqueo de capitales y evasión fiscal. Destacan por un lado, una Propuesta de Directiva del Parlamento

y del Consejo, relativa a la lucha contra el blanqueo de dinero a través de la ley penal, y por otro, la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo para la modificación de la Directiva (UE) 2015/849 sobre prevención del uso del sistema financiero con fines de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (IV Directiva) y para la modificación de la Directiva 2009/101/EC, que es la que va a centrar nuestras reflexiones. En este marco hay que entender también la Directiva 2016/2258 del Consejo, de 6 de diciembre, por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que se refiere al acceso de las autoridades tributarias a información contra el blanqueo de capitales, y la apertura de un procedimiento de cooperación reforzada —en el que toman parte Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, la República Checa y Rumanía— para crear una fiscalía europea que investigue, procese y lleve ante la justicia a los autores de delitos contra los intereses financieros de la Unión. Igualmente se acaba de lanzar un proyecto de Directiva para la Protección de los Intereses Financieros de la Unión, para mejorar la persecución y sanción de delitos de fraude, corrupción o blanqueo de capitales, en cuanto afecten a recursos europeos.

En el marco del Derecho de la Unión, el «blanqueo de capitales» abarca principalmente la conversión y la transferencia de bienes a sabiendas de que dichos bienes proceden de cualquier tipo de actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los mismos o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos (STJUE T187/11, 28 de mayo de 2013, Trabelsi y Lejri *vs* Consejo de la Unión). Nos parece más clara sin embargo la definición aportada por la jurisprudencia española, como «el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con *apariencia de haber sido adquiridos de forma lícita*, por lo que el delito tiende a conseguir que *el sujeto obtenga un título jurídico, aparentemente legal*, sobre bienes procedentes de una actividad delictiva» (STS 265/2015, 29 de abril). Por tanto, el delito de blanqueo se caracteriza por:

- la existencia de un delito base susceptible de producir un beneficio económico, lo que incluiría la elusión del pago de deudas fiscales, según STS 974/2012, de 5 diciembre[3];
- la ocultación de la procedencia delictiva de los activos obtenidos, y de la identidad del autor o autores del ilícito;
- la creación de una apariencia de título legal y legítimo para la tenencia de los activos;
- y el disfrute de los mismos ya en el marco del sistema financiero legal.

En la comisión de un delito de blanqueo de capitales y siguiendo al GAFI, podemos distinguir las siguientes fases, que no tienen porqué seguir un orden y pueden solaparse en el tiempo[4]:

1. La colocación (*placement*) introduciendo los capitales en el sistema financiero legal. En general las entidades financieras deben informar de cualquier operación que presuman relacionada con el blanqueo de capitales o con actividades ilícitas, de conformidad con el principio de «conoce a tu cliente», siendo lícito que el Estado miembro en que una entidad residente en otro Estado miembro desarrolla sus actividades exija a esta cumplir con su normativa específica en la materia, sin perjuicio de las obligaciones que asimismo imponga la normativa del domicilio (STJUE de 25 de abril de 2013, C212/11 Jyske Bank Gibraltar Ltd.). Para introducir los caudales de origen opaco en el sistema financiero se puede acudir a técnicas como el pitufeo/smurfing, fraccionando los caudales en importes pequeños que pueden ser colocados por diferentes agentes, pero también a la compra de instrumentos financieros y de pago (cheques de caja, órdenes de pago, billetes de lotería premiados), o a inyectar el dinero opaco en negocios tapadera en que sea frecuente el pago en metálico —hostelería, pequeño comercio— hinchando los ingresos reales. En este punto la propuesta de V Directiva de la Comisión da cabida a nuevas modalidades de *placement*, como el empleo de sistemas de pago o monedas virtuales, incluyendo entre los sujetos obligados a las plataformas de cambio de monedas virtuales y los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos. El problema subyacente en estos casos es el de la determinación del lugar desde el que operan tales proveedores, y el lugar en el que prestan sus servicios, como determinante de la sujeción a un concreto marco normativo[5];

2. el encubrimiento (*layering*), fase en la que el dinero circula sucesivamente por medio de transacciones financieras, para desvincularlo de su origen, empleando transferencias electrónicas a bancos o sociedades extraterritoriales (*offshore*) situadas en lugares en que el secreto bancario y societario sea lo suficiente como para garantizar que se pierde la trazabilidad del dinero. Para ello se adquieren y transmiten productos de inversión y se realizan transacciones ficticias acudiendo a sociedades creadas *ad hoc* y domiciliadas en paraísos fiscales;

3. integración (*integration*) por la que el dinero vuelve al blanqueador con apariencia de ingreso legal, mediante préstamos simulados desde un centro *offshore*, inversiones desde este en los negocios del blanqueador o en terceras sociedades, y adquisición de diferentes bienes de inversión, cuya titularidad legal generalmente corresponde a una persona jurídica extranjera/*sociedad offshore*, pero cuyo disfrute efectivo/titularidad real lo ostenta el blanqueador.

Se trata, por lo demás, de un comportamiento delictivo extremadamente ágil, en permanente cambio y evolución. No hay una linealidad en las conductas delictivas, y las diferentes modalidades de blanqueo se combinan de forma cada vez más compleja. Frente a ello, los instrumentos normativos, así como los medios personales y materiales desplegados para combatir estas actividades no parecen presentar ni la versatilidad, ni la velocidad de respuesta, que serían necesarias.

La normativa se centra singularmente en la titularidad de los activos financieros, pero los derechos inmobiliarios son y seguirán siendo un activo de inversión esencial que representa por encima del 50% de los activos totales en manos del sector privado no financiero. Es además un activo presente en prácticamente todos los mercados, en los que puede llegar a alcanzar la consideración de motor de la economía. Esto hace del sector inmobiliario un campo especialmente atractivo en la fase de integración del dinero blanqueado, ya que:

1. por un lado, la titularidad de los bienes o derechos permite adoptar estructuras de cierta opacidad, acudiendo a figuras jurídicas, nacionales e internacionales, incluidas modalidades de cotitularidad temporal o espacial, titularidades societarias o de otras personas jurídicas, *trust* y figuras fiduciarias, que pueden elevarse a niveles de complicación notables;

2. la valoración de los inmuebles y de los derechos sobre los mismos tiene un carácter eminentemente subjetivo, ligado a aspectos tanto derivados del propio bien, como de otras circunstancias externas al mismo pero influyentes —ubicación, entorno, servicios disponibles en la zona, etc.— que propician una especulación muy lucrativa; y

3. en general la actividad inmobiliaria, en cuanto a transformación urbana del suelo, va vinculada al poder local, lo que permite al blanqueador establecer lazos estrechos con los poderes políticos, propiciando comportamientos criminales relacionados con la corrupción.

Así lo ha venido a reconocer tanto el GAFI como el Grupo Egmont[6] y Europol al clasificar el inmobiliario como sector de «alto riesgo». Por ello no es de extrañar que la propia Directiva 2015/849 disponga que «los profesionales del Derecho, tal y como hayan sido definidos por los Estados miembros, deben quedar sujetos a la presente Directiva cuando participen en operaciones financieras o empresariales, incluido el asesoramiento fiscal, en las que existe mayor riesgo de que los servicios de dichos profesionales del Derecho se empleen indebidamente a fin de blanquear el producto de actividades delictivas o financiar el terrorismo». Corresponde entonces a la normativa interna de cada Estado miembro incluir como sujetos obligados a estos efectos a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Igualmente, será la norma nacional la que determine el alcance que haya de tener esa obligación de colaboración en el marco de la aplicación de medidas de diligencia debida con respecto a los clientes o usuarios. No podría ser de otro modo, teniendo en cuenta el alcance y contenido de la función registral, tanto en el ámbito mercantil como en el inmobiliario, dispensando publicidad a los actos y negocios en cada caso realizados, y velando por su regularidad formal y material mediante la aplicación rigurosa de los principios de legalidad y tracto sucesivo, que no es otra cosa que asegurar la «trazabilidad» de las titularidades que se fija como objetivo la normativa nacional e internacional. Es más, hemos de recordar que el objetivo del tipo delictivo es la obtención de un título de apariencia legal desvinculado del origen ilícito de los fondos, y que

la finalidad del Registro es, precisamente, crear un título legal sobre derechos inmobiliarios y dotarlos con ello de eficacia *erga omnes*[7].

En general, la lucha contra el blanqueo de capitales en las tres fases descritas es la lucha contra la opacidad, contra la falta de información o la poca fiabilidad de la misma. La propia Comisión, en los considerandos de su propuesta de V Directiva anti blanqueo, pone de manifiesto que el éxito de esta lucha pasa por dotar de transparencia a las transacciones financieras, especialmente en la medida en que «*la interconexión global del sistema financiero facilita la ocultación y el traslado de fondos en todo el mundo, al superponer rápida y sencillamente capa tras capa de empresas pantalla, permitir el cruce de fronteras y jurisdicciones y dificultar cada vez más el rastreo del dinero. Los blanqueadores de capital, evasores fiscales, terroristas, defraudadores y demás delincuentes pueden de tal modo borrar su rastro*.» El empleo de jurisdicciones externas como localización de entidades intermediarias dificulta hasta casi impedir la determinación del verdadero titular de las inversiones que se esconde tras todo un entramado de entidades interpuestas. Se hace en consecuencia necesario «*evitar la ocultación de fondos a gran escala que puede restar eficacia a la lucha contra la delincuencia financiera, y aumentar la transparencia societaria, de modo que los titulares reales de las empresas u otras estructuras jurídicas no puedan esconderse tras identidades no desveladas*».

En esta línea, las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU 2199 (2015) y 2253 (2015) llaman a dificultar el acceso de los grupos terroristas a los mercados financieros, y la declaración de 18 de abril de 2016 del G20 reclama propuestas «*to improve the implementation of the international standards on transparency, including on the availability of beneficial ownership information, and its international exchange*». En definitiva, la Comisión hace suyas las recomendaciones 24 y 25 del GAFI y consiguiente *Immediate Outcome* 5, en la medida que estas requieren a los Estados «*to ensure that competent authorities have timely access to adequate, accurate and up to date beneficial ownership information*».

La exigencia de transparencia en las transacciones financieras se centra en la procedencia de los fondos, y en la titularidad de los activos, de cualquier clase que estos sean. En este punto, como hemos indicado, se puede recurrir a diferentes tipos de estructuras para enmascarar la titularidad real de los bienes y derechos inmobiliarios, que la Comisión engloba bajo las categorías de societarias y fiduciarias. A través de unas y otras, según la GAFI, el Banco Mundial y la UNODC StAR[8], se puede lograr ocultar la identidad de los titulares, el propósito verdadero de los activos y el uso dado a los mismos, mediante alguna de las siguientes técnicas:

- empleo de sociedades instrumentales, de diferentes modalidades:
  - — sociedades pantalla, que desarrollan un objeto lícito durante un tiempo pero en un momento determinado realizan una operación ajena a su

tráfico ordinario y de un inusitado volumen, normalmente para desaparecer a continuación;
— sociedades en cascada, que son sucesivamente socias unas de otras, dificultando la determinación de los beneficiarios últimos;
— sociedades durmientes, que permanecen un largo tiempo sin actividad ni recursos propios, pero repentinamente realizan una operación de importe muy relevante, y normalmente después se disuelven;

- establecimiento de estructuras de propiedad o control complejas, con diferentes niveles de participaciones a favor de personas jurídicas;
- designación ilimitada de personas jurídicas como administradores;
- nombramiento formal de socios y directores, manteniendo oculta la identidad de quien hace ese nombramiento,
- nombramiento informal de aquellos, entre familiares u otras personas próximas;
- utilización de *trusts* y otros acuerdos que permiten separar la titularidad legal de los activos y la percepción del beneficio;
- uso de intermediarios en la creación de personas jurídicas.

A todos estos factores habría que añadir las facilidades existentes para constituir o adquirir sociedades ya constituidas, en plazos realmente breves —de menos de 24 horas— que en la práctica relegan el control de legalidad a fases posteriores y ya en sede judicial[9].

II. EL MARCO INTERNACIONAL

El delito de blanqueo de capitales está en el corazón mismo de las actividades ilícitas de la delincuencia organizada internacional, lo que obliga a asumir que ninguna solución unilateral será mínimamente efectiva, mientras sea posible operar en un determinado ámbito normativo a través de sociedades o *trust* residentes en terceros Estados que ofrecen grandes facilidades para la creación y gestión de personas jurídicas y aplican restricciones al intercambio de información en materia de identificación del titular real, mediante medidas que aseguran la opacidad bancaria y societaria. Se impone, por tanto, alcanzar acuerdos en marcos internacionales. Así, por parte de la ONU la norma básica es la Convención de Palermo contra la delincuencia organizada transnacional de 2000; el Consejo de Europa fue el primero en aprobar un texto sobre la materia, en el caso del Convenio de Estrasburgo sobre el lavado, seguimiento, incautación y decomiso del producto del delito de 1990. La OCDE actúa esencialmente a través del GAFI, siendo la Unión Europea la que más instrumentos ha desarrollado en esta materia.

1. Las recomendaciones del GAFI

A lo largo de las siguientes páginas vamos a hacer referencia en repetidas ocasiones a las recomendaciones del GAFI, que constituyen un estándar mínimo necesario para la lucha contra el blanqueo de capitales. Haremos por tanto un breve repaso de su contenido, para poder verificar hasta qué punto las instituciones europeas y nacionales, y las normas ya aprobadas y ahora propuestas se ajustan a estos requisitos internacionales.

Las 40 recomendaciones del GAFI en materia de prevención del blanqueo de capitales fueron originalmente redactadas en 1990, y han sido revisadas en 1996, 2003, 2015 y 2016. En 2001 se añadieron las recomendaciones especiales en materia de financiación del terrorismo. Cada una de las recomendaciones se acompaña de una extensa nota interpretativa

A nuestros efectos interesa en primer lugar la Recomendación 22.ª, que extiende la aplicación de medidas de diligencia debida, y el mantenimiento de los registros pertinentes, a una serie de actividades y profesiones no financieras, incluidos abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes y contadores, cuando se disponen a realizar o realizan transacciones para sus clientes sobre actividades de compraventa de inmuebles, la administración de contribuciones para la creación, operación o administración de empresas y la creación, operación o administración de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas, y compra y venta de entidades comerciales.

Las medidas de diligencia debida que estos sujetos obligados deben aplicar se concretan en las Recomendaciones 10.ª, 11.ª, 12.ª, 15.ª y 17.ª, y consisten esencialmente en la identificación del cliente y del beneficiario último de la operación, y en la medida de lo posible, determinar el propósito de la misma, y hacer un seguimiento de las relaciones que de ella surjan, además de llevar registros de tales datos. Existen especificaciones concretas aplicables a clientes o actividades singularmente expuestas, relativas a los riesgos que puedan derivar del desarrollo de nuevas tecnologías, productos o prácticas comerciales. Y finalmente se contempla la posibilidad de delegar en terceros la aplicación de las medidas de diligencia debida.

Como hemos ya señalado, un punto esencial del sistema es, precisamente, la identificación del beneficiario final, en la nomenclatura del GAFI, que en la versión española de las Directivas europeas se ha convertido en el titular real —la denominación inglesa como *beneficial owner*, la alemana como *wirtschaftlicher Eigentümer,* o la francesa como *bénéficiaire effectif* parecen más adecuadas— a lo que se consagran las Recomendaciones 24.ª y 25.ª: para evitar el uso de personas jurídicas para el lavado de activos o la financiación del terrorismo, los países procurarán que exista información adecuada, precisa y oportuna sobre el beneficiario final y el control de aquellas, a disposición de las autoridades competentes. Esto se refiere en particular a las personas jurídicas que puedan

emitir acciones al portador o certificados de acciones al portador, o supuestos en los que se autorice la existencia de accionistas o directores nominales. Lo mismo se dispone respecto de «otras estructuras jurídicas», con cita del *fideicomiso expreso* —con identificación de *fideicomitente*, *fiduciario* y beneficiarios—.

Con carácter previo, la norma de interpretación aplicable a la Recomendación 10.ª determina qué se debe entender por beneficiario final:

a) en las personas jurídicas, la persona natural que ejerce el control mediante la titularidad de una participación mayoritaria. Si se duda si el partícipe mayoritario es beneficiario real, o no se ha podido identificar con el criterio anterior a ninguna persona física que reúna los caracteres de serlo, será considerado como tal quien ejerza el control por otros medios, y en último término aquel que ejerza como *funcionario administrativo superior*. No se trata, y así se aclara, de criterios alternativos, sino graduales, que solo se aplican en la medida en que, aplicado el anterior, no se haya identificado al beneficiario final, y la finalidad de esta aplicación *en cascada* no es otra que garantizar que se logre identificar al menos un beneficiario real, y que por tanto, no exista persona jurídica sin beneficiario identificado. Por lo demás, la Recomendación no fija una cifra a partir de la cual se pueda considerar que un partícipe tiene el control de la persona jurídica. La norma de interpretación correspondiente a la Recomendación 24.ª remite a su vez a la de la Recomendación 10.ª, y, en definitiva, considera que la apreciación de la existencia de esa posición de control se podría basar en un umbral, por ejemplo identificando como beneficiario final a cualquier persona que posea más de un cierto porcentaje de la empresa (por ejemplo, 25%);

b) en las estructuras jurídicas lo será el fideicomitente, fiduciario, protector de haberlo, los beneficiarios o clase de beneficiarios, mientras esté pendiente la designación de estos, y cualesquiera otras personas que ejerzan un control eficaz final sobre el fideicomiso, y quienes en cualquier otra estructura jurídica asimilable ocupen posiciones similares.

Las normas de interpretación relativas a las Recomendaciones 24.ª y 25.ª resaltan que las autoridades competentes deben poder acceder a una información adecuada, precisa y actualizada relativa a la identidad del beneficiario último, pudiendo los Estados elegir los medios para ello. Así, respecto de las sociedades mercantiles se exige:

1. la incorporación de los datos relativos a las sociedades creadas en cada Estado a un Registro Mercantil (*company registry*, *registre des sociétés*), en el que debe constar la identificación de la sociedad, estatutos, lista de directores, así como *un registro de accionistas o miembros, que contenga los nombres de los accionistas y miembros y la cantidad de acciones en poder de cada accionista y la categoría de acciones*. Debe destacarse que la Recomendación considera conveniente la identificación de *todos* los socios o accionistas y no solo del que, por tener una determinada cuota del capital social, merece ser identificado como beneficiario final;

2. garantizar la recopilación por las propias sociedades de la información concerniente al beneficiario final, y la disponibilidad de dicha información, o bien establecer mecanismos que permitan a las autoridades identificar oportunamente al beneficiario final. Se ofrecen diferentes mecanismos para lograr esto, entre ellos el empleo de la información sobre la propiedad en derecho y el beneficiario final que dispongan los registros mercantiles, autoridades financieras y reguladores;

3. asegurar que la información básica, *incluida la información suministrada por el Registro Mercantil*, sea precisa y actualizada; y

4. facilitar acceso a las autoridades competentes extranjeras *a la información básica en poder de los Registros Mercantiles*, y el intercambio de información sobre los accionistas.

Respecto de las estructuras jurídicas de tipo fiduciario la interpretación de la Recomendación 25.ª obliga al fiduciario a informar en sus relaciones comerciales que actúa en concepto de tal, y a obtener y recabar información adecuada, precisa y actualizada sobre el beneficiario final, además de sobre otros agentes regulados del fideicomiso y proveedores de servicios, tales como asesores, gerentes de inversión, contadores y asesores fiscales. Además, las autoridades relevantes, personas o entidades que se relacionen con estas estructuras jurídicas deben conservar la información que obtengan, y esto incluye expresamente a posibles registros específicos de fideicomisos o activos fiduciarios, y registros de activos como tierras, propiedades, vehículos, acciones u otros bienes. Por lo demás, se debe garantizar que la información recabada sea mantenida exacta y actualizada, y debe estar a disposición de las autoridades competentes nacionales y extranjeras.

Como vemos, en definitiva, la idea central es la de recopilación de información y su tratamiento, para procurar que sea la adecuada y apropiada, y que sea exacta y actualizada, lo que pasa por un comportamiento profesional y responsable en la recogida, conservación y suministro de la información, asegurando además la circulación transfronteriza de la misma, lo que debe implicar el establecimiento de mecanismos seguros de interconexión entre las diferentes instancias nacionales. No obstante, en el plano de las sociedades mercantiles, exigir la plena trazabilidad del capital, en cuanto a las sociedades capitalistas, supone desnaturalizar la esencia misma de estas y suprimir de facto los mecanismos de representación y transmisión de las acciones de las sociedades anónimas, y en cualquier caso, una aplicación rigurosa de las previsiones conduciría a la desaparición de la sociedad anónima y del *trust*, por lo que la aplicación práctica tenderá en general a una relajación de las exigencias establecidas.

2. La situación vigente en Europa: la IV Directiva 2015/849

Hasta la fecha, los artículos 30 y 31 de la IV Directiva regulan la obligación de suministrar y recopilar la información correspondiente al titular real,

completándose con los artículos 32 a 38, en cuanto establecen unos deberes de comunicación. La norma básica sobre la que estas disposiciones han de ser aplicadas, en lo que ahora nos interesa, es el artículo 3·6, en la medida en que define el titular real: la persona física que tiene la propiedad o el control en último término del cliente o la persona o personas físicas por cuenta de las cuales se lleva a cabo una transacción o actividad. Esto, como mínimo, incluye:

a) en las personas jurídicas, a quien en último término tiene la propiedad o el control de la persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta de acciones o derechos de voto iguales al 25% más uno del capital social, sin perjuicio de que los Estados miembros rebajen ese porcentaje. En cuanto al control indirecto, los elementos para apreciarlo se establecen por remisión al artículo 22 de la Directiva 2013/34/UE: mayoría de votos, que se puede fijar en un mínimo del 20%; derecho a designar a la mayoría de miembros del órgano de administración, dirección o supervisión siendo al mismo tiempo accionista o socio; ejercer una influencia dominante por contratos o estatutos o cuando la ley aplicable a la empresa filial permita a esta quedar sujeta a tales contratos o cláusulas; ser accionista, si la mayoría de los miembros de los órganos de administración, dirección o supervisión han sido nombrados por su voto o si, por acuerdo con otros accionistas o socios controla la mayoría de los votos. Agotados los medios anteriores, si no hay motivos de sospecha y no se ha podido identificar un titular real, o se duda de que efectivamente lo sea, se considera titular real a quien ejerza algún cargo directivo de alto nivel;

b) el que caso de los *fideicomisos*, el fideicomitente, los fideicomisarios, el protector de haberlo, los beneficiarios, y cualquier persona que ejerza el control del fideicomiso[10].

Respecto de las personas jurídicas, lo primero que llama la atención es que, pese a la generalidad del término, la normativa está de hecho orientada esencialmente a las sociedades mercantiles. El porcentaje del 25%+1 del capital establecido para atribuir la condición de titular real puede ser fácilmente burlado mediante la designación de testaferros o personas del círculo inmediato de confianza del titular real. No escasean las voces que reclaman una cifra más baja, invocando el 10% o incluso el 5% (en ambos casos +1)[11].

Por otro lado, mientras que las recomendaciones del GAFI establecen un sistema de identificación del titular real *en cascada*, la Directiva simplifica el método, haciéndolo más débil, al no contemplar siquiera una alternativa a la regla de la participación mayoritaria en el capital, más allá de la de considerar titular real al administrador social, con una extraña y prematura mezcolanza de la *propiedad* de la sociedad con la *dirección* de la empresa.

El artículo 30 impone la obligación de obtener y conservar información, adecuada, precisa y actualizada, relativa al titular real, en el caso de las sociedades mercantiles, y suministrar esa misma información a las entidades obligadas cuando estén adoptando medidas de diligencia debida en el marco de la aplica-

ción de la propia norma, información que, recabada por las propias sociedades o personas jurídicas, se deberá conservar en un registro central nacional. El articulado invoca expresamente a estos efectos al establecimiento de Registro público central, *por ejemplo un Registro Mercantil o un Registro de Sociedades a tenor del artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE,* cuya información, suficiente, exacta y actual, deberá estar a disposición de la UIF, sin restricción alguna, de las entidades obligadas en el marco de la aplicación de las medidas de diligencia debida, y de cualquier otra persona u organización con interés legítimo. Como remate, se dispone que para 26 de junio de 2019 deberían estar evaluadas las condiciones, especificaciones y procedimientos técnicos para garantizar la interconexión segura y eficiente de los registros centrales a que se refiere este artículo, a través de la plataforma central europea establecida en el artículo 4·bis de la Directiva 2009/101/CE[12].

En conjunto, por tanto, y con la salvedad efectuada respecto del debilitamiento del mecanismo de identificación del titular real, la norma se ajusta a las directrices internacionales. Sin embargo, y a nuestro juicio, la medida por el momento no está logrando los resultados deseados. Su plena eficacia pasaría por:

• exigir documento auténtico para la transmisión de títulos societarios de entidades no sujetas a cotización en mercado secundario oficial;

• exigir en general la inscripción de las transmisiones de aquellas acciones o participaciones sociales en los registros públicos competentes, singularmente en el Registro Mercantil, admitiendo expresamente esa inscripción cuando haya sido formalizada ante autoridad extranjera. Así se cumpliría lo que establece el GAFI en su Recomendación 24.ª, en cuanto habla de un *registro de socios* en el que conste *la cantidad* y *clase de acciones* que poseen, con independencia de si ello los convierte en titulares reales o no. De hecho, cabría estudiar la conveniencia de que tal inscripción tuviera eficacia constitutiva, en cuanto a sociedades no cotizadas, si bien tal consideración excede del ámbito del presente artículo. No obstante, conviene resaltar que si no constitutiva, la inscripción de la transmisión de las participaciones en el capital social sí es obligatoria en Italia, Alemania, Reino Unido o Países Bajos, y está previsto que así sea en breve en Suecia;

• y posibilitar la circulación de esa información. Con ello:

— se dará publicidad legal plena al titular real, dificultando las operaciones opacas y garantizando la correcta cadena de transmisiones;

— se posibilitará la plena eficacia a las limitaciones de dominio, embargos y enajenaciones forzosas de los citados títulos societarios acordadas por las autoridades judiciales o fiscales; y

— se dará cumplimiento a las previsiones de la Comisión para la V Directiva, permitiendo un acceso general y público a la información sobre la propiedad beneficiaria, no restringido a las autoridades competentes en la lucha contra el blanqueo de capitales. Esto implica considerar

que la información sobre el titular real de las empresas es pública. Se concibe además la transparencia como un mecanismo para preservar la confianza en la integridad de las transacciones comerciales y del sistema financiero, que permite:

• proteger a inversores minoritarios y a terceros que deseen hacer negocios con la entidad o estructura, franqueándoles el acceso a una información confiable sobre la propiedad, incluida la identidad de los propietarios controladores y las estructuras de control de las compañías;

• un mayor control de la información por parte de la sociedad civil, incluida la prensa o las organizaciones de la sociedad civil;

• emplear esa información con fines reputacionales, de modo que cualquiera que pueda realizar transacciones con ellas sea consciente de la identidad del (de los) beneficiario(s).

Estas medidas están ya siendo puestas en práctica por Reino Unido, Francia, Alemania, Italia, Holanda, Luxemburgo, Austria, República Checa y Albania, estableciendo además las bases para la circulación electrónica de la información a través de los canales establecidos por el sistema BRIS a través del portal de e-justice[13].

Nos centraremos a continuación en el supuesto de los *trust* y otros acuerdos legales similares, cuya incidencia en el blanqueo de capitales parece ser muy superior a la de las estructuras societarias, por complejas que estas sean. Ciertamente, estas instituciones rara vez aparecen mencionadas en relación con investigaciones en temas de corrupción o blanqueo de capitales, lo que, según el Banco Mundial[14], únicamente viene a confirmar su grado de eficacia a la hora de enmascarar la identidad de las personas que participan en los mismos. Ya se trate propiamente del *trust* anglo-sajón, o de asociaciones, fundaciones, o figuras fiduciarias, la ausencia de un registro jurídico que ejerza un control sobre la configuración de su estructura facilita una opacidad difícil de salvar.

En un modelo básico de *trust* o acuerdo similar, el propietario originario de los activos —*settlor*— los asigna a alguien de su confianza —*trustee*— para que los gestione conforme a las instrucciones dejadas por aquel, en favor de unos beneficiarios —*beneficiaries*— designados por aquel, quienes bien reciben los frutos de esos activos mientras el *trust* está en vigor, bien reciben los activos mismos en el momento de su extinción, previamente fijado por el *settlor-distribution*. Así configurado, el *trust* generalmente atiende a intereses familiares relacionados con la sucesión del disponente, y/o a la adecuada protección patrimonial de los intereses de menores o incapaces, y puede por tanto asimilarse razonablemente a los fideicomisos y sustituciones fideicomisarias, que sí son conocidas en el Derecho continental. No obstante, y según cada normativa nacional, el esquema se puede complicar bastante[15]:

1. funcionalmente, el *trust* podría participar en acuerdos comerciales, como mecanismo para organizar fondos de pensiones o inversión, etc;

2. el funcionamiento mismo del *trust* puede verse modificado por las disposiciones del fideicomitente:

- puede establecer que no haya distribución;
- puede instituirlo como «*discretionary trust*», en cuyo caso los *trustees* deciden cuando/si se realiza la distribución, y/o determinan el beneficiario final de entre una clase designada por el *settlor*, quien, en tales casos puede:
  - — dejar unas directrices de actuación en forma de «*letter of wishes*»;
  - — nombrar un «*protector*» o «*enforcer*», que podría ser el propio *settlor*, según la ley nacional;
  - — otorgar «*power of attorney*» a un tercero para que pueda vetar las decisiones del *trustee*, o removerlo;

3. en general se prohíbe que una misma persona ocupe más de dos posiciones en relación con el *trust*: el *settlor* no puede ser *beneficiary* ni *trustee* y el *trustee* no puede ser *beneficiary*. Pero ciertas jurisdicciones sí permiten que una misma persona ocupe todos los roles, singularmente en paraísos fiscales notorios.

La figura se caracteriza por tanto en el *common law* por su elevada flexibilidad y versatilidad, y por el efecto práctico de producir una división del dominio en *legal ownership* o *legal estate* y *beneficial ownership* o *equitable estate*, de un modo parecido a la de la enfitéusis, configurándose como un mecanismo muy útil para la organización empresarial[16]. Es por ello que nos resistimos a aceptar la traducción oficial del término como *fideicomisos* que consta en la versión española de la Directiva. Aunque puede existir un cierto paralelismo, el *trust* para el que está pensada la norma no es un *fideicomiso* ni una *sustitución fideicomisaria*, principalmente porque el *fiduciario* es pleno dómino, si bien con un encargo de confianza que tiene obligación de cumplir (de ahí la tradicional denominación popular en Cataluña como «*hereu gravat*», «heredero gravado»), mientras que la transmisión de la propiedad al *trustee* no es plena. Se asemejaría más a la fundación privada, pero actuando como forma de organización empresarial con intereses patrimoniales propios.

La situación actual, contenida en el artículo 31 de la IV Directiva es la siguiente:

1. solo se exige la identificación del titular real de los «*express trusts*», sin dar una definición de los mismos;

2. solo se exige la recogida de datos de esos titulares reales cuando se trata de *trusts* con efectos fiscales, que tampoco se definen, y, de hecho resulta un dato irrelevante si de lo que se trata es de prevenir el blanqueo de capitales;

3. la norma es extensiva «a otros tipos de estructuras jurídicas con unas características o funciones similares a los *fideicomisos*», pero nuevamente se hecha en falta una determinación de lo que a los efectos de la aplicación de la

Directiva se debe entender por *trust* y sus caracteres esenciales, para así poder apreciar la similitud invocada respecto de esas otras estructuras jurídicas, en particular cuando se opera en el ámbito de ordenamientos jurídicos que no reconocen ese instituto;

4. tales datos se deben recopilar en un Registro Central, que no se especifica que haya de ser público, lo que, en relación con lo anterior, conduce a que se trate de registros administrativos fiscales, sin que se reconozca un acceso público y general. Por el contrario, solo se garantiza el acceso a la información depositada en ese Registro Central a las UIFs y autoridades competentes. No obstante, corresponderá a cada Estado miembro al hacer la transposición de la norma determinar si cabe o no dar acceso a esa información a las entidades obligadas en el marco de aplicación de medidas de diligencia debida con respecto al cliente;

5. con fecha límite en el 26 de junio de 2019 se debe elaborar un informe evaluando las condiciones, especificaciones y procedimientos técnicos que permitan la interconexión segura y eficiente de los Registros Centrales a que se refiere el artículo;

6. la definición del punto de conexión a la hora de determinar la jurisdicción en que se deba llevar a cabo la inscripción del *trust* es deficiente, en tanto que se refiere exclusivamente a los *trust* «sujetos a su legislación». Esto se puede interpretar como:

a) trust creado y regulado por la ley nacional —*domestic law trusts*— aunque no presente ninguna ulterior conexión con la misma —ninguno de los sujetos intervinientes es residente y no ostenta activos en el ámbito territorial;

b) trust con algún punto de conexión con la ley nacional —*domestically managed trusts*— que será normalmente la residencia de los sujetos, básicamente el *trustee*. Pero en tal caso puede ser requerida la residencia de todos ellos (como en el Reino Unido), o solo del principal, o del *trustee* profesional (caso de Uruguay), con lo que resulta muy fácil burlar el requisito legal y evitar la incorporación de los datos a cualquier registro nacional. Lo mismo puede ocurrir —exigir la residencia de todos ellos— si el requisito es aplicado a los *settlors* o *beneficiaries*, o incluso si el punto de conexión establecido por el legislador nacional es la ubicación de los activos —todos ellos, o solo los principales… con el problema añadido de conocer de forma fiable su valor.

La consecuencia de todo esto es una situación alarmantemente variopinta en cuanto a la incorporación a diferentes clases de registros de los datos requeridos, lo que redunda en una evidente ineficacia de las medidas pretendidas. Si atendemos a la inscripción, en cualquier registro público, de TODOS los *trusts* sujetos a la ley nacional, y/o de TODOS aquellos que están sujetos a ley extranjera pero en los que algún *trustee* sea residente en territorio nacional, podemos encontrarnos, según el Financial Secrecy Index de 2015[17], con el siguiente cuadro:

1. solo la República Checa, Hungría y San Marino prescriben la inscripción de todos los *trusts* de ambos tipos;

2. en Italia y Mónaco se registran todos los *trusts* gestionados en el territorio, pero no se pueden crear *trusts* según la ley nacional;

3. en Irlanda todos los *trusts* gestionados conforme a la ley nacional se registran, con independencia de la ley de su constitución;

4. en Andorra, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Grecia, Letonia, Países Bajos, Polonia, Portugal, Eslovaquia, Eslovenia, España y Suecia no se pueden crear *trusts* conforme a la ley nacional, y no se registran todos los constituidos conforme a ley extranjera pero gestionados según la nacional;

5. en Francia se registran los *trusts* constituidos conforme a la ley nacional, exclusivamente;

6. en Austria, Alemania, Luxemburgo, Malta, y el Reino Unido no se registran ni todos los *trusts* constituidos conforme a la propia ley ni todos los constituidos según ley extranjera pero gestionados conforme a la nacional.

Con todo, estimamos que la norma, en su redacción actual, es coherente con la Recomendación núm. 25 del GAFI, en la medida en que aquella contempla la conservación de los datos relativos a los *trust* bien en un registro específico, bien en aquellos registros sectoriales correspondientes a los activos que integren el patrimonio en cuestión, de igual modo que establece «*requirements for trust law countries*» y «*common requirements for all countries*».

Si la Directiva hubiera tomado la segunda opción, encontraríamos que la recogida y difusión de datos ya se estaría realizando, en términos generales, respecto de los activos inmobiliarios. Si tenemos en cuenta la distribución de la inversión del ahorro, según la Asociación Europea de Asesores Financieros (EFPA) en España (el 72% del ahorro se destina a depósitos bancarios, un 17% al sector inmobiliario, un 7% a bonos y deuda corporativa, y un 4% a otro tipo de activos[18]), sería necesario prever una medida adecuada para la conservación y comunicación de la información relevante en relación con los depósitos bancarios, como la que introduce la propuesta de la Comisión para la V Directiva, e implementar adecuadamente, según lo antes expuesto, las disposiciones correspondientes a la identificación de todos los partícipes de las sociedades mercantiles en la forma prevista por las recomendaciones del GAFI.

Frente a esto, sin embargo, la Unión ha preferido apostar por la creación de un Registro Central nacional de fideicomisos, lo que resulta razonable únicamente en la medida en que la figura no ya del fideicomiso, sino del *trust* de modelo anglosajón, sea reconocida en el ordenamiento jurídico nacional correspondiente. La adaptación de la Directiva en este punto parece, por tanto, compleja. En cualquier caso, y sobre la base de este planteamiento, la plena eficacia de la identificación del titular real solo podría alcanzarse si la información que haya de recopilarse se refiriese a todo tipo de *trusts* creados o regulados por la ley nacional, a todos los sujetos que intervienen en ellos, y se depositara en un registro público, que al operar conforme a unos estándares de legalidad formal y material y trazabilidad de las titularidades posibilite clarificar la identidad de

los verdaderos titulares de los activos económicos, mediante una publicidad legal plena y con la mayor fiabilidad que cada sistema sea capaz de ofrecer, posibilitando además la circulación de esa información. Nos estamos refiriendo, evidentemente, a un registro público de índole jurídica que opere aplicando unos principios de legalidad y trato sucesivo.

III. LA SITUACIÓN VIGENTE EN ESPAÑA

Si los datos anteriormente aportados sobre la repercusión de la evasión fiscal y el blanqueo de capitales a nivel de la Unión Europea son alarmantes, al bajar al nivel nacional la perspectiva no mejora en absoluto. En 2015 GESTHA[19] estimaba que los 15.500 millones de euros recuperados por vía de inspecciones y medidas de prevención de la evasión representarían únicamente el 25'42% del total defraudado. Si en 2006 el fraude fiscal en el IVA en el conjunto de la Unión alcanzaba el 12% del total que se debería haber ingresado —106.700 millones de euros— el porcentaje en España rondaba el 22'6%, que en 2012 ya habría alcanzado el 35'35%. Esto significa una pérdida de recaudación de 27.591 millones de euros. En el IRPF, que junto con el IVA supone tres cuartas partes de los ingresos tributarios totales, el fraude rondaría en 2012 el 24'96%, lo que implica una disminución en la base declarada de 169.526 millones de euros, de modo que en general, el fraude fiscal en el periodo 2013-2014 se podría cifrar en unos 59.000 millones.

Estas cantidades defraudadas al erario público engrosarían los fondos procedentes de otras actividades ilícitas para engrosar el caudal del dinero blanqueado a través de diferentes mecanismos. Entre 2013 y 2014 se estima que la inversión española en paraísos fiscales aumentó un 205%. Para determinadas grandes empresas los préstamos a filiales, un mecanismo básico de blanqueo, representan hasta el 26'4% de sus inversiones en el exterior.

La necesidad de adoptar medidas efectivas y contundentes parece evidente, aunque el marco legal, nacional y europeo, entren ocasionalmente en colisión. Es lo que ha ocurrido con la reciente STJUE de 10 de marzo de 2016 (C-235/14, Safe Interenvíos vs Liberbank S.A, Banco Sabadell, S.A. y BBVA, S.A.) que concluye que, si bien las medidas adoptadas por el legislador nacional en el marco de la diligencia debida pueden ser más severas que las previstas en la Directiva transpuesta, se debe respetar un principio de proporcionalidad que garantice la mínima restricción de las libertades fundamentales que sea estrictamente necesaria para alcanzar los fines legítimos perseguidos, como en definitiva establece el propio artículo 5 de la IV Directiva.

La primera cuestión con las que nos encontramos al analizar el Derecho español es que se va a aprobar la V Directiva anti blanqueo, sin que se haya procedido a la transposición de la IV. Efectivamente, la I Directiva 91/308/CE

del Consejo, de 10 de junio, se transpuso por Ley 19/1993, de 28 de diciembre, desarrollada por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, completado por Instrucción DGRN de 10 de diciembre de 1998, en cuanto establece supuestos indiciarios de blanqueo de capitales en los ámbitos societario e inmobiliario. La II Directiva 2001/97/CE de 4 de diciembre se traspuso por la modificación de la Ley 19/1993, y por el Real Decreto 54/2005, modificando el Reglamento. La III Directiva 2005/60/CE de 26 de octubre fue traspuesta por la vigente Ley 10/2010, de 28 de abril, desarrollada por Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo. La IV Directiva, 2015/849 de 20 de mayo establece un plazo de transposición que concluye el 26 de junio de 2017, pero la última reforma de la Ley es de 30 de diciembre de 2013.

1. El Registrador de la Propiedad y Mercantil ante el blanqueo de capitales

El artículo 2 de la Ley 10/2010 enumera a los profesionales y entidades a los que considera sujetos obligados al cumplimiento de la propia norma, con inclusión expresa de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles. Tal inclusión anticipa la posteriormente recogida el artículo 2·3·b de la IV Directiva, en cuanto se refiere a los profesionales del Derecho independientes que intervienen en operaciones inmobiliarias o empresariales[20], y se traduce en la aplicación de medidas de diligencia debida en el desempeño de sus funciones, que se traducen en dos grandes grupos de actuaciones:

1. medidas de identificación: por un lado la identificación puramente formal de las personas físicas o jurídicas que intervienen en la operación, mediante documento fehaciente, entre los que el artículo 6 incluye expresamente la certificación del Registro Mercantil como medio de identificación de la persona jurídica; y por otro, y con mayor importancia, la identificación del titular real, tal y como lo define el artículo 4:

a) quien ostenta un porcentaje superior al 25% del capital social o los derechos de voto de una persona jurídica, o quien por otros medios ejerza un control directo o indirecto de la gestión, salvo en el caso de sociedades cotizadas;

b) quien sea titular o ejerza el control del 25% o más de los bienes de un instrumento o persona jurídicos que administre o distribuye fondos, o, pendiente la designación de beneficiarios, la categoría de estos;

2. medidas de información: se debe examinar cada operación, en particular las complejas, inusuales o sin propósito económico o legal aparente, y, por apreciación de la concurrencia de determinados indicios pre-establecidos, comunicar sus datos al servicio ejecutivo correspondiente. En el caso de los Registradores se realiza una comunicación al Centro Registral Anti Blanqueo (CRAB). Este efectuará un segundo examen, cruzando datos con los procedentes de otros registros, y de apreciar indicios suficientes, remitirá informe al Servicio Ejecutivo.

El sistema en conjunto es razonable y coherente con las disposiciones de la IV Directiva. No obstante, no podemos dejar de destacar un aspecto en la definición del titular real de las sociedades mercantiles que se nos antoja curioso: la norma sobre prevención del blanqueo de capitales contempla como criterio para apreciar el control directo o indirecto —esencialmente por medio de sociedades interpuestas— exclusivamente el de la propiedad o control a través de la titularidad de una participación en el capital o derechos de voto. La ley no establece sin embargo, un criterio para apreciar ese control indirecto, como hemos visto que sí hace la Directiva, remitiendo a la Directiva sobre estados financieros anuales, estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas. La Ley 10/2010 por el contrario no remite a las disposiciones sobre presentación de cuentas consolidadas de los grupos de sociedades por parte de la entidad dominante. En este ámbito, el artículo 42 del Código de Comercio, al que remiten el 4 de la Ley del Mercado de Valores y el 18 de la Ley de Sociedades de Capital, ha considerado que existe una posición de control de una sociedad sobre otra, o bien una unidad de decisión entre todas ellas suficiente como para considerar que existe un grupo de sociedades, cuando se da una de cuatro circunstancias alternativas, a saber:

1) poseer la mayoría de los derechos de voto;

2) tener la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de miembros del órgano de administración;

3) poder disponer, en virtud de acuerdos con terceros, de la mayoría de derechos de voto;

4) haber designado a la mayoría de miembros del órgano de administración que se encuentren en ejercicio de sus cargos en el momento, lo que se presume que ocurre si la mayoría de miembros de la administración de la sociedad dominada lo son también, o son altos directivos, de la dominante o de otra del mismo grupo.

La sociedad en la que concurra alguna de estas circunstancias será considerada dominante. La norma viene matizada y completada por la Ley Concursal, en el sentido de considerar que para la existencia de grupo de sociedades no es necesario que quien ejerce el control sea a su vez sociedad mercantil con obligación de consolidar las cuentas anuales y el informe de gestión (en este sentido, STS 190/2017, de 15 de marzo). Se salva con ello un escollo para la aplicación conjunta de ambos ámbitos de regulación, el de la consolidación contable y el de la prevención del blanqueo de capitales, y por tanto abre la puerta a la apreciación de cierta simetría entre la idea de grupo de sociedades y entidad dominante por un lado, y de titular real por otro.

Hay que tener en cuenta además que la posición de control puede derivar no solo de la titularidad de participaciones en el capital o de derechos de voto, sino que puede obtenerse también *mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control*

sobre la política financiera o comercial, así como el proceso decisorio del grupo. Por tanto a la posición de control se puede llegar de un modo orgánico o societario, pero también de un modo externo a la sociedad. Esto en la práctica lleva a que, aplicando estos criterios, un porcentaje ciertamente escaso de capital puede implicar una posición de control si el accionariado está muy divido, y solo será posible verificar si esto ocurre conociendo con detalle la composición de todo el capital. Podría en tal caso apreciarse una posición dominante, pero, sin embargo, no se apreciaría la existencia de titular real a los efectos que nos ocupan[21].

2. Titularidades societarias

En el campo concreto de las medidas de diligencia debida relativas a la información del beneficiario real o último de las entidades societarias, nos encontramos en España con la creación por parte del Consejo General del Notariado de una Base de Datos de Titular Real de la que la corporación notarial se muestra manifiestamente satisfecha[22]. Se trata de un índice informático, que tiene su apoyo normativo en el citado Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales de 2010. El propio notariado sin embargo, reconoce la limitaciones del índice creado: por su propia configuración legal, hay un mínimo de 87.000 sociedades cuyos datos jamás lograrán estar disponibles. Hay que tener en cuenta que, en principio, la transmisión de participaciones sociales requiere escritura pública, pero en el caso de sociedades anónimas no cotizadas, las acciones nominativas son transmisibles sin control ni obligación formal alguna. En cuanto al resto de sociedades, cuyos datos sí podrían acceder al índice, hay un 20% de ellas de las que no se dispone de ninguna información. No podría ser de otro modo, si tomamos en consideración que:

- por naturaleza, al índice solo va a acceder la información resultante de documentos autorizados o intervenidos por notario español, esencialmente las manifestaciones responsables sobre titularidad real contenidas en las correspondientes actas, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 10/2010, y las transmisiones de acciones o participaciones sociales documentadas en escritura pública;
- las primeras son eso, actas de meras manifestaciones sin mayor valor probatorio en cuanto a la efectiva titularidad de las participaciones sociales que acreditar que un representante de la entidad ha manifestado una determinada composición del capital social, pero no la realidad del contenido de la manifestación;
- las segundas dejan fuera la posibilidad existente de formalizar la transmisión ante fedatarios extranjeros;

• de hecho el Tribunal Supremo ha venido a admitir que la donación de participaciones sociales puede formalizarse en documento privado, según Sentencias 234/2011, de 14 de abril, y 258/2012, de 5 de enero.

• y obviamente, no tendrá acceso a ese índice ningún documento ni judicial ni administrativo, lo que significa que solo se podrá dispensar información del *pleno dominio* de los títulos societarios —de algunos, según hemos expuesto— pero en ningún caso de embargos, secuestros o prohibiciones de disponer, así como tampoco de adjudicaciones en ventas forzosas.

La conclusión evidente es que el índice notarial, como pretensión de constituirse en registro de titulares reales de las personas jurídicas, no puede garantizar la integridad y veracidad de la información disponible, ni la total trazabilidad de las titularidades, en tanto que quedan fuera de su espectro de acción un determinado volumen de sociedades y documentos, de modo que necesariamente se producirán saltos en la cadena de transmisiones. La información será necesariamente incompleta, parcial e inexacta, y por ende, poco fiable.

Por otro lado, convendría analizar si el índice notarial cumple con las previsiones de la IV Directiva y se podría, en consecuencia, adaptar a las exigencias que acaben derivando de la V Directiva. Como hemos dicho, el apoyo normativo de la Base de Datos Notarial lo encontramos en la transposición de la III Directiva, que no contenía disposiciones parejas a las ahora presentes en los artículos 30 y 31[23]. El legislador español se intentó adelantar a la redacción de la IV Directiva, y tuvo presente al hacer la transposición las enmiendas aprobadas por el Parlamento para la que sería aquella, que simplemente se referían a *Registros Centrales públicos, accesibles en línea y en un formato abierto y seguro* para *las autoridades competentes, en especial [a] las UIF y a las entidades obligadas, además de al público*. El texto finalmente vigente en la disposición europea, según hemos visto con anterioridad, invoca directamente a la conservación de la información sobre la titularidad real *en un Registro Mercantil o un Registro de Sociedades a tenor del artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento y del Consejo, o en un registro público*, que además deberá ser susceptible de *interconexión segura y eficiente […] a través de la plataforma central europea establecida en el artículo 4·bis apartado 1 de la Directiva 2009/101/CE*. Resulta por el contrario evidente que un fichero notarial no puede considerarse que constituya un *registro público*. Ciertamente, ni el Derecho nacional ni el europeo nos dan una definición de registro público, pero parece claro que el que se caracterice como tal lo será por el acceso a su información y/o por estar organizado y supervisado por una autoridad pública que actúa en el ejercicio de un poder igualmente público. Por el contrario:

a) los datos integrados en ese índice proceden directamente del protocolo notarial, en cumplimiento de los deberes de formación de índices establecida en el artículo 284 del Reglamento Notarial. Tanto el Protocolo como el Libro Registro

de Operaciones Mercantiles tienen por el contrario la consideración de secretos, conforme a los artículos 274 y 283 del mismo Reglamento, y de hecho, hasta la fecha la información solo está disponible para los propios notarios y para las autoridades competentes en materia de prevención del blanqueo de capitales y del fraude fiscal, siendo necesario suscribir un convenio con el Consejo para que se franquee el acceso a los sujetos obligados, limitación esta no prevista en la Ley;

b) teniendo en cuenta lo anterior, y el ámbito material del sistema de interconexión que la Directiva invoca (ver nota 12), resulta palmaria la imposible aplicación de tal sistema a la presente Base de Datos. Y, aunque resultara posible, sería ciertamente curioso que en un Estado miembro que cuenta con un Registro Mercantil, oficial y operativo desde hace muchas décadas, se conectara al Sistema de Interconexión de *Registros Mercantiles* una base de datos ajena a aquel, máximo cuando por Ley 19/2015, de 13 de julio, se reformó el artículo 17.5 del Código de Comercio para hacer posible la incorporación de los Registros Mercantiles a dicha plataforma europea;

c) la jurisprudencia del TJUE ha venido a considerar que el ejercicio de la función notarial no supone ninguna manifestación de poder público[24].

• Por lo demás, el juego de remisiones que establece la IV Directiva acaba por redundar en la exigencia de un registro público que habrá de comprender no solo los datos relativos al titular real, sino también las resoluciones judiciales atinentes a la nulidad del acto de constitución, modificación estatutaria o estructural de la sociedad, o de cualesquiera otros acuerdos sujetos a inscripción, así como también la documentación contable de la entidad. Documentos todos estos que, evidentemente, no tienen cabida en la Base de Datos del Consejo General del Notariado.

• Hemos dejado para el final la circunstancia de resultar creado ese *registro* directamente por una norma de rango reglamentario, sin contar con norma legal que le de cobertura, más allá de la previsión contenida en el artículo 8 de la Ley 10/2010 de la delegación a terceros, por vía contractual, de la adopción de las medidas de diligencia debida correspondientes, y del artículo 286 del Reglamento Notarial, en cuanto prevé crear un índice único informatizado, como medida de colaboración con las Administraciones Públicas. La extensión de las posibilidades de consulta a los sujetos obligados en materia de prevención del blanqueo de capitales, viniendo impuesta por la norma sectorial, contraviene sin embargo el secreto del protocolo antes mencionado, suponiendo la creación de facto de un registro público paralelo. Ciertamente, la Directiva obliga al Estado a crear un registro público de titularidades reales, pero deja a su elección la determinación de la forma y medios para hacerlo, de acuerdo con su propio sistema jurídico de fuentes del Derecho, y no parece que una disposición de rango reglamentario sea suficiente para crear un registro público. Podría entrar en juego el artículo 105 de la Constitución, en cuanto establece una reserva de Ley para regular el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, y cabe considerar que

este lo es, por tener una función cognoscitiva, divulgativa o de transparencia, sin crear *per se* ninguna presunción jurídica. Plantea, finalmente, problemas desde el punto de vista de la normativa sobre protección de datos personales, en cuanto al ejercicio de los derechos de acceso y rectificación por parte de los interesados, y en cuanto a la comunicación a terceros, singularmente a sujetos obligados en los términos de las disposiciones sobre prevención del blanqueo de capitales, dado que a quienes hicieron manifestaciones relativas al titular real desde 2010 hasta la entrada en vigor del Reglamento en 2014 no fueron advertidos de que tales datos se integrarían en una base de datos, ni que sería posible su cesión a terceros, sino únicamente de que sus manifestaciones estarían a disposición de las autoridades competentes en esta materia[25]. La cesión de datos a terceros, como lo son los sujetos obligados, solo podría ser autorizada por el propio interesado, o por una disposición legal, que no existe en este sentido.

Por tanto, estimamos que la Base de Datos de Titulares Reales del Consejo General del Notariado no cumple con los requisitos y premisas establecidos en la vigente normativa de la Unión, por más que constituya un esfuerzo encomiable. Por el contrario, existiendo en España un Registro Mercantil, y siendo la inscripción en el mismo constitutiva de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles de todo tipo, nos parece evidente que la atribución de la condición de registro de titulares reales debería haber recaído en aquel, máximo cuando tiene atribuida la emisión del código LEI (*Legal Entinty Identifier*), un identificador cuya exigencia en el cumplimiento de las obligaciones de información está siendo reforzada por parte de las instituciones de la Unión[26]. Para una eficacia plena de la medida bastaría con recuperar la inscripción obligatoria de las transmisiones de acciones y participaciones sociales, tal y como establecía para las sociedades de responsabilidad limitada en artículo 20 de la Ley de 17 de julio de 1953, hasta su reforma por Ley 19/1989[27] entendiendo la doctrina mercantilista que el requisito tenía eficacia constitutiva. De hecho, la inscripción es obligatoria en el caso de las sociedades profesionales, según artículo 8·3 de la Ley 2/2007, en el de las agrupaciones de interés económico, con artículo 264 del Reglamento del Registro Mercantil, en el de las sociedades colectivas y comanditarias simples, respecto de los socios colectivos, conforme al artículo 212 del mismo Reglamento, así como en los caso en que la transmisión da lugar a unipersonalidad de la sociedad, artículo 13 de la Ley de Sociedades de Capital. Con estos antecedentes parece que sí resulta viable incorporar a la hoja de la sociedad las titularidades de las acciones y participaciones, así como las cargas y gravámenes sobre las mismas[28].

3. Titularidades fiduciarias

En España, según se ha expuesto, el *trust* de modelo anglosajón, que opera en el mercado como forma de organización empresarial de intereses patrimoniales,

no está reconocido legalmente, como ha dictaminado STS 338/2008, de 30 de abril. De hecho, España ni siquiera ha ratificado el Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985 sobre Ley aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento[29]. Suscribir el Convenio no implicaría la incorporación del *trust* a nuestro ordenamiento, ya que la admisibilidad de un patrimonio separado, sin personalidad jurídica, queda necesariamente limitada en nuestro Derecho. De hecho, Italia ha ratificado el convenio, pero no ha regulado la figura.

La regulación hoy vigente en la Ley 10/2010 en la materia objeto de este estudio, al definir el concepto de titular real, prácticamente copia lo establecido en la III Directiva, que es la transpuesta por aquella Ley. Si la norma europea solo hacía una referencia general a las «*entidades jurídicas, como las fundaciones, y [de] los instrumentos jurídicos, como los fideicomisos, que administren y distribuyan fondos*», en términos parejos a los contenidos para las «*personas jurídicas*» (titular real sería el titular del 25% o más de los bienes, si ya se han designado los futuros beneficiarios; la categoría de personas de entre las cuales hayan de ser designados en un futuro esos beneficiarios, mientras esté pendiente la designación; y en último término quien ejerza el control de un 25% o más de los bienes), para la Ley el titular real sería quien controla un 25% o más de los bienes del instrumento jurídico que administre o distribuya fondos, o, pendiente la designación de beneficiarios, la categoría de personas a cuyo favor se ha creado o actúa ese instrumento jurídico. El Reglamento, en su artículo 8·c simplemente llama a ser considerados titulares reales en última instancia a los responsables de la dirección o gestión, a quienes controlen el 25% de los derechos de voto del patronato de las fundaciones o del órgano de representación de las asociaciones, y, si no se cumplen estos porcentajes, a todos los miembros del patronato u órgano de representación.

La norma, en definitiva, lo que hace es, siguiendo la estela de las disposiciones fiscales, reconocer que existen *trust* ajenos a nuestro ámbito jurídico, pero que operan en España, e imponer a los sujetos obligados —incluidos abogados, notarios y registradores— el deber de identificar al titular real, exigiendo el documento de constitución, sin perjuicio de identificar debidamente a quien actúe por cuenta de los beneficiarios, y de adoptar medidas de diligencia debida respecto de la identidad de *fideicomitente, fideicomisarios, protector, beneficiarios o clases de beneficiarios* y de quienes ejerzan el control efectivo final. Aparentemente, los datos así recabados deberían acabar siendo almacenados en la Base de Datos de Titulares Reales del Consejo General del Notariado, pero el hecho mismo de que la figura no esté reconocida en nuestro ordenamiento, más que a efectos fiscales, dificulta sobremanera la eficacia de esta previsión. El acceso de la información al indice notarial será, si cabe, aún más fragmentaria que lo que ya hemos señalado respecto de las sociedades mercantiles.

Así las cosas, y como ya hemos expuesto anteriormente, la situación efectiva es que en España no se pueden crear *trusts*, y que no todos los constituidos conforme a ley extranjera pero que operan en España constan en algún tipo de registro público. Solo si el *trust* se localiza en un paraíso fiscal y el constituyente es residente en España debe notificar esta circunstancia a las autoridades tributarias, según D.A. 13.ª LIRPF, y si comprende bienes en el extranjero debe comunicarlo a través del modelo 720. Pero se trata de deberes puramente informativos, y exigibles solo en la medida en que el constituyente sea residente fiscal en España.

La IV Directiva, por otro lado, señala que *las entidades jurídicas como las fundaciones y estructuras jurídicas similares a los fideicomisos deben estar sujetas a requisitos equivalentes*, y en este sentido contempla el artículo 2·6·c la definición del titular real, refiriendo como tal a quien ejerza un cargo similar o equivalente a los enumerados respecto de los *trust*. La norma nacional, como hemos visto, es más clara en este punto, e incluye expresamente a fundaciones y asociaciones. Pero los problemas en cuanto a la conservación y acceso a los datos relativos a dichos titulares reales también son importantes, aún entendiendo, por esa equivalencia, aplicable el artículo 31 de la Directiva, pese a su silencio:

a) en el caso de las fundaciones, es imprescindible la escritura pública para su constitución, con lo que el acceso de los datos a la Base de Datos notarial está asegurado, si no se acude a un fedatario extranjero. La inscripción en el Registro de Fundaciones es constitutiva de la personalidad jurídica, pero existe un Registro Único de Fundaciones de Competencia Estatal, mientras que en algunas Comunidades Autónomas existe un Registro Único, y en otras hay tantos registros como protectorados. Lo mismo sería predicable de las modificaciones estructurales de la fundación —si los estatutos no las prohíben expresamente, por ejemplo la fusión— o su extinción, o respecto de las alteraciones en la composición del protectorado, que no necesariamente han de formalizarse ante notario español;

b) respecto de las asociaciones, el acta fundacional no requiere escritura pública, y la personalidad jurídica se adquiere por la suscripción de aquella por tres o más personas, aunque no se haya procedido a la inscripción en el registro correspondiente, que según el ámbito de acción será el Registro Nacional o alguno de los Registros autonómicos. Con posterioridad, cualquier modificación estatutaria, cambio en los órganos de representación, apertura, cambio o cierre de delegaciones, entre otros, debe acceder al Registro, pero ni el Real Decreto 949/2015, de 23 de octubre, que regula el Registro Nacional de Asociaciones, ni la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, exigen la forma documental pública. Por tanto, será excepcional que algún dato al respecto llegue a acceder al índice informático notarial.

Por lo demás, hemos visto ya cómo el artículo 31 de la IV Directiva establece que antes de 26 de junio de 2019 se debería presentar un estudio técnico para la

interconexión de los registros nacionales de titulares reales de *trusts* y estructuras jurídicas similares, debiendo reproducir aquí los reparos que apreciamos para la incorporación a dicho mecanismo de interconexión de la Base de Datos del Consejo General del Notariado, en los términos expuestos en relación con las sociedades mercantiles.

4. Conclusiones de esta sección

El legislador español logró completar la transposición de la III Directiva anti-blanqueo, pero se va a aprobar la V Directiva sin que se haya dado ningún paso para la transposición de la IV. Esto redunda en que las disposiciones en su día adoptadas no se ajustan a las previsiones del Derecho europeo, y tendrán que ser profundamente modificadas para lograr adaptarlas al nuevo marco jurídico que resulte de la tramitación en curso.

Ciertamente, la Ley 10/2010 y el Real Decreto 304/2014 suponen un paso adelante, con la creación de algo parecido a un registro único de titulares reales, pero ni consigue alcanzar a todas las personas y entidades jurídicas que debería abarcar, ni comprende todo el abanico de documentos susceptibles de contener información relevante en el campo de la prevención del blanqueo de capitales a través de la identificación de los titulares reales, ni es efectivamente único, en la medida en que la información correspondiente en particular a las asociaciones habrá que obtenerla en otros registros, ni es público, dado el carácter secreto del protocolo notarial, ni parece que sea susceptible de integrarse en las plataformas de interconexión exigidas por la Directiva.

IV. LA PROPUESTA DE V DIRECTIVA

Con una premura inusitada en las instituciones bruselenses, e incluso antes de que finalizara el plazo de transposición de la IV Directiva, que concluye el 26 de junio de 2017, habiendo aquella entrado en vigor el día de su publicación 5 de junio de 2015, se han puesto ya en marcha los mecanismos para la revisión de la citada norma. En el momento de redactar estas líneas, se está a la espera de que el Parlamento adopte una posición en primera lectura, habiéndose decidido el 14 de marzo de 2017 la apertura de negociaciones interinstitucionales, conforme al artículo 69·c del Reglamento del Parlamento y el artículo 294 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, lo que evidencia la existencia de desavenencias con el Consejo. Desgraciadamente, la documentación del Consejo es secreta, de modo que ignoramos cuál es la posición de este respecto de la propuesta de la Comisión.

1. El texto de la Comisión

El 5 de julio de 2016 la Comisión presentó una propuesta de V Directiva[30], reformando la Directiva 2015/849, además de la Directiva 2009/101/CE, en materia societaria, sobre la base del reconocimiento de las lagunas existentes en el régimen vigente, y con la intención manifiesta de atender a las novedades que en el plano internacional se van sustanciando en este terreno.

En primer lugar, y en la definición del titular real, se introduce una muy positiva rebaja en la participación en el capital social para apreciar la presencia de aquel, si bien sería deseable su extensión a más supuestos que los contemplados. De este modo, bastará con una participación del 10%, *siempre que la entidad jurídica sea una entidad no financiera pasiva según se define en la Directiva 2011/16 UE*. Se trata de la Directiva de 15 de febrero de 2011 sobre cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, modificada por Directiva 2014/107/UE. La definición la encontramos en el apartado D·7 de la Sección VIII del Anexo I introducido por la reforma, y desgraciadamente se trata de una definición negativa: la entidad no financiera pasiva es una persona jurídica, o instrumento jurídico asimilable al *trust* que no es institución financiera, y en la que no concurre ninguno de los requisitos que la norma enumera, a saber:

1. que menos del 50% de la renta bruta anual sea renta pasiva y menos del 50% de los activos poseídos generen renta pasiva;
2. que su capital social se negocie en un mercado de valores reconocido;
3. que sea entidad estatal, organización internacional, banco central o entidad íntegramente participada por alguna de las anteriores;
4. que su actividad esencial consista en la tenencia de acciones en circulación de una o varias filiales que desarrollan actividades distintas a la financiera, o en la prestación de servicios a las mismas, o su financiación;
5. que no tenga aún, ni haya tenido, actividad económica, pero invierta capital en activos con fines distintos a la actividad financiera;
6. que no haya sido institución financiera en los últimos 5 años y se encuentre en liquidación o reorganización para continuar o reiniciar una actividad distinta a la financiera;
7. que tenga por actividad la financiación o cobertura de operaciones con entidades vinculadas que no sean institución financiera;
8. que atienda exclusivamente a fines religiosos, benéficos, científicos, artísticos, culturales, deportivos o educativos, de organización profesional, promoción de intereses comerciales, sindicales, agrícolas u hortícolas, cívicos o de bienestar social, siempre que además esté exenta del impuesto sobre la renta en su Estado de residencia, no tenga socios o accionistas que sean beneficiarios efectivos de sus rentas o activos, la ley aplicable les impida distribuir rentas o

activos a particulares o entidades no benéficas, y que sus activos, en caso de liquidación, se distribuyan a una entidad estatal u organización sin ánimo de lucro, o reviertan a la Administración.

En materia societaria, la reforma propuesta para el artículo 30 suprime la referencia a dar acceso a la información a personas u organizaciones con interés legítimo demostrado, se entiende que con la intención de facilitar un acceso público y general. Lo cierto, en cualquier caso, es que la supresión citada en el apartado 5, unido a la nueva redacción dada al apartado 6 puede dar pie a considerar que solo se va a brindar acceso a las UIFs y autoridades competentes —que lo son aquellas con responsabilidades en materia de blanqueo de capitales y lucha contra-terrorista, incluidas las tributarias— a las que expresamente se hace referencia, para garantizarles un acceso *sin restricciones*.

Se da asimismo nueva redacción al apartado 9.º: se contempla la posibilidad de restringir el acceso a la información relativa al titular real, cuando este sea menor o incapaz, o exista riesgo de fraude, secuestro, chantaje, violencia o intimidación, pero en todo caso de modo excepcional, en los términos que establezca la ley nacional, y de modo casuístico.

Finalmente, se insiste en la llamada a la Directiva 2009/101/CE, en cuanto establece una plataforma de interconexión europea a la que los registros centrales nacionales deberán estar conectados.

La Comisión, en el texto propuesto para el artículo 31, sigue hablando de «*express trusts*», y se sigue invocando a un registro central sin exigir que se trate de un registro público. Sin embargo, sí se ha suprimido la referencia a los *trusts* con efectos fiscales, y se concreta a título de ejemplo lo que cabe considerar acuerdos asimilables al *trust*, citando «*inter alia, fiducie, Treuhand or fideicomiso*».

Se clarifica la regla de conexión al establecer que los datos se conservarán en el registro de la jurisdicción en que se administre el *trust*, y que se considerará administrado este en el estado miembro en que los *trustees* estén establecidos. Además, en este punto diferencia:

• fideicomisos y arreglos legales similares que desarrollan actividades comerciales con ánimo lucrativo, en cuyo caso las consideraciones sobre la necesidad de dar una publicidad legal y general al titular real son la mismas que las expuestas para el caso de las entidades societarias;

• fideicomisos y arreglos legales cuya finalidad es preservar el patrimonio familiar, o atender a fines caritativos u otros beneficiosos para la comunidad, y por tanto no calificados como tipo de negocio, en cuyo caso se considera justificado garantizar una mayor privacidad a los titulares reales, cuyos datos solo se proporcionarán a personas u organizaciones con un interés legítimo acreditado. La opinión del Parlamento, sin embargo, no va en esta línea, y parece entender que haya de darse la máxima publicidad en todo caso, como veremos.

Por lo demás, se introduce una excepción al régimen general de publicidad, similar a la mencionada respecto del artículo 30.

Finalmente, la nueva redacción del apartado 9.º reproduce la exigencia de conectividad a través de la plataforma central europea a que se refiere el artículo 4 de la Directiva 2009/101/EU, de modo que, indirectamente, está señalándose que el competente para conservar y gestionar la información relativa al titular real de los *trusts* y otros acuerdos legales asimilables debería ser el Registro Mercantil.

La Comisión introduce por otro lado un artículo 32·bis, referido al establecimiento de mecanismos centralizados automatizados «*como registros centrales o sistemas centrales electrónicos de consulta de datos*» en relación con los titulares reales de cuentas de pago y cuentas bancarias. El acceso a los datos de identidad del titular legal, titular real y de la propia cuenta solo se garantiza a las UIFs y autoridades competentes.

En conjunto, podemos ver que la Comisión sigue fiel al esquema de exigir la identificación de los titulares reales atendiendo a la naturaleza del titular legal o aparente. Así, establece una disposición para las personas jurídicas en general, pensando esencialmente en las sociedades mercantiles, y otra para los *trusts* y otras figuras jurídicas asimilables. La única concesión fuera de este esquema es la que, atendiendo a la naturaleza de los activos, contiene el nuevo artículo 32·bis. Se situaría de este modo a la vez en las dos vías alternativas que la Recomendación 25.ª del GAFI establece para dar publicidad a los titulares reales de los *trust*, un registro específico y registros sectoriales correspondientes a los diferentes activos.

2. Las enmiendas parlamentarias

En su informe de 9 de marzo el Parlamento[31] propone una serie de enmiendas que afectan a los artículos a los que nos estamos refiriendo.

Respecto del concepto de titular real, se hacen aportaciones que en conjunto no cabe sino valorar positivamente:

1. en caso de personas jurídicas, una reducción del umbral para apreciar la condición de titular real al 10%+1 del capital social o de los derechos de voto. El mismo criterio es aplicable al control indirecto, mediante una participación del 10%+1 en el capital social de la sociedad que ostenta una participación del 10%+1 en el capital social de la que interviene como *cliente*;
2. en defecto de la identificación del titular real por la propiedad del capital social o de los derechos de voto, de forma directa o indirecta, mantiene la consideración como tales de los administradores sociales, si bien *los directivos principales, los directores mandatarios, los administradores y otros autorizados*

o agentes no deberán ser identificados como titulares reales, salvo cuando cumplan los criterios de un titular real. La excepción parece contradictoria, porque si reúnen los requisitos para ser considerados titulares reales, con independencia de su cargo en la sociedad, ya habrían sido identificados como tales;

3. la identificación como titular real de los directivos de alto nivel es sustituida por el archivo de las actuaciones realizadas para la identificación del titular real, con la indicación de la no existencia de tal. En ese caso, la persona física que ejerza el cargo directivo de más alto nivel *será identificado como «directivo principal» (y no como «titular real») y se consignará en los registros de datos de todos los propietarios legales de la entidad*;

4. respecto de los *trust* se contempla finalmente la posibilidad de que existan varios fideicomitentes y protectores y se prevé que estos, así como los beneficiarios o fideicomisarios, sean personas jurídicas, en cuyo caso el titular real de estas será considerado titular real del *trust*.

Estas aportaciones nos parecen en general positivas, con una salvedad: los mecanismos establecidos por las recomendaciones del GAFI tienden a asegurar que en todo caso se produzca la identificación de un titular real, mientras que en la forma descrita, en determinados supuestos podremos encontrarnos con un *directivo principal* pero sin un *titular real*, y solo un control a posteriori permitiría determinar si las diligencias aplicadas por la propia sociedad para la identificación del titular han sido suficientes y adecuadas. Este problema se evitaría si la total composición del capital social estuviera a disposición de las autoridades y del público general, a través del registro público correspondiente.

En el campo mercantil, las enmiendas propuestas al artículo 30 de la Directiva insisten en la necesidad de poner a disposición del público general la información sobre titular real, con unos contenidos mínimos, exigiendo que la información siga *a disposición del público a través de los registros nacionales y del sistema de interconexión de los registros durante los diez años siguientes a la cancelación de la sociedad u otra persona jurídica del registro*. Se añade además, para quien teniendo la condición de entidad obligada entable nuevas relaciones de clientela con una sociedad o persona jurídica sujeta al deber de registrar la información concerniente al titular real, la obligación de recabar *la prueba del registro*. Conviene resaltar esta idea, porque implica que el registro de titulares reales no solo debe proporcionar información adecuada, relevante, actualizada y puntual, sino que además lo ha de hacer con plena eficacia probatoria, con lo que ello significa en cuanto al tratamiento profesional y responsable de esa información, tanto en su recogida, como en su difusión.

Respecto de los *trusts*:

• se da un listado más extenso, pero aún así ejemplificativo y abierto, de acuerdos legales asimilables al *trust*: fiducie, Treuhand, *waqf* o fideicomiso,

Stiftung, Privatstiftung, Usufruct Fiducia y cualesquiera otras estructuras jurídicas, presentes o futuras, similares en su configuración o función;

• la información relativa al titular real en este caso «*se conservará en el Registro Central a que se refiere el artículo 30, apartado 3*», es decir, el Registro Mercantil, Registro de Sociedades o Registro Público;

• se pretende brindar un acceso general a la información contenida en ese Registro, relativa a «*cualesquiera estructuras jurídicas indicadas en el apartado 1 o cualquier fideicomiso distinto de los contemplados en el artículo 1 bis, letra d) de la Directiva 2009/101/CE*»;

• se amplía la regla de punto de conexión, para comprender a las estructuras jurídicas creadas o regidas por la norma de un Estado miembro, o cuyo órgano de dirección en último término esté en uno, que estén vinculadas con uno por residencia de uno o más de los titulares reales, o ser titular de activos en el mismo, de acciones o derechos de voto en personas jurídicas residentes en él, de cuentas bancarias o de pago en entidad de crédito situada en Estado miembro.

Vemos que el Parlamento sigue la estela de la Comisión, y exige, ahora de modo expreso, la incorporación al Registro Mercantil de los datos relativos al titular real de los *trusts* y estructuras similares. Ahora bien, si bien es evidente que existen estructuras fiduciarias que desempeñan actividades comerciales, no es menos cierto que en la mayoría de países de la Unión no es así, y la finalidad del *trust* es únicamente salvaguardar intereses patrimoniales de índole familiar. En tal caso, exigir la constancia de todas ellas en el Registro Mercantil plantea graves problemas, en la medida en que impone su inscripción en un Registro atributivo de personalidad jurídica, sea por vía de constitución o de declaración, lo que violenta la normativa nacional en la materia. Desde luego, es un adelanto que los datos relativos a estas instituciones hayan de constar en un Registro Público. Pero teniendo en cuenta la alternativa ofrecida por la 25.ª Recomendación del GAFI, y visto que la norma ya prevé que la titularidad real de activos financieros se incorpore a un registro electrónico único, parece que el campo en el que sería necesario centrarse es el inmobiliario, y el Registro de la Propiedad reúne las características precisas para el adecuado tratamiento de la información requerida.

V. ESTUDIO PARTICULARIZADO DEL PROPUESTO ARTÍCULO 32·TER: ¿UN *EUROPEAN REAL PROPERTY REGISTER?*

La principal novedad viene, sin embargo, de la mano de la 59.ª enmienda, introducida por la Comisión de Asuntos Legales el 18 de enero de 2017, añadiendo un nuevo artículo 32 ter, que reproducimos y analizamos con cierto detalle:

Artículo 32 ter

1. Los Estados miembros implantarán mecanismos centralizados automatizados, como registros centrales o sistemas centrales electrónicos de consulta de datos, que permitan la identificación, en tiempo oportuno, de cualquier persona física o jurídica que posea o controle terrenos y edificios en su territorio. Los Estados miembros notificarán a la Comisión las características de estos mecanismos nacionales.

2. Los Estados miembros se asegurarán de que la información conservada en los mecanismos centralizados contemplados en el apartado 1 sea directamente accesible, a nivel nacional, por las UIF y las autoridades competentes. Los Estados miembros se asegurarán de que cualquier UIF esté en condiciones de facilitar a cualquier otra UIF, en tiempo oportuno y conforme a lo establecido en el artículo 53, la información conservada en los mecanismos centralizados contemplados en el apartado 1.

3. Estará accesible y será consultable, gracias a los mecanismos centralizados contemplados en el apartado 1, la información siguiente:

- *respecto del propietario del inmueble y de cualquier persona que pretenda actuar en nombre del propietario: el nombre y los apellidos, complementados con los demás datos de identificación requeridos por las disposiciones nacionales que incorporen el artículo 13, apartado 1, letra a), o un número de identificación único;*
- *respecto del titular real del inmueble: el nombre y los apellidos, complementados con los demás datos de identificación requeridos por las disposiciones nacionales que incorporen el artículo 13, apartado 1, letra b), o un número de identificación único;*
- *respecto del inmueble: la fecha y el título de la adquisición, las hipotecas y los derechos distintos del de propiedad;*
- *respecto de terrenos: la ubicación, el número de parcela, la clasificación urbanística (estado actual del terreno), la superficie de la parcela (superficie del terreno);*
- *respecto de edificios: la ubicación, el número de parcela, el número de edificio, el tipo, la estructura, la superficie cubierta.*

La disposición, en definitiva, redunda en la creación de un repositorio de titularidades inmobiliarias que se tendrá que abastecer de los datos proporcionados por las autoridades competentes para pronunciarse con pleno valor probatorio en cada Estado miembro sobre los derechos en cuestión, es decir, por los Registros de la Propiedad, cuya información, por tanto, se vería duplicada, con el consiguiente riesgo de distorsiones producidas por errores o demoras en el traslado de la información de uno a otro. De hecho, un repositorio tal ya existe a nivel nacional, cuanto menos en todos aquellos Estados miembros cuyos Registros

de la Propiedad están interconectados. En nuestro caso, un *sistema electrónico central de consulta de datos* es exactamente lo que conocemos como FLOTI —fichero localizador de titularidades inscritas— mediante el cual, una simple consulta on-line a través del portal del Colegio de Registradores permite conocer en muy breve plazo sobre cuántas fincas en todo el territorio nacional ostenta algún derecho inscrito una persona, así como obtener información detallada de la situación jurídica de una finca, aportando sus datos de identificación.

Sin embargo, y volviendo al análisis del precepto, ese repositorio no se dispone que haya de ser de acceso público, cuando el propio Parlamento ha considerado que no existen motivos para imponer restricciones en el acceso a la información relativa a los *trusts*.

Si la atribución contenida en la enmienda correspondiente al artículo 31 a los Registros Mercantiles se concretara en los Registros de la Propiedad, este nuevo artículo 32·ter resultaría de todo punto superfluo e innecesario, ya que el resultado último buscado es el mismo que el perseguido por el proyecto de interconexión[32]: crear un portal único que permita acceder a la información jurídica sobre titularidades de derechos reales inmobiliarios. El proyecto de interconexión, con su herramienta imprescindible IMOLA, además, ofrece una información detallada sobre el alcance y contenido de la propia información registral, y el contenido de los derechos a que la misma se refiere, de un modo estructurado y comprensible gracias a los glosarios y el tesauro[33]. La propuesta del Parlamento en este punto, parece redundante y poco ambiciosa, y solo vendría a corroborar que la Interconexión de los Registros de la Propiedad atiende no solo a intereses de mercado y de cooperación judicial, sino también de lucha contra el blanqueo de capitales y la evasión fiscal, papel que, de hecho, ya desempeñan los Registros de la Propiedad a nivel nacional.

Nos centraremos, para terminar, en el último párrafo de este artículo:

4. Los Estados miembros cooperarán entre sí y con la Comisión para establecer antes del 1 de enero de 2018 un Registro Europeo de la Propiedad de conformidad con el apartado 1 sobre la base del Servicio Europeo de Información sobre Propiedad Inmobiliaria (EULIS).

Una disposición con semejante contenido merece las siguientes consideraciones:

En primer lugar, y desde el punto de vista de técnica legislativa, si el propósito del Parlamento fuera crear un Registro de la Propiedad europeo, como institución de la Unión, no parece que la Directiva, necesitada de transposición a nivel nacional, sea el instrumento normativo más adecuado. Las instituciones de la Unión solo pueden adoptar los instrumentos jurídicos que enumera el artículo 288 del TFUE. De entre ellos, la Directiva fija unos objetivos a uno, varios o todos los Estados miembros, dejándoles libertad para determinar la forma y medios para alcanzarlos, mediante un acto de transposición para el que

gozan de facultades discrecionales que permitan adecuar la norma europea a las particularidades nacionales. Solo el Reglamento se puede dirigir a las propias instituciones de la Unión, teniendo carácter obligatorio y vinculante en todos sus elementos y resultando directamente aplicable, lo que garantiza la aplicación uniforme en todos los Estados miembros. Más allá de esto, son los Tratados, negociados por el Consejo y ratificados por los Parlamentos nacionales, los que establecen las normas y procedimientos que deben seguir las instituciones de la Unión. Las Agencias de la Unión, con específicas funciones de naturaleza técnica, científica o administrativa, son creadas por actos legislativos concretos, de aplicación general y directa, es decir, Reglamentos.

En segundo lugar, la fecha de 1 de enero de 2018 carece de cualquier viso de realismo, a menos que se considere limitada a la creación de un índice centralizado de titularidades, electrónico y nacional, en el sentido de los anteriores apartados. De hecho, remite al apartado 1, que según hemos visto, se refiere a un sistema electrónico de consulta de datos a nivel nacional, algo bastante alejado de lo que es un Registro de la Propiedad único a nivel europeo. Y lo cierto es que hay un cambio de terminología difícil de entender, lo que hace que la disposición resulte sistemáticamente incomprensible. Esto resulta más evidente en la versión inglesa del texto: mientras que el apartado 1 se refiere a *central registries or central electronic data retrieval systems*, el apartado cuarto lo hace a un *European real property register*. La diferencia entre *registry* y *register* puede parecer baladí, pero no lo es en absoluto.

Así, un *registry*, en plural *registries*, es la oficina o agencia gubernamental que está al frente de un *public register*, que sería, por el contrario, el archivo propiamente dicho[34]. Hasta cierto punto podemos considerar que el *register* es el conjunto organizado de datos y tal vez su soporte, mientras que *registry* se referiría al registro como institución jurídica, incluidos los medios humanos y materiales, además de la oficina, como espacio físico, y en nuestro caso los libros del Registro.

Esto hace resaltar más si cabe la contradicción interna del precepto, desde el punto de vista de uno de los caballos de batalla que tiene la Unión Europea, cual es el de las versiones lingüísticas de los textos normativos. En la Unión existen 24 lenguas oficiales, que son igualmente instrumento de trabajo. Esto hace que la corrección de las traducciones sea esencial, y que, por el contrario, se puedan producir con cierta facilidad distorsiones en la búsqueda de equivalencias lingüísticas para determinados términos.

En el supuesto que nos ocupa, las versiones española, italiana, francesa o portuguesa emplean la misma palabra en los apartados 1.º y 4.º del artículo propuesto: registro, *registre* o *registo*, y su plural registros, *registri*, *registres* y *registos*. De forma parecida, la versión neerlandesa emplea los términos *registers* y *onroerendgoedregister*, es decir, registros y registro de la propiedad. Pero hemos visto que la versión inglesa sí distingue entre *registry-registries* y *register*.

Más claro y terminante es el texto en la versión alemana: el apartado 1.º habla de *register* mientras que el 4.º se refiere a un *Europäischen Grundbuchportal*, es decir, un *Portal Europeo del Registro de la Propiedad*.

Queda por tanto de manifiesto la contradicción interna del texto propuesto, si no se hacen unas precisiones terminológicas, necesarias en la versión española, pero no en la inglesa o la alemana, en la medida en que el apartado 1.º llama a los Estados a crear Registros (instituciones jurídicas, como conjuntos de normas y procedimientos ordenados en torno a una relación jurídica) que conserven y proporcionen información sobre los titulares reales de activos inmobiliarios, a nivel nacional, y el apartado 4.º invoca el establecimiento de un registro (en el sentido ahora de archivo, listado o base de datos) a nivel europeo. Sin estas puntualizaciones la interpretación del artículo además de ser internamente incoherente puede propiciar lecturas altamente distorsionadas, de efectos nefastos.

Por otro lado, el artículo 345 del TFUE parece vetar la imposición de un Registro de la Propiedad europeo por parte de las autoridades de la Unión, ya que el modelo registral de cada Estado es reflejo del sistema de derechos reales y de transmisión de los mismos que haya vigente, al que condiciona a la vez que viene condicionado por aquel, en tanto que es el mecanismo a través del cual el Estado define y garantiza el derecho de propiedad, y demás derechos reales. Imponer un modelo de Registro afectaría a la estructura del derecho de propiedad, y «*los tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de propiedad en los estados miembros*».

A la ausencia de título competencial habría que sumar la disparidad de los sistemas registrales vigentes en los Estados miembros, que hace difícil, si no imposible, una *unificación* de la información en un único registro. En el panorama de la Unión tenemos registros de documentos y de derechos; registros que funcionan íntegramente de forma electrónica y otros que empiezan a hacerlo ahora; registros en los que constan el dominio y las cargas y Estados en los que hay un registro para el dominio y otro para las cargas… Los efectos jurídicos y la fiabilidad de la información en cada caso proporcionada varía significativamente de un caso a otro, de modo que un *órgano central* —sea un registro propiamente dicho, sea un índice de titularidades formado duplicando las procedentes de los registros nacionales— tendría graves complicaciones para garantizar que la información cumpla con los requisitos de adecuación, exactitud y actualización que establecen las recomendaciones del GAFI, la IV Directiva vigente y la propuesta de V Directiva, y prácticamente nada podría decir sobre la calidad y garantía de esa información. Sería necesario por tanto emprender con carácter previo un proceso de *armonización* de los sistemas registrales —en la medida en que fuera competencialmente posible— lo que sería de todo punto incompatible con el brevísimo plazo propuesto por el Parlamento. Un intento tal de armonización ya se produjo con el Libro Blanco sobre la reforma de los mercados hipotecarios en Europa, gestado desde 2003 y que ocupó la actividad

de la Dirección General de Mercado Interior y Servicios de 2005 a 2007. Este proyecto, pretendiendo establecer un régimen general de la denominada *euro-hipoteca,* acabó limitándose a hacer unas recomendaciones que no han tenido un excesivo recorrido posterior[35].

Sea como fuere, posibilitar la circulación de la información jurídica relativa a la titularidad, que es lo que pretende la norma, no pasa, en ningún caso, por la necesidad de crear un Registro de la Propiedad Europeo, quedando sobradamente cubierta con la implantación efectiva de la interconexión entre los registros nacionales. Mantener el proyecto de interconexión y paralelamente crear este *European real property register* supondría una innecesaria duplicidad (doble, en la medida en que el repositorio a que llama el apartado a su vez esté replicando el contenido de los Registros de la Propiedad nacionales), que redundaría en contra de las pretensiones de la Directiva, en cuanto a establecimiento de un único punto de información al que acudir para la aplicación de las medidas de diligencia debida. Y si de hecho el propio mecanismo de interconexión ha sido respondido por diferentes Estados miembros, y ha acabado asumiendo que su implantación habrá de ser voluntaria[36], no hace falta mucha imaginación para suponer la reacción de las autoridades nacionales respecto de la creación de un Registro europeo.

Finalizamos analizando la referencia a EULIS, que parece fuera de lugar y de toda lógica:

a) por la propia condición de European Economic Interest Group, y por tanto, de entidad privada, que tiene EULIS. Es absolutamente inusitado que una norma de aplicación general como es una Directiva invoque a una entidad privada, proponiéndola como modelo a seguir para las instituciones de la Unión y las nacionales;

b) por la propia situación actual de EULIS, cuyo Board, en sesión celebrada en Dublín el pasado 7 de febrero, ha acordado ya su disolución y liquidación, lo que ha confirmado su Asamblea General celebrada en Gävle el 5 de abril;

c) porque EULIS no constituye en ningún caso un Registro de la Propiedad cuyo modelo sea aplicable a nivel nacional o europeo. Es, como la propia denominación expresa, un *servicio de información*, esencialmente un portal de acceso a la información jurídico-inmobiliaria que facilitan los Registros de la Propiedad nacionales, a los que redirige las solicitudes que recibe, y que son los que efectivamente expiden la información registral. Esto es relevante, porque implica reconocer que son los Registros nacionales los que generan la información, bajo su entera responsabilidad, y no la plataforma. La existencia de un *Registro* supone el establecimiento de un procedimiento legal que, con intervención de una autoridad responsable, trate profesionalmente los datos recibidos para generar la información jurídico-real inmobiliaria —para crear el título registral, según lo expuesto en la nota 7— y garantizar su exactitud y

actualización. Desde luego, nada de esto es lo que encontramos en el caso al que remite el apartado que analizamos;

d) porque el propio modelo ha mostrado su poca utilidad, con un volumen anual de 1500 visitas a su página web y un total de 800 peticiones de información en los años 2014 y 2015, lo que ha conducido a que fuera calificado de *proyecto fracasado* en el non-paper franco-alemán de 7 de septiembre de 2015;

e) porque, en última instancia, ese portal de redireccionamiento que es EULIS, en el marco de la disolución de la entidad, tiene previsto su cierre el 1 de julio próximo.

En conjunto, por tanto, el texto propuesto por el Parlamento para este nuevo artículo 32·ter debería ser sustituido por una llamada a la aplicación efectiva del mecanismo de interconexión de los Registros de la Propiedad, en la forma prevista por la Comisión, en cuanto el proyecto esté ultimado y operativo.

VI. CONCLUSIONES

Agruparemos la conclusiones que extraemos del anterior estudio en torno a tres conceptos fundamentales, tal y como se ha desarrollado la propia exposición: la situación respecto de las sociedades mercantiles, respecto de los *trusts* y otra estructuras jurídicas similares, y respecto de la creación de un Registro Europeo de la Propiedad.

A) Conclusiones respecto de las sociedades mercantiles

I. la legislación española se ha adaptado a la III Directiva contra el blanqueo de capitales, pero en su intento de adelantarse a la redacción de la IV Directiva no ha logrado ajustarse a las disposiciones que finalmente esta contiene, sin que se haya realizado ningún esfuerzo posterior para adaptarse al marco normativo resultante. Esto hace más necesario si cabe, y más urgente, atender con prontitud a la transposición de la V Directiva en cuanto sea efectivamente aprobada por las instituciones de la Unión Europea;

II. las normas europeas exigen que los datos relativos a los titulares reales se conserven en registros que proporcionen una información adecuada, precisa y actual. No se dispone expresamente, pero subyace la idea de que la información sea relevante, íntegra, veraz y confiable, y sí hay una invocación directa a recabar *la prueba del registro*, lo que implica que resulte imprescindible un tratamiento profesional y responsable de la información. No puede bastar en consecuencia con la creación de una mera base de datos, sino que debe implantarse un auténtico registro en su sentido jurídico;

III. la Base de Datos de Titulares Reales del Consejo General del Notariado, constituyendo un avance en su día, carece de cobertura legal, y no basta

para cubrir las exigencias establecidas actualmente por la IV Directiva, ni puede racionalmente ajustarse a las previsiones de la futura V Directiva, en cuanto se invoca directamente a los Registros Mercantiles;

IV. las disposiciones europeas vigentes exigen que el registro de titulares reales, en cuanto a sociedades mercantiles, sea público y esté conectado a sus homólogos de los restantes Estados miembros a través de una plataforma central europea concebida y dirigida exclusivamente a los Registros Mercantiles, que va a estar operativa a partir del 8 de junio de 2017;

V. la conclusión subsiguiente parece evidente, y es que los datos concernientes a la titularidad real de las personas jurídicas deberían ser tratados y conservados por los Registros Mercantiles. La exigencia de establecimiento de un Registro Central quedaría salvada atribuyendo la función de punto de comunicación al Registro Mercantil Central, o creando en el Colegio de Registradores un servicio análogo al ya existente del FLEI;

VI. la correcta transposición de las normas ya vigentes, y de las que están por venir, pasa por incorporar al registro de titulares reales de personas jurídicas toda las transmisiones de cuotas de capital o derechos de voto que se produzcan, y no únicamente la identidad de quien en cada momento tenga la consideración de titular real de la persona jurídica;

VII. en todo caso debe estimarse como positiva cualquier reducción que se establezca en el umbral fijado para conferir la condición de titular real. El 10%+1 es desde luego mejor que el 25%+1, pero no debe restringirse a determinadas sociedades mercantiles, e incluso sería deseable la implantación de la regla del 5%+1;

VIII. y sería igualmente conveniente la fijación de reglas concretas a nivel nacional para apreciar el control o propiedad indirecto de la persona jurídica.

B) Conclusiones respecto de los *trusts* y otras estructuras jurídica asimilables:

I. las recomendaciones del GAFI permiten la recopilación y conservación de la información relativa a los *trusts* y otras estructuras jurídicas asimilables bien en registros específicos, bien en registros sectoriales, atendiendo a la naturaleza de los activos de que sean titulares. En esta segunda línea, la propuesta de la Comisión para la V Directiva anti blanqueo prevé crear registros de activos financieros. Con ello, y teniendo cubierta la acreditación de la titularidad real de los activos societarios, el Registro de la Propiedad reúne las condiciones óptimas para completar el panorama, recopilando y proporcionando esa información respecto de los activos inmobiliarios;

II. la postura de las instituciones europeas es, por el contrario, la de establecer un Registro que trate esta información, sobre una base personal, y encomienda al Registro Mercantil esta función;

III. esto sin embargo plantea dudas, en relación al propio *trust*, en tanto que institución no reconocida en nuestro Derecho, cuyos datos se pretende

que queden incorporados a un registro atributivo de personalidad jurídica, y con total independencia del tipo de actividades a que se consagre, sean o no mercantiles o empresariales;

IV. iguales cuestiones plantea el traslado al Registro Mercantil de los datos obrantes en los registros, administrativos, de fundaciones y asociaciones, entidades que por definición carecen del ánimo lucrativo que caracteriza la actividad mercantil;

V. entendemos por ello que una medida de este contenido puede conducir a una desnaturalización hipertrófica del Registro Mercantil, y que, por el contrario se debería ahondar en la línea alternativa contemplada por el GAFI, cuya efectiva implantación no requeriría de ninguna especial medida de implementación.

C) Conclusiones respecto de la creación de un Registro Europeo de la Propiedad:

I. la propuesta de V Directiva pone en valor el papel de los Registros de la Propiedad nacionales, como instrumentos de transparencia en la titularidad de los activos inmobiliarios, y por tanto, en la lucha contra el blanqueo de capitales y la evasión fiscal:

• aportando luz a la verdadera titularidad de los activos inmobiliarios, al publicar las diferentes operaciones sobre los mismos, y los sujetos que han intervenido en su formalización, lo que permite establecer relaciones con otros sujetos u otros activos que podrían *prima facie* haber quedado ocultos;

• dando efectividad a medidas cautelares adoptadas durante la investigación judicial y a las sanciones pecuniarias y de comiso impuestas sobre el patrimonio del blanqueador;

• aplicando, conforme a la normativa estatal, medidas de diligencia debida que permiten identificar supuestos de riesgo y comunicarlos a las autoridades competentes para su investigación.

II. la correcta traducción e interpretación del apartado 4.º del propuesto nuevo artículo 32·ter se limita a establece un mecanismo de interconexión entre los registros nacionales, duplicando, si no invocando, el proyectado por la Comisión, en el que se está trabajando desde 2015, y que finalmente será de implementación voluntaria para los Estados miembros;

III. sin perjuicio que pueda llegar a estimarse recomendable un cierto grado de armonización de los sistemas registrales de los Estados miembros, la unificación, o la creación de un organismo registral de la Unión, se debe reputar irrealizable, técnicamente, políticamente, y competencialmente;

IV. por el contrario, la plena eficacia de las medidas establecidas para la prevención del blanqueo de capitales solo será posible asegurando la plena disponibilidad de los datos relativos a los titulares reales de los diferentes tipos de activos. Es por ello que consideramos imprescindible aprovechar las posibilidades que ya brindan los Registros de la Propiedad y potenciar la circulación

de la información relativa a las titularidades inmobiliarias, apostando por el proyecto de interconexión de la Comisión.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE de 24 de mayo de 2011
- STJUE de 25 de abril de 2013
- STJUE de 28 de mayo de 2013
- STJUE de 10 de septiembre de 2015
- STJUE de 10 de marzo de 2016
- STJUE de 9 de marzo de 2017

Tribunal Supremo

- STS de 30 de abril de 2008
- STS de 14 de abril de 2011
- STS de 5 de enero de 2012
- STS de 5 de diciembre de 2012
- STS de 29 de abril de 2015
- STS de 15 de marzo de 2017

BIBLIOGRAFÍA

ANDRADA DE LA TORRE, J. (2016). El delito fiscal como actividad delictiva antecedente al delito de blanqueo de capitales. *Noticias jurídicas* [En línea] disponible en http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11427-el-delito-fiscal-como-actividad-delictiva-antecedente-al-delito-de-blanqueo-de-capitales/#_ftnref12.

BLOMEYER, R. (Dir.) (2017). *The Impact of Schemes revealed by the Panama Papers on the Economy and Finances of a Sample of Member States*. Bruselas: Parlamento Europeo [En línea] disponible en http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/116947/20170412_panama_papers_study_final.pdf

DE LA PUENTE ALFARO, J. M. (2009). La armonización del derecho privado en Europa y el Registro de la Propiedad. En: Orduña Moreno, F. J y de la Puente Alfaro, F. (Dir.) *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el derecho europeo*. Pamplona: Aranzadi, 103-114.

DE PRADA GUAITA (2014). Haciendo caja a costa del secreto del protocolo. *Transparencia notarial*. [En línea] disponible en http://transparencianotarial.es/haciendo-caja-a-costa-del-secreto-de-protocolo/

DÍAZ FRAILE, J. M. (Coord.) (2016). *Legislación y jurisprudencia sobre prevención del blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi.

ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J. (2010). La lucha contra el blanqueo de capitales a nivel internacional, *Tiempo de Gestión* núm. 9, 93-106.

FERNÁNDEZ ARAGONCILLO AGLIO, M. (2016). Blanqueo de capitales y registro de la propiedad, mercantil y de bienes muebles, *XIX Congreso Mundial de Derecho Registral IPRA-CINDER Chile 2014*. Valencia: Tirant lo Blanch, 675-694.

GARCÍA VALDECASAS BUTRÓN, J. A. (2016). *Informe febrero 2016 Registros Mercantiles. Transmisión de participacioines sociales y blanqueo de capital* [En línea] disponible en http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-mercantil/informes-mensuales-o-m/informe-febrero-2016-registros-mercantiles/#transmision-de-participaciones-sociales-y-blanqueo-de-capitales.

KNOBEL, A. y MEINZER, M. (2016). *Drilling to the real owners — part 2. Don't forget the trust: amendments needed in FATF's recommendations and EU's AML Directive*. Tax justice network. [En línea] disponible en http://www.taxjustice.net/2016/06/28/europe-trust-trusts/

MARTÍN SANTISTEBAN, S. (2009). Los trusts como instrumento de transmisión de la riqueza familiar en el Derecho europeo continental, en: Arranz de Andrés, C. y Serna Vallejo, M. *Estudios de Derecho español y europeo. Libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*. Santander: Universidad de Cantabria, 583-605.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (2008). *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*, Pamplona: Aranzadi.

— (2016). The land registrar as a legal professional, *ELRA annual publication* [En línea], núm. 7, disponible en https://www.elra.eu/wp-content/uploads/2017/02/6.-Fernando-P.-Mendez-The-Land-Registrar-as-a-Legal-Professional.pdf

PAU PEDRÓN, A. (2004). *La convergencia de los sistemas registrales en Europa*. Madrid: Colegio de Registradores.

PULIDO ALBA, E. J. (2014). *El fraude fiscal en España. Una estimación con datos de contabilidad nacional*. Tesis doctoral inédita. Universidad de Salamanca. [En línea] Disponible en https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125760/1/DEA_PulidoAlbaEmilioJos%C3%A9_Fraudefiscal.pdf

RIVAS RUIZ, A. (2014). La base de datos de titularidad real. ¿Una herramienta útil al servicio de quién? *El notario del siglo* XXI, núm. 56. Disponible en http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3807-la-base-de-datos-de-titularidad-real.

TAUS, M. (2016). Land's registrar's status in Europe, *XIX Congreso Mundial de Derecho Registral IPRA-CINDER Chile 2014*. Valencia: Tirant lo Blanch, 413-417.

UNGER, B. (2017). *Offshore activities and money laundering: recent findings and challenges*. Bruselas: Parlamento Europeo. [En línea] Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/595371/IPOL_STU(2017)595371_EN.pdf

VAN DER DOES DE WILLEBOIS, E. HALTER, E. M. HARRISON, R. A. WON PARK, J., SHARMAN, J. C. (2011). *The puppet masters. How the corrupt use legal structures to hide stolen assets and what to do about it*. World Bank - UNDOC StAR [En línea] Disponible en http://documents.worldbank.org/curated/en/784961468152973030/pdf/651250REPLACEM061561B09780821388945.pdf

NOTAS

[1] BLOMEYER, R. (2017), 51.

[2] 'Impact Assessment accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering, including terrorist financing and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on information accompanying transfers of funds', European Commission, February 2013. Ver igualmente también: http://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2011/October/illicit-money_-how-much-is-out-there.html. Ver asímismo: http://www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering/

[3] De hecho subsiste un debate doctrinal al respecto, y si bien la interpretación que del artículo 301 CP hace el Tribunal es consecuente con el Derecho comparado, y con la Ley 10/2010, suscita algunas cuestiones no resueltas a juicio de parte de los penalistas: algunos autores consideran que al ser el fraude fiscal un delito de omisión, no puede alterar la naturaleza, lícita o ilícita de la procedencia de los activos por los que se debía haber tributado; existirían problemas prácticos a la hora de determinar los fondos procedentes del delito de defraudación fiscal en el patrimonio del sujeto, por el juego del principio *in dubio pro reo*; podría existir una vulneración del *non bis in idem* en la medida en que se sancione primero el fraude fiscal y después el blanqueo del dinero defraudado; y finalmente plantea problemas la posibilidad de regularización de las cuotas tributarias defraudadas, realizada con posterioridad al blanqueo. *Vid.,* un resumen de la cuestión en ANDRADA DE LA TORRE, J. (2016).

[4] El GAFI, FATF en inglés, es el «Grupo de Acción Financiera», una institución intergubernamental creada en 1989 por el G7, hoy G8 para desarrollar y proponer políticas coordinadas en materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Comprende actualmente un total de 35 Estados además de la Comisión Europea y el Consejo de Cooperación para los Estados Árabes del Golfo Pérsico y, en calidad de observadores, el FMI y el Banco Mundial. Su labor se concreta en las 40 Recomendaciones con relación al blanqueo de capitales y las Recomendaciones especiales para prevenir la financiación del terrorismo. En cuanto a las técnicas de blanqueo en las diferentes fases, *vid*. UNGER. B. (2017), 15 y sigs.

[5] El caso del bitcoin sería paradigmático, por la práctica imposibilidad de rastrear la titularidad de los monederos virtuales, y en consecuencia, las transacciones realizadas. Para el pago de cualquier operación basta con comunicar el número de identificación del monedero y los códigos de acceso al mismo, sin tener que efectuar una transferencia de las monedas virtuales desde un monedero a otro, con lo que esos códigos de identificación y acceso operan en sí mismos como títulos con un valor económico propio. La conversión de la moneda virtual en dinero de curso legal solo se realizará en la mayoría de los casos en ámbitos que garanticen la opacidad de la operación —paraísos fiscales, principalmente— si bien viene facilitada desde el momento en que existen cajeros automáticos que permiten acceder al monedero virtual —caso de los existentes a día de hoy en Gibraltar, de los que se pueden extraer tanto libras como euros—. Actualmente también en España hay cajeros electrónicos de bitcoin. Y es solo una, si bien la más extendida de las monedas virtuales existentes.

[6] El Grupo Egmont agrupa más de 120 Unidades de Inteligencia Financiera (UIFs) de todo el mundo. Fue creado en 1995 para facilitar el intercambio de información en materia de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación de grupos terroristas a través de Memorandos de Entendimiento, y para fomentar y desarrollar actividades de formación, elaborar informes y publicaciones y supervisar el funcionamiento de la red segura de intercambio de información entre las diferentes UIFs.

[7] Decimos que el Registro *crea* un título sobre el derecho, y no que lo publica y asegura, porque la inscripción de un derecho implica no ya su publicidad, sino su *incorporación al Registro,* lo que supone que las vicisitudes del acto o negocio surtirán efectos entre las partes del mismo, pero que frente a terceros se produzca una abstracción del derecho, que solo se verá afectado por aquello que resulte del propio Registro, de modo análogo a cómo

las circunstancias de la relación jurídica causal subyacente no afectan al crédito incorporado a un título cambiario, en la medida en que este circula. En consecuencia, el derecho inscrito es derecho y tiene un valor patrimonial *per se*, con independencia de lo que ocurra en el ámbito extrarregistral, y el derecho en este caso resulta creado por el acto de la inscripción. *Vid.,* más extensamente MÉNDEZ GONZÁLEZ, F .P. (2008), 171 y sigs.

[8] Stolen Asset Recovery Initiative (StAR), es fruto de un acuerdo de colaboración entre el Banco Mundial y UNDOC (United Nations Office of Drugs and Crime), y tiene por objeto apoyar la iniciativas internacionales para acabar con los paraísos fiscales, colaborando con los países en vías de desarrollo y los centros financieros para prevenir el blanqueo de fondos procedentes de la corrupción y procurar una más rápida y sistemática recuperación de tales fondos. UNDOC, por su parte, es la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen.

[9] El Real Decreto 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizaciones para fomentar la inversión y la creación de empleo ha tenido el efecto de sacar de la alegalidad un mercado de venta de sociedades creadas con la única finalidad económica de su transmisión a terceros, en busca de opacidad. Vid, a título de ejemplo http://www.elconfidencial.com/empresas/2014-01-20/el-negocio-de-vender-sociedades-fantasma_76485/ Vid también FERNÁNDEZ ARAGONCILLO AGLIO, M. (2016).

[10] Puede resultar interesante comparar el texto de la norma europea con la transposición realizada por el legislador español en la Ley 10/2010, de 28 de abril, aunque solo sea para tenerlas a mano durante la lectura de este estudio:

DIRECTIVA 2015/849, ARTÍCULO 3·6 «A los efectos de esta Directiva se entiende por: "titular real": la persona o personas físicas que tengan la propiedad o el control en último término del cliente o la persona o personas físicas por cuenta de las cuales se lleve a cabo una transacción o actividad, con inclusión, como mínimo, de:

a) en el caso de las personas jurídicas:

i) la persona o personas físicas que en último término tengan la propiedad o el control de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta de un porcentaje suficiente de acciones o derechos de voto o derechos de propiedad en dicha entidad, incluidas las carteras de acciones al portador, o mediante el control por otros medios, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado y que estén sujetas a requisitos de información acordes con el Derecho de la Unión o a normas internacionales equivalentes que garanticen la adecuada transparencia de la información sobre la propiedad.

El hecho de que una persona física tenga una participación en el capital social del 25% más una acción o un derecho de propiedad superior al 25% en el cliente será un indicio de propiedad directa. El hecho de que una sociedad, que esté bajo el control de una o varias personas físicas, o de que múltiples sociedades, que estén a su vez bajo el control de la misma persona o personas físicas, tenga una participación en el capital social del 25% más una acción o un derecho de propiedad superior al 25% en el cliente será un indicio de propiedad indirecta. Lo anterior se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a decidir que un porcentaje menor pueda ser indicio de propiedad o control. La existencia de "control por otros medios" podrá determinarse, entre otras maneras, de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 22, apartados 1 a 5, de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo,

ii) en caso de que, una vez agotados todos los medios posibles y siempre que no haya motivos de sospecha, no se identifique a ninguna persona con arreglo al inciso i), o en caso de que haya dudas de que la persona o personas identificadas sean los titulares reales, la persona o personas físicas que ejerzan un cargo de dirección de alto nivel, las entidades obligadas conservarán registros de las medidas tomadas para identificar a quien ejerce la titularidad real con arreglo al inciso i) y al presente inciso;

b) en el caso de los fideicomisos:

i) el fideicomitente,

ii) el fideicomisario o fideicomisarios,

iii) el protector, de haberlo,

iv) los beneficiarios; o cuando los beneficiarios de la entidad o la estructura jurídica estén aún por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúan principalmente la entidad o la estructura jurídicas,

v) cualquier otra persona física que ejerza en último término el control del fideicomiso a través de la propiedad directa o indirecta o a través de otros medios;

c) si se trata de entidades jurídicas como las fundaciones, y de estructuras jurídicas similares a los fideicomisos, estarán incluidas en esta categoría la persona o personas físicas que ejerzan un cargo equivalente o similar a los contemplados en la letra b)».

LEY 10/2010, ARTÍCULO 4·2: «A los efectos de la presente Ley, se entenderá por titular real:

a) La persona o personas físicas por cuya cuenta se pretenda establecer una relación de negocios o intervenir en cualesquiera operaciones.

b) La persona o personas físicas que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por ciento del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de la gestión de una persona jurídica. Se exceptúan las sociedades que coticen en un mercado regulado de la Unión Europea o de países terceros equivalentes.

c) La persona o personas físicas que sean titulares o ejerzan el control del 25 por ciento o más de los bienes de un instrumento o persona jurídicos que administre o distribuya fondos, o, cuando los beneficiarios estén aún por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúa principalmente la persona o instrumento jurídico».

[11] Respectivamente establecidos en Estados Unidos por su Ley de Cumplimiento Tributario de Cuentas Extranjeras (FATCA) para determinar la titularidad de entidades en manos de sus nacionales, y por la Comisión de Bolsa y Valores (U.S. Securities and Exchange Commission) en relación a las sociedades sujetas a cotización.

[12] Directiva del Parlamento y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros. Se refiere a la creación de mecanismos de publicidad obligatoria aplicables a la constitución, estatutos, modificaciones estructurales, nombramientos de representantes orgánicos y cambio de domicilio de determinados tipos de sociedades mercantiles, en el caso español las anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada. Pero esos mecanismos de publicidad obligatorio también deben comprender los documentos contables y las resoluciones judiciales sobre nulidad, lo que conviene tener presente cuando más adelante tratemos de la transposición de la norma en el Derecho español. Por lo demás, esta Directiva se refiere expresamente a la apertura de un expediente para cada sociedad «*en un Registro Central o bien en un Registro Mercantil o Registro de Sociedades*». La interconexión a la que invoca es el BRIS (Business Registers Interconnection System), que deriva directamente de la Directiva 2012/17/UE, operativo a través del portal e-justice a partir del 8 de junio de 2017.

[13] Con fecha 9 de mayo de 2017 la DGRN ha aprobado la instrucción para la interconexión de los Registros Mercantiles, que establece unas normas mínimas para posibilitar la conexión de los Registros Mercantiles a la plataforma Central Europea, ante la falta de transposición de la Directiva 2012/17, en cuanto modifica la Directiva 89/666/CEE, y la Directiva 2009/101. Se trata, en definitiva y esquemáticamente, en nuestro caso, de hacer accesibles transfronterizamente los datos disponibles a través del FLEI, de modo que empresarios, interesados en general y, desde luego, autoridades judiciales y administrativas puedan tener conocimiento *fehaciente* de los datos relevantes de las sociedades mercantiles. En el marco de comunicación así creado el Colegio de Registradores se constituye en el punto de acceso a través del cual se recibirá y remitirá la información a la Plataforma Central Europea.

[14] VAN DER DOES *et alii* (2011) páginas 45-46. Los autores ponen de manifiesto que solo un 5% de las entidades vehiculares identificadas en casos de blanqueo de capitales son *trusts*, y solo en un 15% de las investigaciones aparece implicada alguna estructura jurídica del tipo *trust*. Pero ello se debe precisamente a la dificultad para probar la participación en

el proceso de blanqueo. Los investigadores y autoridades judiciales y tributarias optan por no actuar contra los mismos a menos que el rastro dejado sea nítido. Pero en términos generales es complicado conseguir las mínimas pruebas necesarias para ello.

[15] La tipología es muy variada y cambiante, según el marco normativo que se esté analizando. En general, en el derecho británico se diferencia a) el *express trust*, creado por el *settlor* con una voluntad clara de transmitir los activos al *trustee*, que podrá rehusar el encargo, y asegurar los provechos a los *beneficiaries*, b) el *implied trust*, que constituye generalmente un tribunal sobre la base de la voluntad presunta del *settlor*, en cuyo caso el *trustee* no puede rehusar el cargo, y c) el *constructive trust*, que crea el tribunal en base a una interpretación de *equity* en consideración al comportamiento del sujeto y para atender a una demanda de justicia. A su vez, el *express trust* puede ser 1) *executed trust* si una vez constituido no requiere actos posteriores para producir efectos, o 2) *executory trust* si necesita de acciones o instrucciones ulteriores. Por su parte el derecho norteamericano distingue a) el *investment trust*, por el que varias personas ponen fondos en común para que los gestione una *trust company;* b) el *voting trust* al que los partícipes en una sociedad encomiendan su representación para alcanzar una mayoría de votos razonablemente estable y poder influir en la gestión social; c) el *holding trust* creado con las aportaciones de quienes desarrollan actividades similares, para realizar un fin común a sus respectivas empresas y establecer monopolios u oligopolios de hecho; y d) el *trust* con fines de garantía, que opera en razón de un crédito que garantiza mediante emisión de bonos o certificados respaldados por los bienes de la empresa que constituye el *trust*, de modo que en caso de impago se resarza a los acreedores con el producto de la explotación o venta de los bienes.

[16] Actualmente el reconocimiento del *trust* se ha extendiendo entre los ordenamientos jurídicos continentales. En los Países Bajos se reconoce una versión limitada, pero de uso bastante extendido. En Mónaco, Chipre y Malta solo se reconoce la modalidad *offshore*: si se constituye en el extranjero o en territorio nacional, pero por residentes en un Estado en que sea posible su constitución. Liechtenstein lo reconoció ya en 1926, sin limitación ninguna. En Alemania, por la *Gesetz zur Neuorganisation der Bundesfinanzverwaltung und sur Schaffung eines Refinanziereungsregisters* el Gobierno Federal ha concedido autorización a las entidades financieras para emplear un instrumento de refinanciación hipotecaria inspirado en el *trust*, pero sin establecer un régimen completo. San Marino lo reguló en 2005, y Francia en 2007 con la *loi núm. 211 instituant la fiducie*, con la intención de lograr competitividad en el mercado internacional. *Vid.,* MARTÍN SANTISTEBAN, S. (2009).

[17] KNOBEL y MEINZER (2016) 31. Aparentemente la máxima publicidad se daría en la República Checa, Hungría y San Marino. Pero conviene interpretar el cuadro en sus justos términos. Así, en el primer caso citado, el mecanismo previsto es una simple alta fiscal, aunque se está poniendo en marcha un registro específico. En Hungría los *trusts* gestionados por un *trustee* no profesional se registran en el Banco Central, mientras que respecto de los gestionados por profesional, es este y no el *trust* quien obtiene una licencia del propio Banco Central, sin obligación de facilitar en ese momento dato alguno sobre el *trust*. No obstante, los títulos de constitución de unos y otros se deben presentar a las autoridades fiscales. En San Marino sí que opera un auténtico registro de *trusts*, formado con la información que el *trustee* facilita mediante un certificado que debe elevar a público notarialmente.

[18] http://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/7923656/10/16/En-que-invierten-los-espanoles-sus-ahorros-El-deposito-vuelve-a-ser-la-estrella.html

[19] ION COMUNICACIÓN (2017). Gestha denuncia que el 75% de la evasión fiscal no fue detectada por Hacienda en 2015. Disponible en: http://www.ioncomunicacion.es/noticia.php?id=%2017753.

[20] Por absurdo que nos pueda parecer, los registradores no tenemos en el ámbito europeo, por el momento, la consideración de profesión jurídica, fruto de la disparidad de los regímenes existentes en los diferentes Estados miembros, y del muy distinto estatus profesional de nuestros compañeros. El Colegio y la asociación ELRA están desplegando notables esfuerzos para lograr ese reconocimiento, que estimamos esencial.

[21] Recientemente, y como consecuencia del plan de retribución variable vinculado a objetivos del Banco de Santander, la presidenta del Consejo de Administración del mismo ha elevado su cuota en el capital hasta el 0'132%, el vicepresidente primero hasta el 0'009% y el vicepresidente segundo hasta el 0'008%. El mayor accionista no ostenta más del 0'504% del total de 14.582 millones de acciones. *Vid.,* http://valenciaplaza.com/ana-patricia-botin-recibe-130580-acciones-del-banco-santander

[22] Editorial en Escritura Pública núm. 104, marzo-abril de 2017, 4 a 7. Disponible on line visitando la página http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-220448.pdf

[23] Una de las cosas loables en la técnica normativa de la Unión es la inclusión de tablas de correspondencia que permiten de un modo sencillo comprobar los antecedentes de una disposición en concreto.

[24] Sentencias de 24 de mayo de 2011 y 10 de septiembre de 2015 (C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08, C-61/08 y C-151/14, todos ellos en procedimientos de infracción contra, respectivamente, Bélgica, Francia, Luxemburgo, Austria, Alemania, Grecia y Letonia) en relación con el requisito de nacionalidad para el acceso a la función notarial, vinieron a considerar que esta no supone ejercicio de poder público. En todos los casos estudiados el núcleo principal de la función notarial consiste en la autenticación de documentos que con aquella intervención obtienen valor probatorio y fuerza ejecutiva. Por ello, los Estados consideraron que dicha función sí suponía una actividad relacionada con el ejercicio de un poder público, y por tanto, resultaba exceptuada de la libertad de establecimiento del artículo 49 TFUE en el sentido del artículo 51 TFUE. Contra la opinión inicial del Abogado General, el Tribunal ha venido a considerar que:

• La autorización de documentos públicos supone, desde luego, la comprobación del cumplimiento de los requisitos legales aplicables, pero sin embargo su contenido se refiere, en la práctica totalidad de actuaciones notariales, a actos o acuerdos voluntarios, cuyo contenido de derechos y obligaciones es determinado, dentro del marco que la norma conceda, por las propias partes, de modo que hay un acuerdo de voluntades previo;

• La posible negativa del notario a intervenir en caso de incumplimiento de las disposiciones legales no impide a los interesados subsanar la falta, modificar lo pactado o desistir del acuerdo, sin que medie la imposición de sanciones u otra reacción legal, como correspondería a un ejercicio de autoridad pública. De hecho, ni siquiera excluye la posibilidad de acudir a otro fedatario que acceda a autorizar el documento;

• El documento autorizado notarialmente es oponible a terceros, solo por su valor probatorio, quedando el valor ejecutivo limitado a las relaciones entre las partes firmantes;

• En ningún caso, tampoco en relación con el Reglamento de Sucesiones o con el divorcio, los notarios actuarán si existe un desacuerdo entre las partes. La resolución de conflictos, como manifestación del ejercicio de autoridad o poder público, está expresamente vetado al notariado;

• El acceso del documento notarial a Registros Públicos, alegado por comparación con lo resuelto respecto del *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante*, olvida las consideraciones que en cuanto a este hizo el Tribunal en relación con las prerrogativas de mantenimiento de la seguridad, ejercicio de funciones de policía, y facultades de instrucción, coercitivas y sancionadores, que en ningún caso son predicables del notario;

• El notario desarrolla su actividad en condiciones de competencia, lo que no es propio del ejercicio del poder público, sin que obste a esta consideración el carácter reglado de su actuación, la fijación pública de tarifas, o el establecimiento de sistemas oficiales de acceso a la función;

• La exclusión del notariado del ámbito de aplicación de las Directivas sobre reconocimiento de títulos profesionales no implica automáticamente la aplicabilidad de la excepción del artículo 51 TFUE, sino el reconocimiento de la necesidad de acreditar unos conocimientos específicos del ordenamiento jurídico en cuyo ámbito territorial se vaya a ejercer la función.

Las aún más recientes STJUE de 9 de marzo de 2017, C-484/15 y 551/15, respecto del notariado croata, han declarado que el notario no es asimilable a un órgano jurisdiccional

ni a efectos del Reglamento del título ejecutivo europeo, ni del de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Se valoraba, en concreto, la expedición por notario, según la ley nacional, de mandamientos ejecutivos para el cobro de determinadas deudas, sobre la base de la minuta/reclamación que presenta el acreedor y que solo se notifica al deudor una vez expedido aquel mandamiento. El TJUE rechaza que quepa dar ejecución a tales mandamientos, conforme a la normativa europea, y ello porque en su función:

• No existe contradicción entre las partes, bien porque existe un acuerdo previo, bien porque el notario interviene por cuenta solo de una de ellas, unilateralmente, dado traslado a la otra de lo ya actuado;

• Aunque los documentos notariales pueden servir de base para la expedición de un título ejecutivo europeo, en relación con lo anterior, solo será así si el crédito no es impugnado;

• Si bien el notario actúa en base a unas funciones que le han sido conferidas por un acto de una autoridad pública, ni la determinación del crédito impagado —que es de naturaleza contractual— ni la acción para su cobro —que salvaguarda intereses privados y se rige por las normas nacionales aplicables a las relaciones entre particulares— exigen del ejercicio de prerrogativas de poder público.

[25] RIVAS RUIZ, A. (2014), DE PRADA GUAITA, C. (2014).

[26] Caso del Reglamento Delegado (UE) 2017/590 de la Comisión, de 28 de julio, por el que se completa el Reglamento (UE) 600/2014 del Parlamento y del Consejo, en lo que se refiere a las normas técnicas de regulación relativas a la comunicación de operaciones a las autoridades competentes, que prevé la inclusión entre los datos asociados al código LEI de los relativos a las relaciones entre sociedades padres y filiales y sucursales.

[27] En ciertos países de nuestro entorno, los administradores sociales remiten un *annual report* manifestando las alteraciones en la composición del capital social producidas durante el año. Técnicamente sería muy sencillo hacer algo parecido en España, aprovechando la experiencia del depósito de cuentas por medios telemáticos, con firma electrónica de quien en la sociedad tenga facultades para certificar. No obstante sería preferible una *inscripción plena* de las transmisiones, que posibilitara practicar posteriormente las anotaciones preventivas, inscripciones y cancelaciones derivadas de procedimientos administrativos o judiciales seguidos contra los titulares de las acciones o participaciones sociales, en el folio registral de la sociedad.

[28] *Vid.,* para mayor información editorial en *Registradores,* núm. 79, enero-marzo de 2017, 3 a 7, disponible *on line* en http://www.registradores.org/wp-content/revista/registradores/79/

[29] Es interesante la caracterización del *trust* como fondo separado en el artículo 2. Por lo demás, el Convenio se aplica únicamente a los *trust* creados por disposición expresa y voluntaria, determina que la Ley aplicable será la elegida por el constituyente, y en su defecto la que presente más estrechos vínculos con el *trust*, según el lugar de administración, la situación de los bienes, la residencia del *trustee* y los objetivos del propio *trust*, siempre y cuando la ley que resulte así aplicable no desconozca la institución misma, o la clase concreta de *trust* de que se trate. El reconocimiento como patrimonio separado, y en consecuencia, la capacidad del *trustee* para comparecer en juicio o ante notarios o autoridades públicas, queda limitado a aquellos creados conforme a la Ley aplicable. Expresamente se dispone, en el artículo 12, que el *trustee* podrá solicitar la inscripción de bienes muebles o inmuebles, en su calidad de tal *trustee* o de forma que ponga de manifiesto la existencia del *trust*, «*siempre que ello no esté prohibido por la ley del Estado en que haya de tener lugar la inscripción o sea incompatible con dicha ley*».

El Convenio ha sido firmado y ratificado, por parte de Estados miembros de la Unión, por Chipre, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, e incluimos a Reino Unido, a la espera de su salida de la Unión. Malta se ha adherido, pero no lo ha ratificado.

[30] Transcribimos el texto resultante de las propuestas de la Comisión, destacando la novedades en cursiva:

Artículo 3.6 A los efectos de esta Directiva se entiende por: titular real: la persona o personas físicas que tengan la propiedad o el control en último término del cliente o la persona o personas físicas por cuenta de las cuales se lleve a cabo una transacción o actividad, con inclusión, como mínimo, de:

a) en el caso de las personas jurídicas:

i) la persona o personas físicas que en último término tengan la propiedad o el control de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta de un porcentaje suficiente de acciones o derechos de voto o derechos de propiedad en dicha entidad, incluidas las carteras de acciones al portador, o mediante el control por otros medios, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado y que estén sujetas a requisitos de información acordes con el Derecho de la Unión o a normas internacionales equivalentes que garanticen la adecuada transparencia de la información sobre la propiedad.

El hecho de que una persona física tenga una participación en el capital social del 25% más una acción o un derecho de propiedad superior al 25% en el cliente será un indicio de propiedad directa. El hecho de que una sociedad, que esté bajo el control de una o varias personas físicas, o de que múltiples sociedades, que estén a su vez bajo el control de la misma persona o personas físicas, tenga una participación en el capital social del 25% más una acción o un derecho de propiedad superior al 25% en el cliente será un indicio de propiedad indirecta. Lo anterior se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a decidir que un porcentaje menor pueda ser indicio de propiedad o control. La existencia de «control por otros medios» podrá determinarse, entre otras maneras, de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 22, apartados 1 a 5, de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

A efectos de lo dispuesto en el artículo 13, apartado 1, letra b), y en el artículo 30 de la presente Directiva, la indicación de la propiedad o el control contemplados en el párrafo segundo se reducirá al 10% cuando la persona jurídica sea una entidad no financiera pasiva según se define en la Directiva 2011/16/UE.

ii) en caso de que, una vez agotados todos los medios posibles y siempre que no haya motivos de sospecha, no se identifique a ninguna persona con arreglo al inciso i), o en caso de que haya dudas de que la persona o personas identificadas sean los titulares reales, la persona o personas físicas que ejerzan un cargo de dirección de alto nivel, las entidades obligadas conservarán registros de las medidas tomadas para identificar a quien ejerce la titularidad real con arreglo al inciso i) y al presente inciso;

b) en el caso de los fideicomisos:

i) el fideicomitente,

ii) el fideicomisario o fideicomisarios,

iii) el protector, de haberlo,

iv) los beneficiarios; o cuando los beneficiarios de la entidad o la estructura jurídicas estén aún por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúan principalmente la entidad o la estructura jurídicas,

v) cualquier otra persona física que ejerza en último término el control del fideicomiso a través de la propiedad directa o indirecta o a través de otros medios;

c) si se trata de entidades jurídicas como las fundaciones, y de estructuras jurídicas similares a los fideicomisos, estarán incluidas en esta categoría la persona o personas físicas que ejerzan un cargo equivalente o similar a los contemplados en la letra b);

Artículo 30. 1. Los Estados miembros velarán por que las sociedades y otras personas jurídicas constituidas en su territorio tengan la obligación de obtener y conservar información adecuada, precisa y actual sobre su titularidad real, incluidos los pormenores del interés último ostentado.

Los Estados miembros garantizarán que dichas entidades tengan la obligación de suministrar a las entidades obligadas, además de la información sobre su propietario legal, información relativa al titular real cuando las entidades obligadas estén tomando medidas de diligencia debida con respecto al cliente de conformidad con el capítulo II.

2. Los Estados miembros exigirán que las autoridades competentes y las UIF puedan acceder en tiempo oportuno a la información a que se refiere el apartado 1.

3. Los Estados miembros se asegurarán de que la información a que se refiere el apartado 1 sobre la titularidad real se conserve en un Registro Central en cada Estado miembro, por ejemplo un Registro Mercantil o un Registro de Sociedades a tenor del artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (1), o en un registro público. Los Estados miembros notificarán a la Comisión las características de estos mecanismos nacionales. La información sobre la titularidad real contenida en esta base de datos podrá ser consultada de conformidad con los sistemas nacionales.

4. Los Estados miembros exigirán que la información conservada en el Registro Central a que se refiere el apartado 3 sea suficiente, exacta y actual.

5. Los Estados miembros velarán por que toda la información sobre la titularidad real esté en todos los casos a disposición de:

a) las autoridades competentes y las UIF, sin restricción alguna;

b) las entidades obligadas, en el marco de la aplicación de las medidas de diligencia debida con respecto al cliente de conformidad con el capítulo II;

…

A efectos del presente apartado, el acceso a la información sobre la titularidad real se hará de conformidad con las normas sobre protección de datos y podrá estar sujeta a un registro en línea y al pago de una tasa. Las tasas aplicadas por la obtención de información no deberán exceder de los correspondientes costes administrativos.

6. *El Registro Central a que se refiere el apartado 3 garantizará el acceso oportuno e ilimitado de las autoridades competentes y las UIF a toda la información conservada en dicho Registro, sin restricciones y sin alertar a la entidad de que se trate. Permitirá también el acceso en tiempo oportuno de las entidades obligadas que adopten medidas de diligencia debida con respecto al cliente conforme a lo establecido en el capítulo II. Las autoridades competentes a las que se concederá acceso al Registro Central indicado en el apartado 3 serán aquellas con responsabilidades específicas en la lucha contra el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, incluidas las autoridades tributarias y las autoridades cuya función es la investigación o el enjuiciamiento del blanqueo de capitales, los delitos principales asociados y la financiación del terrorismo, el rastreo y la incautación, el embargo y el decomiso de activos de origen delictivo.*

7. Cada Estado miembro garantizará que las autoridades competentes y las UIF estén en condiciones de proporcionar en tiempo oportuno la información indicada en los apartados 1 y 3 a las autoridades competentes y a las UIF de otros Estados miembros al adoptar medidas de diligencia debida.

8. Los Estados miembros dispondrán que las entidades obligadas no recurran exclusivamente al Registro Central a que se refiere el apartado 3 para dar cumplimiento a los requisitos en materia de diligencia debida con respecto al cliente de conformidad con el capítulo II. Para dar cumplimiento a dichos requisitos se aplicará un planteamiento basado en el riesgo.

9. *Los Estados miembros podrán eximir de la obligación de autorizar el acceso a la totalidad o parte de la información sobre la titularidad real a que se refiere el apartado 5, letra b), en casos concretos y en circunstancias excepcionales que habrán de establecerse en la legislación nacional, si tal acceso puede exponer al titular real a un riesgo de fraude, secuestro, chantaje, violencia o intimidación o si el titular real es un menor o tiene alguna incapacidad no relacionada con la edad. Las exenciones determinadas de conformidad con el presente apartado no se aplicarán a las entidades financieras y de crédito, ni a las entidades obligadas a que se refiere el artículo 2, apartado 1, punto 3, letra b), que sean funcionarios públicos.*

10. Los Estados miembros velarán por que los Registros Centrales a que se refiere el apartado 3 del presente artículo estén conectados entre sí a través de la plataforma central europea creada en virtud del artículo 4 bis, apartado 1, de la Directiva 2009/101/CE. La conexión de los Registros Centrales de los Estados miembros a la plataforma se establecerá

conforme a las especificaciones y los procedimientos técnicos determinados en los actos de ejecución adoptados por la Comisión de acuerdo con el artículo 4 quater de la Directiva 2009/101/CE. Los Estados miembros se asegurarán de que la información a que se refiere el apartado 1 del presente artículo esté disponible a través del sistema de interconexión de registros establecido por el artículo 4 bis, apartado 2, de la Directiva 2009/101/CE, de conformidad con las legislaciones nacionales de los Estados miembros que den aplicación a lo dispuesto en el apartado 5 del presente artículo. Los Estados miembros cooperarán entre sí y con la Comisión a la hora de aplicar los diferentes tipos de acceso con arreglo al apartado 5.

Artículo 31. 1. *Los Estados miembros se asegurarán de que el presente artículo se aplique a los fideicomisos (trusts) y otros tipos de estructuras jurídicas de configuración o funciones similares, como, entre otras, fiducie, Treuhand o fideicomiso. Los Estados miembros requerirán que los fideicomisarios de cualquier fideicomiso expreso o directo administrado en su territorio obtengan y mantengan información suficiente, exacta y actualizada sobre la titularidad real referente al fideicomiso. Esa información incluirá la identidad*

a) del fideicomitente;

b) del fideicomisario;

c) del protector (de haberlo);

d) de los beneficiarios o categoría de beneficiarios, y

e) de cualquier otra persona física que ejerza el control efectivo del fideicomiso.

2. Los Estados miembros velarán por que los fideicomisarios comuniquen su condición y transmitan en tiempo oportuno la información indicada en el apartado 1 a las entidades obligadas cuando, como tales, entablen una relación de negocios o realicen una transacción ocasional por encima del umbral fijado en el artículo 11, letras b), c) y d).

3. Los Estados miembros exigirán que las autoridades competentes y las UIF puedan acceder en tiempo oportuno a la información a que se refiere el apartado 1.

3 bis. La información a que se refiere el apartado 1 se conservará en un Registro Central creado por el Estado miembro en el que se administre el fideicomiso.

4. *Los Estados miembros garantizarán que la información conservada en el Registro a que se refiere el apartado 3 bis se ponga a disposición, en tiempo oportuno y sin restricción alguna, de las autoridades competentes y de las UIF, sin alertar a las partes del fideicomiso de que se trate. Asegurarán también el acceso de las entidades obligadas a esa información en tiempo oportuno, en cumplimiento de las disposiciones sobre diligencia debida con respecto al cliente establecidas en el capítulo II. Los Estados miembros notificarán a la Comisión las características de estos mecanismos. Las autoridades competentes a las que se concederá acceso al Registro Central indicado en el apartado 3 bis serán aquellas con responsabilidades específicas en la lucha contra el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, incluidas las autoridades tributarias y las autoridades cuya función sea la investigación o el enjuiciamiento del blanqueo de capitales, los delitos principales asociados y la financiación del terrorismo, el rastreo y la incautación, el embargo y el decomiso de activos de origen delictivo.*

4 bis. La información conservada en el Registro a que se refiere el apartado 3 bis del presente artículo en relación con cualquier fideicomiso distinto de los contemplados en el artículo 7 ter, letra b), de la Directiva 2009/101/CE estará a disposición de toda persona u organización que pueda demostrar un interés legítimo. La información a disposición de aquellas personas y organizaciones que puedan demostrar un interés legítimo consistirá en el nombre y los apellidos, el mes y año de nacimiento, la nacionalidad y el país de residencia del titular real según se define en el artículo 3, apartado 6, letra b).

4 ter. Al contraer una nueva relación de clientela con un fideicomiso u otra estructura jurídica sujeta a la obligación de registro de la información sobre la titularidad real con arreglo al apartado 3 bis, las entidades obligadas recabarán la prueba del Registro siempre que así proceda.

5. Los Estados miembros exigirán que la información conservada en el Registro Central a que se refiere el apartado 4 sea adecuada y precisa y esté actualizada.

6. Los Estados miembros velarán por que las entidades obligadas no recurran exclusivamente al Registro Central a que se refiere el apartado 4 para dar cumplimiento de los requisitos en materia de diligencia debida con respecto al cliente que les impone el capítulo II. Para dar cumplimiento a dichos requisitos se aplicará un planteamiento basado en el riesgo.

7. Cada Estado miembro garantizará que las autoridades competentes y las UIF estén en condiciones de proporcionar en tiempo oportuno la información indicada en los apartados 1 y 4 a las autoridades competentes y a las UIF de otros Estados miembros.

7 bis. Los Estados miembros podrán eximir de la obligación de autorizar el acceso a la totalidad o parte de la información sobre la titularidad real a que se refieren los apartados 4 y 4 bis en casos concretos y en circunstancias excepcionales que habrán de establecerse en la legislación nacional, si tal acceso puede exponer al titular real a un riesgo de fraude, secuestro, chantaje, violencia o intimidación o si el titular real es un menor o tiene alguna incapacidad no relacionada con la edad.

Las exenciones establecidas de conformidad con el párrafo primero no se aplicarán a las entidades financieras y de crédito, ni a las entidades obligadas a que se refiere el artículo 2, apartado 1, punto 3, letra b), que sean funcionarios públicos.

Si algún Estado miembro decide establecer una exención con arreglo al párrafo primero, no podrá restringir el acceso a la información por parte de las autoridades competentes y las UIF.

8. …

9. *Los Estados miembros velarán por que los Registros Centrales a que se refiere el apartado 3 bis del presente artículo estén conectados entre sí a través de la plataforma central europea creada en virtud del artículo 4 bis, apartado 1, de la Directiva 2009/101/CE. La conexión de los Registros Centrales de los Estados miembros a la plataforma se establecerá conforme a las especificaciones y procedimientos técnicos determinados en los actos de ejecución adoptados por la Comisión de acuerdo con el artículo 4 quater de la Directiva 2009/101/CE.*

Los Estados miembros se asegurarán de que la información a que se refiere el apartado 1 del presente artículo esté disponible a través del sistema de interconexión de Registros establecido por el artículo 4 bis, apartado 2, de la Directiva 2009/101/CE, en cumplimiento de las legislaciones nacionales de los Estados miembros que den aplicación a lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del presente artículo.

Los Estados miembros se asegurarán de que solo la información mencionada en el apartado 1 que esté actualizada y corresponda a los verdaderos titulares reales sea la que esté disponible a través de sus registros nacionales y del sistema de interconexión de Registros, y de que el acceso a esta información se obtenga de conformidad con las normas de protección de datos.

Los Estados miembros cooperarán con la Comisión a la hora de otorgar los diferentes tipos de acceso de acuerdo con los apartados 4 y 4 bis del presente artículo.

10. A los efectos del presente artículo, se considerará que el fideicomiso se administra en el Estado miembro donde estén establecidos los fideicomisarios.

[31] Igual que hemos hecho con la propuesta de la Comisión, reproducimos el texto de los artículos, tal y como resultarían de ser aprobadas finalmente todas la enmiendas del Parlamento.

Artículo 3.6. A los efectos de esta Directiva se entiende por: titular real: la persona o personas físicas que tengan la propiedad o el control en último término del cliente o la persona o personas físicas por cuenta de las cuales se lleve a cabo una transacción o actividad, con inclusión, como mínimo, de:

a) en el caso de las personas jurídicas:

i) la persona o personas físicas que en último término tengan la propiedad o el control de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta de un porcentaje suficiente de acciones o derechos de voto o derechos de propiedad en dicha entidad, incluidas las carteras de acciones al portador, o mediante el control por otros medios, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado y que estén sujetas a requisitos de información acordes con

el Derecho de la Unión o a normas internacionales equivalentes que garanticen la adecuada transparencia de la información sobre la propiedad.

El hecho de que una persona física tenga una participación en el capital social del 10% más una acción o un derecho de propiedad superior al 10% en el cliente será un indicio de propiedad directa; El hecho de que una sociedad, que esté bajo el control de una o varias personas físicas, o de que múltiples sociedades, que estén a su vez bajo el control de la misma persona o personas físicas, tenga una participación en el capital social del 10 % más una acción o un derecho de propiedad superior al 10% en el cliente será un indicio de propiedad indirecta. Lo anterior se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a decidir que un porcentaje menor pueda ser indicio de propiedad o control. La existencia de «control por otros medios» podrá determinarse, en particular, de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 22, apartados 1 a 5, de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

i bis) los directivos principales, los directores mandatarios, los administradores y otros autorizados o agentes no deberán ser identificados como titulares reales, salvo cuando cumplan los criterios de un titular real

ii) en caso de que, una vez agotados todos los medios posibles, *la entidad no facilite la identidad de una persona física que cumpla los criterios establecidos en el* inciso i), *las entidades obligadas consignarán en los Registros que no existe un titular real y conservarán registros de las medidas tomadas para identificar a quien ejerce la titularidad real con arreglo al inciso i).*

En caso de que haya dudas de que la persona o personas identificadas sean los titulares reales, *se consignará en los registros que existen dichas dudas.*

Además, las entidades obligadas identificarán y verificarán la identidad de la persona física pertinente que ejerza el cargo de dirección de *más* alto nivel, *que será identificado como «directivo principal» (y no como «titular real»), y consignará en los Registros los datos de todos los propietarios legales de la entidad;*

b) en el caso de los fideicomisos:

i) el fideicomitente, *o fideicomitentes*

ii) el fideicomisario o fideicomisarios,

iii) el protector *o protectores,* de *haberlos,*

iv) los beneficiarios; o cuando los beneficiarios de la entidad o la estructura jurídicas estén aún por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúan principalmente la entidad o la estructura jurídicas,

v) cualquier otra persona física que ejerza en último término el control del fideicomiso a través de la propiedad directa o indirecta o a través de otros medios;

En caso de que las categorías citadas i) - v) incluyan, en lugar o además de personas físicas, una o varias personas jurídicas, los titulares reales de dicha entidad, según lo definido en el apartado anterior, serán consideradas, a su vez, como parte de los titulares reales del fideicomiso.

c) si se trata de entidades jurídicas como las fundaciones, y de estructuras jurídicas similares a los fideicomisos, estarán incluidas en esta categoría la persona o personas físicas que ejerzan un cargo equivalente o similar a los contemplados en la letra b);

Artículo 30. 1. Los Estados miembros velarán por que las sociedades y otras personas jurídicas constituidas en su territorio tengan la obligación de obtener y conservar información adecuada, precisa y actual sobre su titularidad real, incluidos los pormenores del interés último ostentado.

Los Estados miembros garantizarán que dichas entidades tengan la obligación de suministrar a las entidades obligadas, además de la información sobre su propietario legal, información relativa al titular real cuando las entidades obligadas estén tomando medidas de diligencia debida con respecto al cliente de conformidad con el capítulo II.

Los Estados miembros velarán por que los titulares de acciones, derechos de voto o derechos de propiedad en sociedades u otras personas jurídicas, incluidas las carteras de acciones

al portador, o mediante el control por otros medios, comuniquen a dichas sociedades o personas si son titulares en nombre propio y por cuenta propia o si lo son por cuenta de otra persona física. En caso de que actúen por cuenta de otra persona, deberán comunicar al Registro la identidad de la persona física en cuyo nombre actúan. Los Estados miembros velarán por que la persona o personas físicas que ejerzan el cargo o cargos de más alto nivel en las sociedades u otras personas jurídicas comuniquen a dichas sociedades o personas si ejercen el cargo en nombre propio o por cuenta de otra persona. En el caso de que actúen por cuenta de otra persona, deberán comunicar al Registro la identidad de la persona en cuyo nombre actúan.

2. Los Estados miembros exigirán que las autoridades competentes y las UIF puedan acceder en tiempo oportuno a la información a que se refiere el apartado 1.

3. Los Estados miembros se asegurarán de que la información a que se refiere el apartado 1 sobre la titularidad real se conserve en un Registro Central en cada Estado miembro, por ejemplo un Registro Mercantil o un Registro de Sociedades a tenor del artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (1), o en un registro público. Los Estados miembros notificarán a la Comisión las características de estos mecanismos nacionales. La información sobre la titularidad real contenida en esta base de datos podrá ser consultada de conformidad con los sistemas nacionales.

4. Los Estados miembros exigirán que la información conservada en el Registro Central a que se refiere el apartado 3 sea suficiente, exacta y actual. *Los Estados miembros aplicarán mecanismos para garantizar que la información del registro se verifica con regularidad. Las entidades obligadas, las UIF y las autoridades competentes notificarán cualquier discrepancia que detecten entre la información sobre la titularidad real conservada en los Registros Centrales y la información sobre la titularidad real recopilada como parte de sus procesos o investigaciones de diligencia debida con respecto al cliente.*

5. Los Estados miembros velarán por que toda la información sobre la titularidad real esté en todos los casos a libre disposición de:

a) las autoridades competentes y las UIF, sin restricción alguna;

b) las entidades obligadas, en el marco de la aplicación de las medidas de diligencia debida con respecto al cliente de conformidad con el capítulo II.

5 bis. La información conservada en el Registro a que se refiere el apartado 3 del presente artículo sobre cualquier sociedad u otra persona jurídica distinta de las contempladas en el artículo 1 bis, letra a), de la Directiva 2009/101/CE estará a disposición del público.

La información a disposición del público consistirá, como mínimo, en el nombre y los apellidos, la fecha de nacimiento, la nacionalidad, el país de residencia, los datos de contacto (sin divulgación de la dirección particular), y la naturaleza y el alcance de la participación del titular real según se define en el artículo 3, apartado 6, letra a).

A efectos del presente apartado, el acceso a la información sobre la titularidad real se hará de conformidad con la legislación sobre protección de datos y las normas de datos abiertos y estará sujeta a registro en línea. Los Estados miembros podrán establecer una tasa para cubrir los costes administrativos.

6. *El Registro Central a que se refiere el apartado 3 garantizará el acceso oportuno e ilimitado de las autoridades competentes y las UIF a toda la información conservada en dicho registro, sin restricciones y sin alertar a la entidad de que se trate. Permitirá también el acceso en tiempo oportuno de las entidades obligadas que adopten medidas de diligencia debida con respecto al cliente conforme a lo establecido en el capítulo II.*

Las autoridades competentes a las que se concederá acceso al Registro Central indicado en el apartado 3 serán aquellas con responsabilidades específicas en la lucha contra el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, incluidas las autoridades tributarias, LOS SUPERVISORES y las autoridades cuya función es la investigación o el enjuiciamiento del blanqueo de capitales, los delitos principales asociados y la financiación del terrorismo, el rastreo y la incautación, el embargo y el decomiso de activos de origen delictivo.

7. Cada Estado miembro garantizará que las autoridades competentes y las UIF estén en condiciones de proporcionar en tiempo oportuno la información indicada en los apartados 1

y 3 a las autoridades competentes y a las UIF de otros Estados miembros al adoptar medidas de diligencia debida.

8. Los Estados miembros dispondrán que las entidades obligadas no recurran exclusivamente al Registro Central a que se refiere el apartado 3 para dar cumplimiento a los requisitos en materia de diligencia debida con respecto al cliente de conformidad con el capítulo II. Para dar cumplimiento a dichos requisitos se aplicará un planteamiento basado en el riesgo. *Al contraer una nueva relación de clientela con una sociedad u otra persona jurídica sujeta a la obligación de registro de la información sobre la titularidad real con arreglo al apartado 3, las entidades obligadas recabarán la prueba del Registro.*

9. Los Estados miembros podrán eximir de la obligación de autorizar el acceso a la totalidad o parte de la información sobre la titularidad real a que se *refieren* el apartado 5, letra b), *y el apartados 5 bis* en casos concretos y en circunstancias excepcionales que habrán de establecerse en la legislación nacional, si tal acceso puede exponer al titular real a un riesgo de fraude, secuestro, chantaje, violencia o intimidación o si el titular real es un menor o tiene alguna incapacidad no relacionada con la edad. *Los Estados miembros garantizarán que estas exenciones se concedan tras una evaluación detallada de la naturaleza excepcional de las circunstancias y de manera que la evaluación sea accesible para la Comisión si se solicita. Las exenciones se reevaluarán a intervalos periódicos para evitar abusos. Cuando se conceda una exención, este extremo deberá figurar claramente en el registro. Se garantizarán los derechos a una revisión administrativa de la decisión relativa a la exención y a una tutela judicial efectiva. Los Estados miembros publicarán datos estadísticos anuales sobre la cantidad de exenciones concedidas y las razones aducidas, y notificarán los datos a la Comisión.*

Las exenciones determinadas de conformidad con el presente apartado no se aplicarán a las entidades financieras y de crédito, ni a las entidades obligadas a que se refiere el artículo 2, apartado 1, punto 3, letra b), que sean funcionarios públicos.

10. Los Estados miembros velarán por que los Registros Centrales a que se refiere el apartado 3 del presente artículo estén conectados entre sí a través de la plataforma central europea creada en virtud del artículo 4 bis, apartado 1, de la Directiva 2009/101/CE. La conexión de los Registros Centrales de los Estados miembros a la plataforma se establecerá conforme a las especificaciones y procedimientos técnicos determinados en los actos de ejecución adoptados por la Comisión de acuerdo con el artículo 4 quater de la Directiva 2009/101/CE.

Los Estados miembros se asegurarán de que la información a que se refiere el apartado 1 del presente artículo esté disponible a través del sistema de interconexión de registros establecido por el artículo 4 bis, apartado 2, de la Directiva 2009/101/CE, de conformidad con las legislaciones nacionales de los Estados miembros que den aplicación a lo dispuesto en el apartado 5 del presente artículo.

La información contemplada en el apartado 1 del presente artículo estará a disposición del público a través de los registros nacionales y del sistema de interconexión de los Registros durante los diez años siguientes a la cancelación de la sociedad u otra persona jurídica del registro. Los Estados miembros cooperarán entre sí y con la Comisión a la hora de aplicar los diferentes tipos de acceso con arreglo al apartado 5.

10 bis. Los Estados miembros velarán por que se exija a las sociedades u otras personas jurídicas constituidas fuera de su territorio o su jurisdicción que obtengan y conserven información adecuada, precisa y actual sobre su titularidad real, incluidos detalles de la participación del titular real ostentada, y que presenten dicha información al registro público en términos similares a los descritos en los apartados 1, 3, 5 y 6 del presente artículo y en el artículo 7 ter de la Directiva 2009/101/CE, en las siguientes circunstancias:

a) cuando la sociedad o la persona jurídica abra una cuenta bancaria o solicite un préstamo en el Estado miembro;

b) cuando la sociedad o la persona jurídica adquiera bienes inmuebles, ya sea mediante la compra u otros cauces legales como la donación;

c) cuando la sociedad o la persona jurídica sea parte en cualquier transacción comercial cuya validez con arreglo a la legislación nacional dependa de un determinado trámite o acto de validación, como la certificación por un notario.

Los Estados miembros preverán sanciones adecuadas en caso de incumplimiento de la obligación de registro de conformidad con el presente apartado, como la nulidad del contrato.

Artículo 31. 1. Los Estados miembros se asegurarán de que el presente artículo se aplique a los fideicomisos (trusts) y otros tipos de estructuras jurídicas de configuración o funciones similares, como, entre otras, fiducie, Treuhand, *waqf* o fideicomiso, *Stiftung, Privatstiftung, Usufruct Fiducia y cualesquiera otras estructuras jurídicas, presentes o futuras, similares en su configuración o función. Los Estados miembros definirán las características para determinar en qué casos las estructuras jurídicas tienen una configuración o funciones similares a los fideicomisos y otras estructuras indicadas en este párrafo.*

Los Estados miembros requerirán que los fideicomisarios de cualquier fideicomiso expreso o directo, *o las personas que ejerzan un cargo equivalente o similar en otros tipos de estructuras jurídicas como las indicadas en el párrafo primero, que se hayan creado, se administren u operen* en su territorio obtengan y mantengan información suficiente, exacta y actualizada sobre la titularidad real referente al fideicomiso. Esa información incluirá la identidad *de todos los titulares reales indicados en el artículo 3, apartado 6, letras b) y c).*

2. Los Estados miembros velarán por que los fideicomisarios *o las personas que ejerzan un cargo equivalente o similar en otros tipos de estructuras jurídicas como las indicadas en el artículo 31, apartado 1*, comuniquen su condición y transmitan en tiempo oportuno la información indicada en el apartado 1 a las entidades obligadas

3. Los Estados miembros exigirán que las autoridades competentes y las UIF puedan acceder directamente en tiempo oportuno a la información a que se refiere el apartado 1. *Las entidades obligadas, las UIF y las autoridades competentes notificarán cualquier discrepancia que detecten entre la información sobre la titularidad real conservada en los registros centrales y la información sobre la titularidad real recopilada como parte de sus procesos o investigaciones de diligencia debida con respecto al cliente.*

3 bis. La información a que se refiere el apartado 1 se conservará en *el* registro central *a que se refiere el artículo 30, apartado 3,* creado por *cada* Estado miembro en el que se *constituya,* administre *u opere la estructura jurídica indicada en el apartado 1.*

4. Los Estados miembros garantizarán que la información conservada en el registro a que se refiere el apartado 3 bis se ponga a *libre* disposición, en tiempo oportuno y sin restricción alguna, de las autoridades competentes y de las UIF, sin alertar a las partes *de la estructura jurídica* de que se trate. Asegurarán también el acceso de las entidades obligadas a esa información en tiempo oportuno, en cumplimiento de las disposiciones sobre diligencia debida con respecto al cliente establecidas en el capítulo II. Los Estados miembros notificarán a la Comisión las características de estos mecanismos.

Las autoridades competentes a las que se concederá acceso al Registro Central indicado en el apartado 3 bis serán aquellas con responsabilidades específicas en la lucha contra el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, incluidas las autoridades tributarias, *los supervisores* y las autoridades cuya función sea la investigación o el enjuiciamiento del blanqueo de capitales, los delitos principales asociados y la financiación del terrorismo, el rastreo y la incautación, el embargo y el decomiso de activos de origen delictivo.

4 bis. La información conservada en el registro a que se refiere el apartado 3 bis del presente artículo en relación con *cualesquiera estructuras jurídicas indicadas en el apartado 1 o* cualquier fideicomiso distinto de los contemplados en el *artículo 1 bis*, letra b), de la Directiva 2009/101/CE estará a *libre* disposición *del público.*

La información a disposición *del público* consistirá, como mínimo, en el nombre y los apellidos, *la fecha* de nacimiento, la nacionalidad, el país de residencia, *los datos de contacto (sin divulgación de la dirección particular), y la naturaleza y el alcance de la participación* del titular real según se define en el artículo 3, apartado 6, *letras* b) *y* c).

A efectos del presente apartado, el acceso a la información sobre la titularidad real se hará de conformidad con la legislación sobre protección de datos y las normas de datos abiertos y estará sujeta a registro en línea. Los Estados miembros podrán establecer una tasa para cubrir los costes administrativos.

4 ter. Al contraer una nueva relación de clientela con un fideicomiso u otra estructura jurídica sujeta a la obligación de registro de la información sobre la titularidad real con arreglo al apartado 3 bis, las entidades obligadas recabarán la prueba del Registro.

5. Los Estados miembros exigirán que la información conservada en el Registro Central a que se refiere el apartado 4 sea adecuada y precisa y esté actualizada. L*os Estados miembros aplicarán mecanismos para garantizar que la información del registro se verifica con regularidad. Las entidades obligadas, las UIF y las autoridades competentes notificarán cualquier discrepancia que detecten entre la información sobre la titularidad real conservada en los registros centrales y la información sobre la titularidad real recopilada como parte de sus procesos o investigaciones de diligencia debida con respecto al cliente.*

6. Los Estados miembros velarán por que las entidades obligadas no recurran exclusivamente al Registro Central a que se refiere el apartado 4 para dar cumplimiento de los requisitos en materia de diligencia debida con respecto al cliente que les impone el capítulo II. Para dar cumplimiento a dichos requisitos se aplicará un planteamiento basado en el riesgo.

7. Cada Estado miembro garantizará que las autoridades competentes y las UIF estén en condiciones de proporcionar en tiempo oportuno la información indicada en los apartados 1 y 4 a las autoridades competentes y a las UIF de otros Estados miembros.

7 bis. Los Estados miembros podrán eximir de la obligación de autorizar el acceso a la totalidad o parte de la información sobre la titularidad real a que se refieren los apartados 4 y 4 bis en casos concretos y en circunstancias excepcionales que habrán de establecerse en la legislación nacional, si tal acceso puede exponer al titular real a un riesgo de secuestro, chantaje, violencia o intimidación o si el titular real es un menor o tiene alguna incapacidad no relacionada con la edad. *Los Estados miembros garantizarán que estas exenciones se concedan tras una evaluación de la naturaleza excepcional de las circunstancias y de manera que la evaluación sea accesible para la Comisión si se solicita. Las exenciones se reevaluarán a intervalos periódicos para evitar abusos. Cuando se conceda una exención, este extremo figurará claramente en el Registro. Se garantizarán los derechos a una revisión administrativa de la decisión relativa a la exención y a una tutela judicial efectiva. Los Estados miembros publicarán datos estadísticos anuales sobre la cantidad de exenciones concedidas y las razones aducidas, y notificarán los datos a la Comisión.*

Las exenciones establecidas de conformidad con el párrafo primero no se aplicarán a las entidades financieras y de crédito, ni a las entidades obligadas a que se refiere el artículo 2, apartado 1, punto 3, letra b), que sean funcionarios públicos.

Si algún Estado miembro decide establecer una exención con arreglo al párrafo primero, no podrá restringir el acceso a la información por parte de las autoridades competentes y las UIF.

8. …

9. Los Estados miembros velarán por que los registros centrales a que se refiere el apartado 3 bis del presente artículo estén conectados entre sí a través de la plataforma central europea creada en virtud del artículo 4 bis, apartado 1, de la Directiva 2009/101/CE. La conexión de los Registros Centrales de los Estados miembros a la plataforma se establecerá conforme a las especificaciones y procedimientos técnicos determinados en los actos de ejecución adoptados por la Comisión de acuerdo con el artículo 4 quater de la Directiva 2009/101/CE.

Los Estados miembros se asegurarán de que la información a que se refiere el apartado 1 del presente artículo esté disponible a través del sistema de interconexión de registros establecido por el artículo 4 bis, apartado 2, de la Directiva 2009/101/CE, en cumplimiento de las legislaciones nacionales de los Estados miembros que den aplicación a lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del presente artículo.

Los Estados miembros se asegurarán de que solo la información mencionada en el apartado 1 que esté actualizada y corresponda a los verdaderos titulares reales sea la que esté

disponible a través de sus registros nacionales y del sistema de interconexión de registros, y de que el acceso a esta información se obtenga de conformidad con las normas de protección de datos.

La información a que se refiere el apartado 1 del presente artículo se facilitará a través de los registros nacionales y del sistema de interconexión de registros durante 10 años después de que la estructura jurídica indicada en el apartado 1 haya sido eliminada del registro. Los Estados miembros cooperarán con la Comisión a la hora de otorgar los diferentes tipos de acceso de acuerdo con los apartados 4 y 4 bis del presente artículo.

10. A los efectos del presente artículo, se considerará que *la estructura jurídica indicada en el apartado 1, similar al* fideicomiso*, se constituye,* se administra *u opera* en un Estado miembro *cuando:*

a) esté constituida de conformidad con la legislación del Estado miembro o esté regida por dicha legislación, o su órgano jurisdiccional de última instancia se encuentre en el territorio del Estado miembro, o

b) esté vinculada al Estado miembro:

i) por residir en dicho Estado miembro uno o más de los titulares reales;

ii) por ser propietario de bienes inmuebles en dicho Estado miembro;

iii) por ser titular de acciones o derechos de votos o derechos de propiedad en una persona jurídica constituida en dicho Estado miembro; o

iv) por ser titular de una cuenta bancaria o de pago en una entidad de crédito situada en dicho Estado miembro.

10 bis. Los Estados miembros notificarán a la Comisión las categorías y características de las estructuras jurídicas que se hayan identificado en virtud del apartado 1 en un plazo de 12 meses desde la entrada en vigor de la presente Directiva y, una vez transcurrido ese periodo, la Comisión debería publicar en un plazo de 2 meses la lista consolidada de dichas estructuras jurídicas en el Diario Oficial de la Unión Europea. Para el 26 de junio de 2020, la Comisión presentará un informe al Parlamento Europeo y al Consejo en el que valore si todas las estructuras jurídicas con organización o funciones similares a los fideicomisos y regidas en virtud de la legislación de los Estados miembros se identificaron debidamente y se sometieron a las obligaciones estipuladas en la presente Directiva. Si procede, la Comisión tomará las medidas necesarias para actuar en función de las conclusiones del informe.

[32] La *Land Registries Interconnection* es un proyecto lanzado por la Comisión en 2015 que busca la circulación transfronteriza de la información jurídica inmobiliaria en el ámbito de la Unión, a través del portal e-justice. Desde la presentación del primer estudio de viabilidad, el 4 de febrero de 2015, el proyecto ha sufrido numerosos vaivenes, siendo el más notable el producido por una inaudita posición conjunta franco-alemana rechazando la posibilidad de imposición de un mecanismo tal, y más sobre la base del portal web de EULIS. Este *non-paper* conjunto, fechado el 7 de septiembre de 2015, obligó a la Comisión a admitir el carácter voluntario de la interconexión y a redefinir el contenido técnico del proyecto, renunciando al establecimiento de un nodo único de información. A día de hoy, por tanto, y sin que se haya completado todavía su total elaboración técnica, la LRI consistiría esencialmente en un punto único de acceso on-line a la información proporcionada por los registros nacionales, con unos formularios únicos, que redirigirían la consulta a los registros competentes. Está previsto que la consulta pueda realizarse tanto por identificación de la finca o unidad registral, como por los datos del titular.

[33] IMOLA, *Interoperability Model for Land Registers* es un proyecto desarrollado por ELRA, financiado en parte por la Comisión, por el que se crea un documento registral estándar —LRD, *Land Registry Document*— con vistas a facilitar la comprensión de la información facilitada por los diferentes registros nacionales. De este modo, adjuntando el LRD a la publicidad registral nacional se proporciona el conocimiento necesario sobre el valor jurídico de aquella información, y sobre su significado, no mediante una simple traducción, sino a través de la exposición sistemática del contenido y posible equivalencia del derecho a que la publicidad se refiere. De este modo, el LRD, como fruto directo de IMOLA, se constituye

en la verdadera clave de bóveda del proyecto de LRI de la Comisión, como esta misma ha venido a admitir. Para más información. https://www.elra.eu/imola/

[34] El Diccionario Oxford define *registry* como *a place where registers or records are kept; an official list or register; registration; the nationality of a merchant ship*, y *register* como *an official list or record of names or items; a book or record of attendance* Por su parte el Burton's legal Thesaurus define *registry* como *a book authorized by law, in which writings are registered or recorded*

[35] DE LA PUENTE ALFARO, F. (2009), resalta que hasta la fecha, y en cuanto a la armonización de los sistemas registrales «*el objeto de debate ha estado constituido por la identificación de las mejores prácticas y no por la búsqueda de unos elementos integradores comunes que permitiera avanzar hacia una armonización en la que nadie pensaba*» (105), e identifica (109 a 113) las «*bases de una futura armonización de los sistemas registrales en Europa*», cuales serían los principios de folio real, de accesibilidad por medios electrónicos, de publicidad —en el sentido de proporcionar información depurada, de modo que solo se distribuyan datos relevantes, completos e inteligibles—, de inoponibilidad de lo no inscrito, de plenitud de la información —por la incorporación de bases gráficas—, de prioridad, de publicidad positiva o fe pública, y de calificación.

[36] Una reciente pregunta parlamentaria, relativa a la política de protección de datos personales que será aplicable al mecanismo de interconexión de los Registros de la Propiedad ha motivado la siguiente respuesta de la Comisaria de Justicia, Consumidores e Igualdad de Género, Věra Jourová: «*La protección de datos personales es una prioridad clave para la Comisión. Los tipos de búsquedas y la información que estará disponible para cada país en la interconexión de registros de la propiedad serán estrictamente determinados por las respectivas políticas nacionales del registro de la propiedad y las leyes nacionales pertinentes. Estas limitaciones serán plenamente respetadas por el sistema de interconexión. El sistema estará en total cumplimiento con todas las reglas de protección de datos vigentes. Asímismo, cabe señalar que la participación de los Estados miembros de la Unión Europea en este proyecto es voluntaria*».

(Trabajo recibido el 23-6-2017 y aceptado para su publicación el 11-7-2017)

DERECHO COMPARADO

La inscripción de documentos públicos extranjeros en el Registro de la Propiedad español; crítica a la Resolución de la DGRN de 22 de febrero de 2012 y a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012 (a propósito de las Resoluciones de 14 de septiembre de 2016 y 17 de abril de 2017)

The entry of foreign public documents in the Real Estate Public Registry of Spain. Review of the Resolution of the DGRN of February 22nd, 2012, and of the Supreme Court's ruling of June 19th, 2012 (regarding the resolution of September 14 th, 2016 and April 17 th, 2017)

por

JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ ÁLVAREZ
Notario

CÉSAR-CARLOS PASCUAL DE LA PARTE
Notario

RESUMEN: En el presente trabajo se critica con dureza cierta doctrina novedosa, jaleada por algunos autores, y hecha suya, incomprensiblemente,

por la DGRN (Resolución de 12 de febrero de 2012) y el Tribunal Supremo (Sentencia, Sala de lo Civil, de 19 de junio de 2012), que se estima claramente desacertada y muy peligrosa para la seguridad jurídica preventiva, respecto de los efectos del documento extranjero en las transmisiones jurídicas inmobiliarias que pretendían su ingreso en el Registro de la Propiedad español. Sin embargo, tras la importante *Resolución de 14 de septiembre de 2016*, parece que se ha vuelto a la mejor doctrina sobre la materia, exigiendo con firmeza la ortodoxia y cristalina doctrina de la *EQUIVALENCIA DE LAS FORMAS;* evitando, así, el descarrilamiento irreversible de dicha seguridad jurídica; PERO, con la importantísima matización que hace la Resolución de 14 de abril de 2017 del juicio de suficiencia, respecto de los poderes notariales extranjeros.

ABSTRACT: In the present work we harshly criticize an certain innovative doctrine, cheered on by some authors, incredibly accepted *by the DGRN (Resolution of February 12th, 2012) and the Supreme Cout (Civil Chamber's ruling of June the 19th, 2012). It is clearly considered unwise and very dangerous for the preventive* legal certainty *regarding the effects of a foreign document in the real estate ownership transfers due to be entered in the Spanish Real Estate Registry. However, after the important Resolution of September the 14th, 2016, it seems* that the best doctrine on the subject has returned, *requiring the orthodoxy and crystalline principle of the EQUIVALENCE OF FORMS, thus avoiding the irreversible derailment of the above mentioned legal certainty; BUT with the very important nuance or qualification that is done in de Resolution of April 17 th 2017, about notary's judgment in the powers foreign.*

PALABRAS CLAVE: Equivalencia de las formas. Documento extranjero y juicio de suficiencia.

KEY WORDS: equivalence of forms. Foreign document and notary's judgment.

SUMARIO: I. NOTA PRELIMINAR.—II. INTRODUCCIÓN.—III. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 22 DE FEBRERO DE 2012.—IV. JUICIO CRÍTICO EN RELACIÓN A LA AUSENCIA DEL JUICIO DE CAPACIDAD Y FE DE CONOCIMIENTO DEL NOTARIO.—V. REFERENCIA AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—VI. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JUNIO DE 2012.—VII. CONSECUENCIA Y EFECTOS DE LA INEFICACIA DOCUMENTAL.—VIII. EPÍLOGO.

I. NOTA PRELIMINAR

El presente trabajo fue escrito a mediados del año 2012. La idea era completarlo con una segunda parte que abordara problemas relacionados con el documento público; pero esto último, por multitud de cambios legislativos y diversas razones, no se llevó a efecto y el trabajo quedó archivado.

En él se criticaba con dureza cierta doctrina novedosa, jaleada por algunos autores, y hecha suya, incomprensiblemente, por la DGRN (Resolución de 12 de febrero de 2012) y el Tribunal Supremo (Sentencia, Sala de lo Civil, de 19 de junio de 2012), que se estimaba claramente desacertada y muy peligrosa para la seguridad jurídica preventiva, respecto de los efectos del documento extranjero en las transmisiones jurídicas inmobiliarias que pretendían su ingreso en el Registro de la Propiedad español.

Sin embargo, tras la importante *Resolución de 14 de septiembre de 2016*, parece que se ha vuelto a la mejor doctrina sobre la materia, evitando el descarrilamiento irreversible de dicha seguridad jurídica. En efecto, centrándonos en la cuestión que consideramos fundamental y capital que vamos a tratar en este artículo (prescindiendo de algunas disquisiciones, más o menos acertadas, sobre los tipos de Notarios anglosajones) y, aunque para un asunto accesorio (como es el poder otorgado en el extranjero ante un Notario de Liverpool; y dejando también a un lado la potestad del Notario español para juzgar, bajo su responsabilidad, la suficiente de este tipo de representaciones, previa valoración de su equivalencia material —a que nos referiremos a continuación, de manera especial—), dicha Resolución declara con firmeza que: «… *con independencia de la validez formal del documento de acuerdo a las normas de conflicto aplicables (art. 11 del Código Civil), y de su traducción y legalización (arts. 36 y 37 del Reglamento Hipotecario), es preciso que el documento supere un análisis de idoneidad o de equivalencia en relación a los documentos públicos españoles, requisito sin el cual no puede considerarse apto para modificar el contenido del Registro. Esta doctrina se fundamenta en que, como exige el artículo 4 de la Ley Hipotecaria, «también se inscribirán los títulos otorgados en país extranjero que tengan fuerza en España»; lo que exige determinar cuándo concurre dicha circunstancia. Como ha reiterado este Centro Directivo, el documento extranjero solo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga* (vid., *en el mismo sentido el art. 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o el art. 2.c del Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 —Bruselas I refundido—)*»… «*Consecuentemente, será preciso que en la reseña que el Notario español realice del*

documento público extranjero del que resulten las facultades representativas, además de expresarse todos los requisitos imprescindibles que acrediten su equivalencia al documento público español, deberá expresarse todos aquellos requisitos que sean precisos para que el documento público extranjero pueda ser reconocido como auténtico, especialmente la constancia de la legalización, la apostilla en su caso, o la excepción de ambos, de acuerdo con los tratados internacionales».

Es decir, se vuelve a la ortodoxa y cristalina doctrina de la *EQUIVALENCIA DE LAS FORMAS*; o, en palabras de esta última Resolución: *«que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen, que implica juicio de identidad y de capacidad de los otorgantes y que resulta sustancial y formalmente válido conforme a la ley aplicable (arts. 10.11 y 11 del Código Civil), si bien el Registrador, bajo su responsabilidad, puede apreciar esa equivalencia (cfr. art. 36 del Reglamento Hipotecario). En el supuesto de que el Registrador disintiera de la equivalencia declarada por el Notario deberá motivarlo adecuadamente»* (aunque esto último es discutible y matizable con lo que seguidamente se dice).

Si bien, todo ello basado en los DOS PILARES en donde se fundamenta nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva: TITULACIÓN AUTÉNTICA Y CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Por tanto, si aquellas Resolución y Sentencia del año 2012 merecían una crítica muy desfavorable, esta nueva doctrina debe ser objeto de buena acogida y mejores halagos, por su ortodoxia y pulcritud jurídica.

Y, aunque siempre habrá voces, dentro y fuera de nuestros cuerpos, que pretenderán soluciones hilvanadas para autorizarlo todo e inscribirlo todo, aun a costa de violentar nuestro ordenamiento jurídico hasta el punto de dejarlo desdibujado y desconocido; y critiquen también esta nueva doctrina, so pretexto de que no se van a dar cobijo y solución a multitud de documentos extranjeros con la consiguiente paralización del trafico jurídico; no obstante, habría que responder: *«dura lex, sed lex»*. De manera que no se puede desvirtuar, adulterar, ni falsear arbitrariamente un sistema de seguridad jurídica preventiva que tanto nos ha costado acrisolar y que tanto prestigio ha proporcionado al notariado latino en general y al español en particular.

Y es que no se debería consentir que simples legitimadores de firmas impongan, en el tráfico jurídico inmobiliario de corte latino, el raquítico y escaso control de la legalidad a que conduce su endeble sistema de seguridad jurídica. Esta desviación y enturbiamiento nos podría, además, salir muy caros en el futuro, tanto económica (costes por reclamaciones en documentos defectuosos o insuficientes) como jurídicamente (resquebrajando un sólido y saludable edifico de seguridad jurídica preventiva).

AHORA BIEN: Tras la enérgica y acertada doctrina de esta Resolución de 2016, respecto a la necesidad de que el documento extranjero que pretende su acceso al Registro de la Propiedad debe superar un análisis de *idoneidad o equivalencia* en relación al documento público español, sin embargo, tal Resolución no matiza suficientemente la función del Notario y del Registrador en este menester.

Y justo para dar salida y solución a esta situación, a propósito de la idoneidad de poderes otorgados en el extranjero para provocar una modificación jurídica real inmobiliaria, se ha pronunciado recientemente la *DGRN en Resolución de fecha 17 de abril de 2017* (solución que es extrapolable a otros supuestos con carácter más general).

Y hay que reconocer que, así como la mencionada Resolución de 14 de septiembre de 2016 produjo cierta inquietud en el cuerpo notarial, seguro que la de 2017 lo ha producido en el ánimo de los registradores.

Sin embargo, esto no debería ser así; sino que se debe valorar con ponderación el asunto y tener en cuenta la diferente labor a la que estamos llamados a desarrollar los cuerpos hermanos de Registradores y Notarios.

• En efecto, la *Resolución de 14 de septiembre de 2016* hace referencia *«al alcance de la calificación registral de un poder otorgado en el extranjero, y que el Notario español juzga suficiente para el otorgamiento de una escritura pública, realizando al respecto el juicio establecido en el artículo 98 de la Ley 24/2001»*; sentando la doctrina de que no basta con que se reseñe en la escritura otorgada por el Notario español los elementos identificativos del documento extranjero (para acreditar el cumplimiento de los requisitos formales exigibles y su carácter auténtico) sino que, además, es preciso acreditar una equivalencia material; es decir, *«que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surtan los mismos o más próximos efectos en el país de origen»*; precauciones, estas, que van dirigidas enérgicamente y en un primer momento al Notario español, que debe controlar la legalidad, y, solo en un momento posterior y quizás mas atenuadamente (como veremos) al Registrador de la Propiedad.

• Mientras que la *Resolución del 17 de abril de 2017* trata de clarificar la manera de acreditar esa idoneidad o suficiencia cuando se trate de un *poder extranjero*. Y lo que declara es que, siendo juicios diferentes el de *equivalencia* (entendida esta no como meramente formal sino sustancial) y el de *suficiencia* del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, sin embargo, cuando se realiza un juicio expreso y general de suficiencia por parte del Notario español autorizante del documento que pretende su acceso al Registro, este juicio implica cabalmente aquel; es decir, *¡¡¡el juicio de equivalencia, en estos casos, se encuentra implícito en el de suficiencia!!!*

La cuestión, pues, consiste en determinar si la doctrina de esta última Resolución es acertada, y, nuestra opinión es que constituye *una buena y correcta doctrina*.

No es este el lugar ni el momento de un análisis pormenorizado de este particular (sin perjuicio de que pueda realizarse en otra ocasión y separadamente); pues nuestro propósito, aunque relacionado con este asunto, es otro. No obstante, por su importancia diremos que esta Resolución merece no solo nuestro comentario, sino nuestro apoyo jurídico y doctrinal. Y eso por las siguientes y resumidas razones; razones que, por otra parte, no es necesario que sean numerosas y abundantes; pues basta con que una sola sea contundente para orillar y descartar otras menos decisivas o irrelevantes para resolver la cuestión.

PUES BIEN, partiendo de la premisa inicial, que es el artículo 10.11 del Código Civil: *«A la representación… se aplicará… y a la voluntaria, de no mediar consentimiento expreso, la ley del país donde se ejerciten las facultades conferidas»*; por tanto, en el supuesto que nos ocupa, la Ley española.

Y, en la Ley española hay un argumento contundente y muy poderoso que anula o descarta todos los demás sobre el particular. En efecto, en estos casos de poderes (bien otorgados en España, bien otorgados en el extranjero) *¡¡¡el juicio de suficiencia de las facultades representativas corresponde, en exclusiva, al Notario!!!* Es decir, corresponde al legislador nacional fijar la estructura y las condiciones propias del sistema jurídico preventivo, articulado sobre la doble función de Notario-Registrador de la Propiedad. Pero es el Notario el que está investido de unas facultades determinadas, gozando el documento público notarial de las presunciones previstas en una normativa con rango de ley, tales como veracidad, integridad, legalidad. Es cierto que se podría haber articulado ese sistema jurídico de otra manera; pero lo cierto y verdad es que nuestro legislador ha elegido este y no otro.

Concretamente (y como ya recogiera la luminosa Resolución de 14 de febrero del año 2007) «Según el apartado 2 del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la reseña que de los datos identificativos del documento auténtico aportado para acreditar la representación inserte el Notario y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas *HARÁN FE SUFICIENTE, POR SÍ SOLAS, DE LA REPRESENTACIÓN ACREDITADA, BAJO LA RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO*. Y, como se ha detallado, mediante la modificación de este precepto legal por el artículo trigésimo cuarto de la ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad. *El Registrador limitará su calificación a la* existencia de la reseña identificativa del documento del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de este con el contenido del artículo presentado, sin que el Registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación».

Por consiguiente (y descartadas otras menudencias jurídicas) es claro y contundente que el *juicio de suficiencia* en estos casos de poderes, corresponde única y exclusivamente al Notario, sin perjuicio de la limitada y posterior calificación del Registrador. Pero téngase en cuenta que esta calificación del Registrador lo es *a posteriori* y, como ilustra la mencionada Resolución de 2007: «¡¡En ningún caso puede extenderse la calificación registral a nada que otra norma con rango de ley le haya excluido, como sucede con el juicio de suficiencia de las facultades representativas *ex* artículo 98 de la ley 24/2001, de 27 de diciembre!!, Pues el artículo 143.4 del Reglamento Notarial, por el simple pero contundente hecho de que es una norma jerárquicamente subordinada a la ley, no puede contradecir tal artículo, salvo que admitamos que aquel precepto reglamentario ha modificado el esquema previsto en dicha norma con rango de ley o en otras (arts. 1, 17 bis y 24 de la Ley del Notariado), en cuyo caso sería nulo de pleno derecho».

• Y dejado esto sentado, la cuestión siguiente a resolver es si ese juicio de suficiencia atribuido exclusivamente al Notario en nuestro ordenamiento jurídico engloba, *incluye o presupone* el juicio de equivalencia, cuando se trata de un poder extranjero. Y la respuesta debe ser, igualmente, afirmativa. Entre otras razones (de menos peso) por las siguientes:

Que el juicio de suficiencia de los poderes que realiza el Notario español no distingue ni debe distinguir si dichos poderes son otorgados en España o en el extranjero, y *ubi lex non distinguit…*

En efecto, *¿qué es un juicio de suficiencia?* Básicamente, es un juicio de APTITUD o IDONEIDAD relativo a que el documento en cuestión reúne los requisitos necesarios para producir todos los efectos que le son propios de acuerdo con su categoría y clase (así, actas, escrituras, pólizas; documentos susceptibles o no de inscripción en el Registro… etc.).

Por eso, un poder otorgado en el extranjero puede ser perfectamente válido y eficaz conforme a su ley nacional; pero para que pueda ser válido y eficaz conforme al derecho español debe reunir todos los requisitos que lo hagan idóneo y apto para el fin pretendido; esto es, lo que se ha venido en llamar el *principio de equivalencia*; o, como dice la Resolución de 17 de abril de 2017 que comentamos: *«como ha reiterado este Centro Directivo…* (aparte de la perspectiva formal de la legalización o apostilla, en su caso) *el documento extranjero solo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante, así como su capacidad para el acto o negocio que contenga»*, debiendo constar en documento público a efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 1280.5 del Código Civil).

Pues bien, el juicio de suficiencia del Notario español previsto en nuestras leyes, habida cuenta las presunciones que se le otorgan al documento público

(veracidad, integridad, legalidad) y los efectos que lo acompañan (legitimadores, probatorios, ejecutivos…), unido a las obligaciones y responsabilidades del Notario que lo autoriza, es un *juicio general, único e íntegro*, que hace referencia, en su conjunto, a la identidad de los otorgantes, su capacidad, facultades representativas del representante y su equivalencia formal y material con el Derecho español. Es decir, se trata de un juicio que hace referencia tanto a la forma como al fondo del documento, *toda vez que se trataría de un juicio incompleto si no abarcase la totalidad de los requistos* requeridos por nuestro Ordenamiento jurídico, como esenciales y necesarios, para que el poder surta todos sus efectos.

Y eso porque no existe en nuestro Derecho un precepto explícito que imponga al Notario una presunta obligación de dar un juicio de suficiencia separado o pormenorizado independientes uno del otro. Se trata pues de una labor integral.

Y NO SOLO ESO: No es que se trate de una simple labor jurídica sino de UNA OBLIGACIÓN IMPUESTA LEGALMENTE AL NOTARIO. En efecto, lo que sí se le exige taxativamente al Notario (art. 17 bis, apartado segundo, letra a) y 24 de la Ley del Notariado y 145 de su Reglamento) es que NIEGUE la autorización si considera que el acto o negocio jurídico o el instrumento que lo documenta no resulta conforme con el Ordenamiento jurídico. Concretamente dicho artículo 145 del Reglamento, según redacción derivada del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, dice: *«…el Notario, en su función de control de la legalidad, no solo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio: 1º la autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiese acreditado al Notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos».*

Y (como sigue diciendo la aludida Resolución de 2007): «¡¡¡Obviamente, si el Notario no solo puede, sino que debe negar su función, es porque ejerce un PLENO control de legalidad a los efectos de denegar su actuación y documentación pública!!!».

Por tanto, si el Notario, en uso de las atribuciones legalmente a él concedidas se decide a autorizar el documento, juzgando suficiente el poder extranjero para el acto o contrato de que se trate, *el juicio de equivalencia se encuentra implícito en el de suficiencia*; toda vez que, de otro modo, el Notario se hubiese negado a autorizarlo o lo hubiese autorizado con reservas.

En resumen: el artículo 98 de la tan aludida Ley 24/2001 no distingue entre poderes extranjeros y españoles ni hace tal distinción la doctrina del Tribunal Supremo ni de la Dirección General, a efectos del juicio de suficiencia; y, a su vez, ese juicio de suficiencia comprende el de equivalencia como parte integrante de un todo. Y es que nuestro sistema jurídico regula con precisión el deber y obligación que tiene el Notario de prestar su ministerio y autorizar el documento público si no encuentra obstáculo para ello, previo juicio de suficiencia; a la par que regula las causas de excusa o abstención en su actuación.

De manera, que un juicio de suficiencia del Notario español con respecto al poder extranjero, viene a decir que dicho poder reúne todos los requisitos de idoneidad y equivalencia formal y material con nuestro derecho interno, conteniendo el oportuno juicio de capacidad y fe de conocimiento del otorgante; sustancial y formalmente válido conforme a la ley aplicable (todo ello sin perjuicio de su legalización y apostilla, claro está); o lo que es lo mismo: que a los efectos de lo dispuesto en el artículo 36 de Reglamento Hipotecario, se hace constar por el Notario autorizante que la parte poderdante tiene la aptitud y la capacidad legal necesaria, conforme a la legislación de su país de origen, por otorgar dicho poder; en el cual se han observado las formas y solemnidades exigidas por dicha legislación para el otorgamiento del mismo; y que el poder se ha otorgado ante un Notario *(autoridad)* extranjero en desarrollo de sus funciones idóneas y equivalentes a las del Notario español, para tener fuerza de documento público inscribible según previene el artículo 1280.5 del Código Civil; por lo que se juzga al apoderado, bajo su responsabilidad, con facultades representativas suficientes para el otorgamiento de la presente escritura de…

Bien se entiende lo engorroso e innecesario que resulta la transcripción en el documento notarial de este tipo de «salmodias jurídicas» (que tan habituales son actualmente y a las que somos tan aficionados los países latinos), entorpeciendo y embarrando cada vez más la limpieza, precisión y rigurosidad en el lenguaje que deben presidir nuestras actuaciones. Sobre todo cuando nuestro Reglamento notarial prevé para ello una fórmula sencilla y práctica.

Por lo demás, ese juicio de suficiencia de las facultades representativas que hace el Notario de manera expresa (no bastaría inducirlo ni deducirlo implícitamente de la mera autorización del documento) no es necesario que esté sujeto a palabras o fórmulas sacramentales y solemnes (como la *mancipatio* romana), puesto que ningún precepto jurídico de nuestro Ordenamiento le obliga a ello. Y lo que sí le *obliga y debe hacer* el Notario es autorizar en todo caso si, previa calificación de suficiencia, no ve ningún obstáculo, a la vez que *debe rehusar* dicha autorización si es que entiende lo contrario; por lo que la simple autorización notarial unida al juicio de suficiencia expreso del Notario (*ex* art. 98 Ley 24/2001) presupone que toda la legalidad ha sido cumplimentada y el documento reúne todos los requisitos necesarios para que produzca los efectos oportunos, pues, en otro caso, el Notario no lo habría autorizado.

• En vista de todo lo anterior, y si esta es la correcta doctrina, ¿a qué ámbito quedaría reducida la labor del REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD en esta cuestión?

Ante todo, hay que recordar la distinta labor que desempeña el Registrador, cuya actividad se desarrolla en otro ámbito distinto al notarial. Esta cuestión ya la resolvió la Resolución de 14 de febrero de 2007 anteriormente mencionada, con carácter general, limitando la labor de su calificación a la *existencia* de la reseña identificativa del documento, la *existencia* de la reseña del juicio notarial

de suficiencia y la *congruencia* de este con el título presentado, sin que el Registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación ni pueda extenderse su calificación a nada que otra norma con rango de ley lo haya excluido, como sucede con el juicio de suficiencia de las facultades representativas *ex* artículo 98 de la Ley 24/2001 tan reiterada.

Y eso es así, porque dicha calificación se despliega respecto de un documento que se presume ajustado al Ordenamiento jurídico español; el gozar el título (documento notarial) de las presunciones citadas de veracidad, integridad y legalidad, es por lo que al Registrador le está vedado poner en duda el contenido de lo expuesto en el mismo, y esa veracidad se presume, además, íntegra en el sentido de que el Notario narra toda la verdad y el documento que el Notario manifiesta, bajo su responsabilidad, que es idóneo (juicio de suficiencia), que no carece de ninguno de los requisitos que lo hacen apto para producir todos sus efectos (tales como: ser autorizado por autoridad competente extranjera, contener la fe de conocimiento y el juicio de capacidad así como una equivalencia sustancial y material); y, en especial, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, que es justamente en donde se debe centrar dicha calificación registral a posteriori.

Lo que ocurre, al ser el juicio de suficiencia prerrogativa del Notario, es que, a falta de norma expresa sobre el particular, lo puede emitir de la forma que tenga por conveniente, siempre y cuando que, en todo caso, se ajuste a la fórmula que utiliza el Reglamento Notarial para calificar la suficiencia de los poderes, en su *artículo 156.8* cuando dice que: «La comparecencia de toda escritura indicará… 8. La afirmación de que los otorgantes, a juicio del Notario, tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera, en la forma establecida en este Reglamento, así como, en su caso, *el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación*». De lo que se sigue que, cuando existe ese juicio y existe formulado con las palabras que prevé el Reglamento, se está presuponiendo que dicho documento es idóneo y apto para que surta los efectos del acto o negocio jurídico previamente calificado, puesto que el Notario ha autorizado el documento y no se ha abstenido ni rehusado ni formulado reservas en el mismo; por lo que, el Registrador en este caso, limitará su calificación solo, única y exclusivamente a si existe formulado este juicio de suficiencia correctamente.

Juicio de suficiencia, no lo olvidemos, que comprende tanto el fondo como la forma del documento, y que es suficiente para considerarlo correctamente hecho si se utilizan las palabras que prevé el artículo 156.8.

Otro tipo de calificación que no sea para admitir o no su inscripción (como por ejemplo apreciar la nulidad o ineficacia del documento) le estaría vedada al Registrador, como recuerda el artículo 66 de la vigente Ley Hipotecaria, que ordena ventilar ante los Tribunales de Justicia toda cuestión relativa a la validez o nulidad del título.

Otra cosa, en fin, sería que el Notario diese un juicio de suficiencia circunscrito a algún aspecto parcial del documento o que, aún haciéndolo general, no se ajustase a la normativa vigente; pues también el Registrador puede calificar si ese juicio de suficiencia está correcta o incorrectamente formulado. Aunque lo que aquí se sostiene, es que, conforme a los artículos anteriormente citados de la Ley y el Reglamento Notarial y, en especial el artículo 156.8, nada obliga al Notario a hacer otras, ni distintas ni más amplias manifestaciones que limitarse a transcribir lo que dice la Ley: *«Juzgar de manera expresa la suficiencia de las facultades de representación»*.

En resumen, en estos casos de poderes extranjeros se deberá reseñar en la escritura por el Notario español autorizante (igual que en el supuesto de poderes nacionales) y se puede calificar por el Registrador de la Propiedad, lo siguiente: nombre, circunstancias personales e identificación del poderdante y del apoderado, la identificación del Notario extranjero que autorizó el poder (con su fecha y número de archivo de protocolo), y el juicio de suficiencia del Notario, en el sentido de manifestar que ha tenido a la vista y comprobado la copia autorizada de dicho poder extranjero, debidamente *apostillado*, y que de la misma (copia) resulta, a su juicio y bajo su responsabilidad, facultades representativas suficientes para el otorgamiento de la escritura de que se trate.

No hacen falta dos juicios notariales: uno de suficiencia y otro de equivalencia de facultades representativas; ni es necesario tampoco un juicio de suficiencia con dos pronunciamientos (ejemplo: la misma formula anterior pero diciendo: …copia del cual (poder extranjero) he tenido a la vista y comprobado, y de la misma resulta, a mi juicio y bajo mi responsabilidad, que es *idóneo* y contiene las facultades representativas suficientes para el otorgamiento de la escritura que se trate…).

Es decir, el Notario español autorizante del documento público correspondiente, puede ser más o menos preciosista o detallista en la redacción de su formula correspondiente al juicio de suficiente, siempre que cumpla el *mínimun* establecido por la ley. Pero ya cumple perfectamente con esa fórmula omnicomprensiva y única: «*al juzgar con facultades representativas suficientes…*»; puesto que dicha fórmula (como venimos repitiendo machaconamente y a propósito) *implica y lleva ínsita en si misma* esa equivalencia material y formal del poder extranjero, porque, en otro caso, el Notario no hubiese autorizado el documento translativo de dominio correspondiente.

Finalmente, debe ADVERTIRSE que esa exclusividad notarial en materia de juicio de suficiencia, lleva consigo y alcanza una correlativa *responsabilidad* (civil y/o penal), también exclusiva, en esta materia de poderes (nacionales o extranjeros). Conviene no olvidarlo…;

Dicho lo cual (y dejando a un lado estériles luchas intestinas, intentando desvirtuar, desteñir, o desplazar la labor que realizan los dos personajes fundamentales en esta historia: el Notario y el Registrador de la Propiedad; cada uno

a su tiempo y a su modo y dentro de su esfera jurídica de competencias, como veremos a continuación cumplidamente) cobran actualidad y vigencia las ideas que recogimos en nuestro inicial trabajo, y ahora ofrecemos al lector; porque se trata de ideas básicas que, en todo caso, deben tenerse en cuenta cuando se trata de un documento extranjero sujeto a inscripción (solo o en compañía de otros) en el Registro de la Propiedad español; porque se trata de los pilares, las columnas que sostienen el edificio de nuestra seguridad jurídica preventiva. Todo lo demás puede ser discutible, opinable, matizable…, pero lo que a continuación se dice y se razona lo consideramos «dogmas de fe jurídicos».

II. INTRODUCCIÓN

Tras las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado del 7 de febrero y 20 de mayo de 2005, a propósito del valor del documento extranjero en España y su acceso al Registro de la Propiedad, (que quedó francamente restringido, cuando no vetado), surgió una feroz y desmesurada crítica, con argumentos variopintos; pero, sobre todo, totalmente desenfocados, cuando no claramente desconocedores de nuestro sistema de transmisión inmobiliaria registral.

La razón fundamental de la negativa a inscribir consistía en razonar que, si bien en reiteradas ocasiones la Dirección General había aceptado la doctrina de la «*equivalencia de las formas» (*Resoluciones de 11 de junio y 21 de abril de 2003); resultaba discutible esa equivalencia cuando la formalidad exigida se impone como forma de control. De manera que el Notario extranjero (y no digamos si se tratase de un simple documento privado con firmas legitimadas notarialmente) carece de los medios para controlar la seguridad jurídica española, con igual nivel de satisfacción del Notario español; y, en especial, todos los extremos que puedan tener relevancia en el documento público inscribible: desde la innumerable lista de preceptos administrativos y catastrales hasta la colaboración con el Fisco. Exigiendo, en fin, que los contratantes extranjeros pudieran compelerse mutuamente, en ejecución de documento otorgado en su país, para otorgar la correspondiente escritura ante Notario español. Y todo ello sobre la base, de que a veces la forma (en nuestro caso la notarial) del documento encubre también un requisito de fondo del negocio, como condición inexcusable de ciertos efectos jurídicos; alcance que se advierte en el actual artículo 24 de la Ley del Notariado y 323,3 de la LEC.

Es cierto que la tibieza argumental de estas Resoluciones, daban pie a una justa crítica, pero esta ha sobrepasado todos los límites. Veamos algunas «perlas» a modo de ejemplo:

> Así, *Doña Beatriz Añoveros Terradas* (Comentario a la Resolución de la DGRN de 20 de mayo de 2005, *RJ* 2005, 564- en *Cuadernos*

Civitas de Jurisprudencia civil, núm. 72 octubre-diciembre de 2006, 1295-1312) asegura que la negativa de la DGRN a inscribir la escritura otorgada en Alemania respecto del bien sito en España, vacía claramente el contenido del artículo 4 LH y el 36 RH. La autora concluye felicitando al Juez de Primera Instancia que, en el caso que ahora comentamos, revocó la Resolución de la DGRN: *Lo que no podemos admitir* —dice— es que se «*retuerza*» la Ley para *dar satisfacción a un monopolio profesional (sic)*. A esta atolondrada afirmación de brocha gorda, que rebasa todo elemental cortesía literaria, se le dará cumplida respuesta, pero con argumentos jurídicos que, a lo que se ve, sin duda ignora esta autora.

Luis FAJARDO LÓPEZ, alza la voz en la *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 18, año 2007 p. 339 y opina que se trata *de una cuestión de respeto y colaboración de autoridades de distinto países*. Y uno se pregunta si habrá entendido algo este autor de lo que estamos hablando. También después se ilustrará sobre cuándo y porqué procede ese respeto que reclama:: no a tontas y a locas, sino «según y cómo».

Otros, como el profesor *Iván HEREDIA CERVANTES* (en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil,* núm. 70, enero-abril de 2006 p. 128), asegura que el filtro o control a la que alude la Resolución de la DGRN 72/2005 no es exclusivo de los Notarios; por el contrario, el Registrador está obligado a ello (control de legalidad, para lo cual puede pedir que se adjunten documentos a la escritura presentada); y si mucho no nos equivocamos, este es, en general, también la opinión de la profesora *Carmen JEREZ DELGADO*, en su trabajo *La inscripción de documentos notariales extranjeros en el Registro de la Propiedad: perspectivas jurídica y política (a la espera de un pronunciamiento del Tribunal Supremo y de un instrumento europeo)*. Pero olvidan y/o ignoran estos autores, que esta afirmación es solo verdad en parte; pues como vamos a comentar, solo el Notario en exclusiva tiene el monopolio del control y la fe pública respecto a determinadas actuaciones contenidas en el documento público; y esto es así tanto por imperativo legal como por imperativo categórico, físico y racional.

El *Juez de Primera Instancia núm. 6 de Santa Cruz de Tenerife* (st. marzo de 2006) que revocó la Resolución de la DGRN de 20 de mayo de 2005, afirma que no existe una norma de derecho interno que prive de eficacia, a efectos registrales, a la escritura pública otorgada

ante Notario extranjero; a lo que respondemos (y más adelante se detallará), que, efectivamente, no hay una sola norma, sino innumerables: Todas aquellas que informan, en materia internacional, la obligación (incluida la del Juez y, sobre todo, el Juez) de imperativa aplicación de determinada normativa del foro, cuales son, las que regulan el sistema jurídico-preventivo en el tráfico inmobiliario: no es solo una norma la que se opone a la inscripción, sino las que regulan todo el sistema de seguridad jurídico preventiva.

En fin, la *Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife*, en Sentencia núm. 391/06 de 22 de noviembre de 2006, asegura igualmente que, con estas Resoluciones de 2005, la DGRN está omitiendo la referencia de las normas de Derecho Registral y Derecho Internacional Privado. Después hablaremos sobre estas normas que se dicen omitidas.

La *Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2012*, rechazó, en casación, el recurso promovido por la DGRN contra la citada Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tenerife de 22 de noviembre de 2006. Los «Fundamentos de Derecho» en que fundamentaba su fallo los veremos con posterioridad.

III. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 22 FEBRERO 2012

En cuanto a la Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, tras esta doctrina tan restrictiva respecto al documento extranjero, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad de la Resolución de 2005, se ha pasado, mediante un bandazo poco comprensible y menos riguroso, al extremo opuesto, en virtud de la Resolución de *22 de febrero de 2012* (*BOE* 62, 13 de marzo de 2012. 3603) que contempla un régimen claramente permisivo para tales documentos. Si bien es cierto que esa permisividad para ese documento extranjero, que orilla claramente al Notario español, se torna intransigencia de obligado cumplimiento cuando del control registral se trata. Lo cual, es muy llamativo.

Pero veamos el tenor literal de esta Resolución:

«HECHOS

El título objeto de calificación registral es un documento notarial formalizado en Caracas el 8 de julio de 2005, consistente en un documento de compraventa (con el título de «escritura de compraventa») en cuya virtud doña R. A. M. F. transmitía a doña A. G. G. la finca registral 24.896 del Registro de

la Propiedad número 1 de Madrid, al que se incorpora una diligencia extendida por la Notaria de la República Bolivariana de Venezuela Dra. Yelitza J. MALAVE T. En dicha diligencia la Notaria, que además indica haber delegado en otra persona la presencia de lo que se califica como otorgamiento conforme con lo establecido en el artículo 29 del Reglamento de Notarías Públicas, afirma —entre otros extremos— lo siguiente: «El anterior documento redactado por el abogado: A. G. G., … Fue presentado para su Autenticación y Devolución … Presentes sus otorgantes dijeron llamarse: R. A. M. F. y A. G. G.., mayores de edad, domiciliados en Caracas, de nacionalidad: Venezolanos, de estado civil: …, y titulares de las Cédulas de identidad número… respectivamente … Leídoles el original … los otorgantes expusieron: «su contenido es cierto y nuestras las firmas que aparecen el pie del instrumento». El Notario en tal virtud lo declara autenticado en presencia de los testigos…». En dicho documento notarial figura la legalización de la firma de la Notaria y la apostilla de la Convención de La Haya de 5 de octubre de 1961.

1.º Se pretende la inscripción en el Registro de la Propiedad de un documento suscrito en Caracas (República Bolivariana de Venezuela) que recogía un contrato de compraventa por el que doña R. A. M. F. vendía a doña A. G. G. determinada finca situada en Madrid. Al final de dicho contrato de compraventa, y a continuación de las firmas de las partes contratantes, figura una diligencia notarial fechada en dicha ciudad el día 8 de julio de 2005 y que más adelante se detallará.

2.º En su calificación el Registrador señala:

1) La transmisión de bienes inmuebles exige para su inscripción en el Registro de la Propiedad escritura pública (arts. 1280.1 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria), y el documento presentado no contiene otra cosa que un simple reconocimiento de las firmas en él estampadas y de que los intervinientes corroboran su contenido, pero no existe fe de conocimiento ni juicio de capacidad, cuestiones esenciales para la inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad.

2) Examinado el historial de la finca mencionada, y concretamente su inscripción tercera de hipoteca, debe aclararse si, conforme a este último, doña R. A. M. F. transmitió el 8 de julio de 2005 a doña A. G. G. dicha finca, cómo en escritura autorizada el día 6 de noviembre de 2006 la transmitente en el documento que ahora se pretende inscribir constituyó la hipoteca anteriormente reseñada y, además, representada por la adquirente en el referido documento.

3) La recurrente alega que el documento negativamente calificado cumple con todos los requisitos de formalidad y solemnidad exigidos por nuestro ordenamiento jurídico, pues se describen con claridad las necesarias circunstancias

personales de cada uno de los intervinientes en el negocio jurídico, ambas partes se reconocen con la capacidad necesaria para la formalización, se identifica con absoluta claridad el objeto del contrato y sus condiciones y estipulaciones, y todo ello se reviste de la necesaria solemnidad con intervención del Notario, que da fe del cumplimiento de las prevenciones legales del país de otorgamiento, declarándose legalmente autenticado el documento suscrito. Añade, además, que el documento calificado, por lo que se refiere a la legislación española, contiene todas las prevenciones legales exigidas por el artículo 156 del Reglamento Notarial y que, de faltar alguna de las prevenciones exigidas por la ley española, algo que a su criterio no se daba, el documento presentado estaba debidamente legalizado con la apostilla de La Haya, lo que otorgaba al documento firmado toda la eficacia jurídica, incluida su inscripción en el Registro de la Propiedad.

En lo relativo al segundo apartado de la nota de calificación, indica que la aparición en la escritura de hipoteca de la transmitente, como hipotecante, tan solo obedeció a la exigencia por parte de la entidad financiera de que figurase como otorgante quien registralmente aparecía como titular; otorgamiento que fue realizado con conocimiento de todas las partes intervinientes, añadiendo además que en nada afecta a la validez y eficacia del documento cuya inscripción se pretende.

2. Entrando en el examen del primero de los defectos señalados en la nota de calificación, se pretende inscribir un documento otorgado en el extranjero (en concreto en Venezuela), que recoge un contrato celebrado en dicho territorio sobre un bien situado en territorio español, por lo que deben ser analizados los distintos aspectos concurrentes bajo el prisma del Derecho Internacional Privado, dada la dispersión de los elementos, reales y personales, de la relación jurídica en cuestión, a los efectos de determinar la legislación aplicable, pues, como ha señalado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 20 de enero de 2011), los Tribunales y autoridades españolas, incluidas las registrales, están obligadas a aplicar de oficio las normas de conflicto contempladas en el ordenamiento español (cfr. art. 12.6 del Código Civil).

En primer lugar, para determinar la ley aplicable al contrato concluido, *en lo que se refiere a los aspectos obligacionales del mismo* lex contractus, *la norma que debe ser tenida en cuenta por las autoridades españolas es el* Convenio de Roma *de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Pese a que el mencionado Convenio ha sido sustituido por el Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I), en vigor para todos los Estados miembros con la excepción de Dinamarca, el propio Reglamento limita su aplicación a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009, fecha posterior a la del contrato que da*

origen al presente recurso. En cualquier caso, respecto del presente contrato las consideraciones que se expresan a continuación en relación con el Convenio de Roma resultan plenamente extrapolables al Reglamento Roma I, dada la similitud entre ambos textos, al menos sobre tales extremos.

El Convenio de Roma, igual que el Reglamento Roma I, tiene carácter universal *(cfr. art. 2 de ambos textos) por lo que, consecuentemente con ello, resulta aplicable aun cuando el ordenamiento designado por sus normas de conflicto sea el de un Estado no miembro de la Unión Europea. En el caso de los contratos cuyo objeto sea un derecho real inmobiliario, y siempre que las partes no elijan la* lex contractus *de forma expresa o implícita, deduciéndose de manera inequívoca del contrato o de las circunstancias concurrentes del caso, el artículo 4.3 del Convenio los somete al ordenamiento del Estado en el que se ubique el inmueble, a menos que de las circunstancias del contrato se desprenda que este presenta vínculos más estrechos con otro ordenamiento [art. 4.5; en términos muy similares art. 4.1 c) en relación con el art. 4.3 del Reglamento Roma I].*

Ahora bien, la lex contractus, *determinada según las normas de conflicto del Convenio de Roma, no regula la totalidad de las cuestiones que se pueden plantear en el marco del contrato. Así, por ejemplo, el propio Convenio de Roma establece en el artículo 1.2 a) su* inaplicación a la capacidad de las personas físicas *[art. 1.2 a) del Reglamento Roma I], limitándose a recoger en su artículo 11 la llamada «excepción de interés nacional» (art, 13 del Reglamento Roma I). La exclusión de la capacidad de las personas físicas del ámbito del Convenio de Roma o, en su caso, del Reglamento Roma I implica que el ordenamiento aplicable a esta cuestión deberá determinarse de acuerdo a* las normas de conflicto de cada Estado. *Por otro lado, una vez determinada la validez del contrato de acuerdo con la* lex contractus *designada por el Convenio de Roma, o por el Reglamento Roma I, deberán determinarse sus* aspectos reales *relativos al modo de adquisición del derecho real, su contenido y efectos, aspectos estos* excluidos *del* ámbito de la «lex contractus». *De este modo, la norma de conflicto española que establece la ley aplicable a estos aspectos reales será el artículo 10.1 del Código Civil español, según el cual: «La posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen».*

La ley del lugar de situación del inmueble (lex rei sitae) *se aplicará al modo de adquisición de los derechos reales, como el momento de transferencia de la propiedad en una compraventa, el contenido del derecho real, los derechos subjetivos de su titular, los bienes sujetos al derecho real, la posibilidad y condiciones de inatacabilidad del derecho real, así como su publicidad. Así, para el Derecho Internacional Privado español, las exigencias para el acceso al Registro, se regirán por el ordenamiento del país de situación del inmueble. En este caso, y dado que el inmueble objeto de la transmisión se ubica en Es-*

paña, será el ordenamiento español, y no el venezolano, el que determinará los requisitos para entender completado el proceso de transmisión de la propiedad.

3. Por lo anteriormente expuesto, la eficacia jurídico-real y su publicidad registral se rige por la ley española. De modo que corresponde a nuestro ordenamiento, en aplicación de la norma de conflicto antes citada, establecer los requisitos necesarios para considerar válidamente transmitida la propiedad del bien inmueble, lo que implica que, pese a que el título que se pretenda inscribir pueda estar sometido, en sus aspectos obligacionales, a un ordenamiento diferente, su eficacia traslativa queda supeditada a los requisitos exigidos por el Derecho español para que opere el proceso de transmisión del dominio y demás derechos reales.

Y, dentro del proceso transmisivo, lo mismo cabe señalar en relación con la inscripción registral —al fin y al cabo, la cuestión planteada en el presente recurso—. Hay que partir del artículo 608 del Código Civil español, que dentro del Libro Segundo denominado «De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones» regula los requisitos de acceso al Registro de la Propiedad, estableciendo:

«Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de los mismos, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria*». Por tanto, el Código Civil atribuye la competencia exclusiva en la regulación y determinación de los* títulos inscribibles, *así como en cuanto a los requisitos formales de los mismos y sus efectos, a la Ley Hipotecaria.*

En el ámbito de la regulación de la adquisición del dominio y de los derechos reales el Código Civil no se remite a la legislación notarial. Únicamente, en el ámbito de la «prueba de las obligaciones», dentro del Libro IV de las obligaciones y contratos, hay una remisión a la legislación notarial en el artículo 1217 del propio Código, al regular los documentos públicos a efectos de esa prueba de «obligaciones» diciendo que «los documentos en que intervenga Notario público se regirán por la legislación notarial». Pero tampoco dice que se trate de la «legislación notarial española», sino que lógicamente, ha de ser la «legislación notarial», correspondiente a la ley que regule las «formas y solemnidades del contrato», conforme al artículo 11 *del Código Civil. En cambio, respecto a la remisión a la regulación de la Ley Hipotecaria, el artículo 608 del Código se refiere a la Ley Hipotecaria española, pues la publicidad registral de los inmuebles sitos en España se rige por la Ley Hipotecaria española, conforme al* artículo 10 *del Código Civil. La citada remisión del artículo 608 del Código Civil a la Ley Hipotecaria para determinar los títulos formales inscribibles y la forma y efectos de los mismos, nos lleva al* artículo 3 *de la Ley Hipotecaria, para los* documentos otorgados en España, *establece que para que puedan ser inscritos los títulos traslativos del dominio deberán estar con-*

signados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos, forma que, por consiguiente, habrá de ser inexcusablemente observada. Y, referente a los documentos otorgados en país extranjero, *al* artículo 4 de la Ley Hipotecaria *«También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes y las ejecutorias pronunciadas por Tribunales extranjeros a que deba darse cumplimiento en España, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil». Este artículo se desarrolla por el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, básico para la resolución del presente expediente, que dispone «Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España. La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. (…) El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente».*

El artículo 323 *de la* Ley de Enjuiciamiento Civil *confirma lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Hipotecaria sobre la fuerza en España de los documentos otorgados en el extranjero, pues no exige que el documento extranjero cumpla ningún requisito específico de la legislación notarial española, sino que simplemente se refiere a los requisitos tradicionales de la «fuerza en España» (que en el otorgamiento se hayan observado los requisitos del país en el que se otorgue, que contenga los requisitos de apostilla y autenticidad y que se hayan observado las normas de Derecho Internacional Privado sobre capacidad, objeto y forma, entendiéndose por probadas las declaraciones de voluntad, es decir, el hecho de haberse declarado la voluntad, pero no los requisitos). En este sentido, afirma la Sentencia núm. 391/06 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 22 de noviembre de 2006, «La expresión "*fuerza en España con arreglo a las leyes*" recogida en el artículo 4 de la Ley Hipotecaria no puede interpretarse como sinónima de los requisitos formales y solemnidades exigidas al documento notarial español, pues el artículo 4 es diferente al artículo 3 (y 2 de la Ley Hipotecaria y 33 del Reglamento Hipotecario) de la propia Ley Hipotecaria, que se refiere exclusivamente a los documentos otorgados en España. Si el artículo 4 tiene algún sentido es por la diferencia con el artículo 3, pues en otro caso devendría completamente inútil, pues cada legislación notarial del país respectivo establece los requisitos y garantías de la dación de fe correspondientes. Es lógico, además, que con la expresión "tener fuerza*

en España con arreglo a las leyes" nos estemos refiriendo exclusivamente al ámbito de las normas de Derecho Internacional Privado *(viene plenamente confirmado también por el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), porque se trata de un precepto regulador de un supuesto de Derecho Internacional Privado, cual es el documento otorgado en un país extranjero, y además se refiere a la fuerza de dicho documento extranjero en España, razón por la cual la fuerza la ha de dar la Ley que rige los requisitos de esos documentos en España, que son, precisamente, los artículos 8 al 12 del Código Civil y el Convenio de Roma. Así, en materia de* capacidad *ha de estarse* a la ley de la nacionalidad*, que en el caso de los otorgantes del documento de autos es la legislación alemana, y no la española, y respecto a ella es más conocedor el Notario alemán que el español. Respecto a* la forma y solemnidad del documento *ha de estarse a lo dispuesto en el* artículo 11 *del Código Civil, sin que sea requisito imprescindible que cumpla con las formas y solemnidades de la legislación española, pues dicho precepto permite atenerse a la ley del lugar de celebración del acto, salvo en los casos de negocios solemnes como sería, por ejemplo, la donación de inmuebles. Respecto al* estatuto real*, ha de estarse al* lugar de situación del bien*, es decir, la legislación española. Y también es la legislación española la que rige la publicidad». Y el documento extranjero cumple con el requisito de tener fuerza en España con arreglo a las leyes, según la antedicha Sentencia, «cuando se adapta a las normas de Derecho Internacional Privado, pues son las que regulan los requisitos del documento y del acto según las puntos de conexión establecidos en los artículos 8 al 12 del Código Civil y en el Convenio de Roma,* sin que sean exigibles otros requisitos, formalidades o solemnidades, como serían las de la legislación notarial española*, que por definición no son aplicables a dichos documentos, por no estar sometidos los Notarios extranjeros a la normativa notarial española, ni tampoco limitarse la Ley Hipotecaria española a los documentos notariales españoles, dada la gran apertura del artículo 4 de dicha Ley. Todo ello se ve, con mayor nitidez si cabe, en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, en cuyo último párrafo se instituye al Registrador como el órgano encargado del control de acceso al Registro de los documentos, correspondiéndole la "calificación" de los requisitos de la legislación extranjera sobre formas y solemnidades extranjeras y sobre aptitud y capacidad legal necesaria para el acto, distinguiendo entre la calificación registral de los documentos extranjeros a efectos de su inscripción y los dictámenes o medios de prueba sobre el derecho extranjero; por eso, reconociendo que los funcionarlos públicos españoles no tiene obligación de conocer la totalidad del derecho extranjero, pero sí la de exigir que se aplique el mismo para que el documento tenga fuerza en España, prevé que por medio de una serie de informes de otros funcionarios españoles o del país de la legislación aplicable, se pueda acreditar y probar el derecho extranjero a efectos de la inscripción del titulo extranjero en el Registro de*

la Propiedad español». Y prosigue la misma Sentencia, citando a LACRUZ, «respecto a la "legalidad de las formas extrínsecas del documento" (art. 18 LH) rige la regla "locus regit actum" *(arts. 11.1 del Código Civil y 36.3.º RH), pero al Registrador se le dispensa de calificarlas si reacredita su observancia con certificación del Cónsul español; respecto a la capacidad de los otorgantes (art. 18 LH) está regida por la ley nacional de los mismos (art. 9 del Código Civil), pero* este requisito *también puede ser* igualmente acreditado *mediante certificación del Cónsul español (art. 36.2° RH); finalmente, queda el aspecto referido a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas (art. 18 LH), que deberá ser calificada conforme al artículo 4 LH en cuanto a la trascendencia real del acto, y 36.1 RH en relación con el 11.3° del Código Civil en cuanto a la licitud y permisión por las leyes españolas».*

4. En el presente expediente, no se ha acreditado, ni resulta de la nota de calificación que la Registradora conozca suficientemente la legislación extranjera dada la ausencia de fundamentación en los correspondientes preceptos de las leyes venezolanas, que el documento presentado tenga la consideración de documento auténtico o público en el país de su otorgamiento según su legislación notarial, o «ley que regula las formas y solemnidades del contrato» conforme al artículo 11 del Código Civil. Esto podría acreditarse por cualquier medio de los previstos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario *en el que se pruebe el contenido y vigencia del derecho extranjero (en los mismos términos se pronuncia el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)».*

IV. JUICIO CRÍTICO EN RELACIÓN A LA AUSENCIA DEL JUICIO DE CAPACIDAD Y FE DE CONOCIMIENTO DEL NOTARIO

Esta inquietante Resolución fundamenta su postura, básicamente, haciendo suyos (como hemos visto) los argumentos de la Sentencia núm. 391/06 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), la cual ha sido confirmada por el Tribunal Supremo (aunque con otros argumentos) por Sentencia de 19 de junio de 2012.

Por lo tanto, a continuación, razonaremos y desarrollaremos nuestra opinión; pero lo haremos al hilo de los pronunciamientos tanto de la DGRN como del Tribunal Supremo; y ello para intentar demostrar no solo el apoyo legal de lo que aquí exponemos, sino la incorrección jurídica de los fundamentos de nuestros más altos intérpretes legislativos.

Nosotros pensamos, honestamente y con la mayor imparcialidad posible en Derecho, que la doctrina de esta Resolución y Sentencia del año 2012 son erróneas e insuficientes, porque no abordan con precisión el principal problema que plantean tales documentos extranjeros: la equivalencia real de la forma y

el sistema de seguridad jurídica preventiva que articula nuestro Estado español para la práctica de las inscripciones de inmuebles en el Registro de la Propiedad.

En nuestra opinión, y ante todo, no cabe una defensa a ultranza y unilateral de nuestro documento notarial, desconociendo casi totalmente el documento público extranjero; a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, PERO tampoco se debe ni se puede admitir, sin más, la validez de dichos documentos so pretexto de alegar una errónea e insuficientes interpretación de reglas internacionales internas, orillando al documento notarial español.

(NOTA ACLARATORIA: En este trabajo *solo* y exclusivamente se atenderá a la validez del documento extranjero, en su eficacia y relación con *la inscripción en el Registro de la Propiedad*. Se debe recordar esto siempre para evitar despistes).

En efecto, es cierto que no se puede desconocer, sin mas, la eficacia y el valor en España del documento extranjero en base al principio de equivalencia de las formas, en materia de transacciones inmobiliarias. Incluso la economía globalizada y la rapidez del tráfico jurídico nos convence de lo contrario si queremos ser operativos. Ahora bien, lo que no puede ser de ninguna manera, es desconocer el sistema de seguridad jurídica preventivo que articula nuestro ordenamiento interno y los personajes necesarios para que se lleve a efecto; muy especialmente el Notario español.

Y es que, en este asunto, se ha olvidado una cuestión que nosotros consideramos de capital importancia para resolver la cuestión discutida y poner las cosas en su sitio. Las Resoluciones del 2005, lamentablemente, solo aluden a esta cuestión tangencialmente; la de 2012, la ignora y la transgrede, y la Sentencia del Tribunal Supremo ni la menciona, lo cual no es tolerable jurídicamente.

En efecto, la Registradora de la Propiedad que denegó la inscripción al documento privado venezolano con firma legitimada notarialmente y que ocasionó esta última Resolución de 22 de febrero de 2012, alega en su nota calificadora, una cuestión clave a la que la Dirección General no le presta la menor importancia y que, sin embargo se estudia en los mas elementales tratados de Derecho notarial inmobiliario y registral, cual es que *¡¡¡««««no existe fe de conocimiento ni juicio de capacidad»»»»!!!*

En realidad, esto es fundamental y la Registradora de la Propiedad hace una calificación correctísima, por la simple y elemental razón de que eso es lo que nos dice nuestro Derecho positivo: Nuestra legislación inmobiliaria y registral se basa en los dos pilares que sostienen todo el edificio jurídico, consistentes en la *titulación auténtica* y la *calificación registral*.

La Dirección General toma otros derroteros, y hace depender todo el centro de gravedad en la Resolución del 2012, solo en la calificación registral, ninguneando la nota de la Registradora y despachando el asunto diciendo que, bueno,

todo lo que falta al documento o título extranjero es muy fácil de solucionar; en especial, lo relativo a la capacidad de los otorgantes. Sencillamente, dice, nuestro máximo intérprete y directivo, basta con que se presente una simple certificación del Cónsul español u otro de los medios previstos en el artículo 36 RH. Y se queda descansando.

En este punto de la cuestión, las preguntas a resolver son:

1. ¿Fue correcta la calificación original de la Registradora? Respuesta: ¡¡¡SÍ!!! Las razones, las veremos ahora.
2. ¿Fue correcta la doctrina de la Dirección General en lo relativo a la capacidad de los otorgantes y su fe de conocimiento? Respuesta ¡¡¡NO!!! Fue incorrecta y aun ilegal. Veamos las razones de todo ello.

Empezaremos diciendo que todo el sistema de seguridad jurídica preventiva, en torno al cual gira y se articula nuestro tráfico inmobiliario registral está sostenido, como ya se dijo, por dos pilares fundamentales: *el doble control: notarial y registral*.

Estos dos pilares, principios o presupuestos, *son de derecho imperativo, necesario y aun de orden público* (después volveremos sobre esto), *de inexcusable observancia y sustraída a la voluntad de los particulares*, a fin de mantener incólume nuestro sistema de tráfico inmobiliario. De manera que, si cualquiera de estos dos pilares se toca, por poco que sea, el edificio jurídico sobre el que se fundamenta nuestra seguridad jurídica preventiva se desmorona y ya no sirve.

Es cierto que el legislador original español pudo haber elegido, para estos menesteres, el sistema francés, alemán, suizo, etc., pero da la casualidad que eligió el preciso y precioso sistema español, que requiere esa inexcusable, necesaria e imprescindible doble calificación: Notario-Registrador de la Propiedad (también veremos después cómo actúan los Tribunales y la legislación europea en este punto).

Lo que ocurre es que el primer control jurídico-preventivo ha decidido el legislador que lo ejerza con carácter exclusivo el Notario (lo mismo que a los militares se le otorga el uso de las armas y a los jueces el juzgar y hacer cumplir lo juzgado). Así de claro, sencillo y contundente. Por eso, la labor del Notario en materia de la previa apreciación o dación de fe de capacidad y juicio de conocimiento del otorgante, así como el posterior control de legalidad objetiva, es de obligado cumplimiento y constituye para el Notario un deber inexcusable. Su inobservancia acarrea fuertes y diversas sanciones.

Por eso, si bien no se puede ser papanatas nacionalistas y exigir a los documentos extranjeros sujetos a inscripción en el Registro de la Propiedad más requisitos que a los documentos notariales (o judiciales) españoles, en materia de tráfico inmobiliario; sin embargo *¡tampoco se les puede exigir menos!* Es decir, tiene que haber una «equivalencia de las formas» entre el documento público extranjero y el regulado por el Derecho español, si aquellos pretenden el acceso

al Registro de la Propiedad, no solo formal sino sustancial o de contenido. Lo contrario, aparte de ser inconstitucional, es ilegal, injusto y absurdo. Pues ¿es que van a ser los consumidores de la seguridad jurídica españolas de peor condición que los de otro país?; ¿es que va a depender de cada legislación nacional extranjera, el que se apliquen más o menos requisitos de validez u eficacia para que sus documentos públicos se hagan valer en España a efectos de su inscripción?

La respuesta es que no; que no se pueden exigir distintos requisitos, para una misma finalidad, a los documentos extranjeros y a los otorgados en España. Esta arbitraria distinción debería, en su caso, basarse en una justa causa establecida expresamente por la ley, cosa que no ocurre (ni debe ocurrir).

En resumen, el título extranjero que pretende su validez y eficacia en España, a efectos de transmisiones inmobiliarias, debe ser EQUIVALENTE realmente (y no solo nominalmente) al documento notarial español, es decir, contener los mismos presupuestos básicos que nuestro ordenamiento jurídico exige a este para darle fuerza y valor; toda vez que es «conditio sine qua non» para que la ley le brinde su protección y tutela; ya que, con ello, se pretende una *previa depuración jurídica*, de suerte que en el Registro de la Propiedad solo entren y se inscriban títulos perfectamente válidos y eficaces.

Por eso, se debe tener bien presente y no debe desconocerse jamás, que en Derecho español nunca (salvo en escasísimos supuestos) un documento privado con firma legitimada (ya sea nacional o extranjero) basta, por sí solo, para provocar una mutación jurídica inmobiliaria; porque, entre muchas otras razones, no contiene ni fe de conocimiento de sus autores ni un juicio de capacidad de los mismos, ni tiene los requisitos internos ni los efectos de la escritura pública que son requisitos exigidos, como presupuestos básicos, por el sistema inmobiliario español, al efecto.

En este sentido, la Resolución de 22 de febrero de 2012, (siguiendo a cierta doctrina y alguna jurisprudencia que parece haberla desorientado), comete un ERROR GARRAFAL al afirmar, ¡sin matización alguna!, respecto a la capacidad de los otorgantes que: está regida por la ley nacional de los mismos (art. 9 del Código Civil), «pero este requisito puede ser igualmente acreditado mediante certificación del Cónsul español» (art. 36, 2 RH), (sic).

Pues bien, este es un error y un desconocimiento de nuestro derecho de tal magnitud que invalida de raíz el fundamento de dicha Resolución, y hace inútiles las demás consideraciones sobre el particular (medio de probar la legislación extranjera, formas y solemnidades del acto contenido en el documento en cuestión, validez de los actos dispositivos contenidos en él, etc.). Se trata de un *pecado original jurídico* que tiñe e invalida todo el fallo.

RESPECTO A LA IDENTIFICACIÓN DE LOS COMPARECIENTES (FE DE CONOCIMIENTO), conviene decir brevemente, lo siguiente: que, por el valor que la ley atribuye al instrumento público, es presupuesto básico para la

eficacia de este la fijación con absoluta certeza de la identidad de los sujetos que interviene, de modo que la autoría de las declaraciones contenidas en el instrumento quede establecida de forma auténtica, mediante la individualización de los otorgantes. Por ello, el artículo 23 de la Ley del Notariado, como requisito esencial de validez del instrumento público, impone al Notario autorizante la obligación de dar fe de que conoce a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos.

Así, el *artículo 23* de la Ley del Notariado establece la obligatoriedad de esta identificación bien por conocimiento directo del Notario bien por distintos medios supletorios, disponiendo el *artículo 27*, *párrafo tercero*, de dicho cuerpo legal que: *«Serán nulos los instrumentos públicos: …Aquellos en que el Notario no dé fe del conocimiento de los otorgantes, o no supla esta diligencia en la forma establecida en el artículo 23 de esta Ley, o en que no aparezcan las firmas de las partes y testigos cuando deban hacerlo, y la firma, rúbrica y signo del Notario».*

Se trata de una certeza acerca de la identidad del compareciente, que no puede ser una verdad necesaria, pero sí una certidumbre jurídica, que no es absoluta, pero sí tan probable que basta para el comercio jurídico. En este sentido, la *Resolución de 18 de octubre de 2010*, entre otras, afirma que *«El* juicio sobre la identidad del otorgante que corresponde, exclusivamente y bajo su responsabilidad, al Notario *queda amparado por una presunción legal solo susceptible de impugnación en vía judicial. Por ello, el Registrador no puede revisar en su calificación ese juicio que compete al Notario».*

Por consiguiente, expresiones como *«dijeron llamarse»* y *«titulares de las Cédulas de Identidad número…»* (sin acreditar que los ha tenido a la vista y comprobado), como hace el Notario venezolano en el documento privado por él legitimado y sujeto a inscripción, en la Resolución que comentamos, no valen si no van acompañadas por una identificación o conocimiento real y efectivo por parte del fedatario público: *el que dice ser y llamarse, debe serlo efectivamente* (por lo menos, con la certeza relativa pero suficiente que acabamos de expresar).

¿Cómo, si no, se van a sustentar todas las presunciones jurídicas al efecto; en especial, la del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, cuando dice que: *«A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen* a su titular *en la forma determinada por el asiento respectivo…»*; toda vez que a ese titular no se le identifica indubitadamente desde el principio?

Es inimaginable en nuestro sistema inmobiliario registral la inscripción de un título a nombre de alguien de quien el Notario autorizante del mismo no deje constancia real de su identidad y, además, lo exprese así en el documento que se pretende inscribir. Porque, como después ampliaremos, hay una correlación entre la forma documental pública y el Registro público en función de las exigencias de nuestro sistema jurídico en materia de tráfico inmobiliario.

RESPECTO AL JUICIO DE CAPACIDAD, cabe decir que, en efecto, como ya anunciamos anteriormente, la protección de nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva en materia de tráfico inmobiliario, requiere, como un *prius lógico*, un control de legalidad de los documentos; y que, tratándose de transacciones inmobiliarias inscribibles en el Registro de la Propiedad se exige un *doble control*: notarial y registral, a efectos que en el Registro de la Propiedad ingresen títulos perfectos, válidos y eficaces.

Y ese control, se debe realizar necesaria e inexcusablemente, en una primera etapa, solo y exclusivamente por el Notario. Es más, el juicio de capacidad que emite el Notario en el *momento del otorgamiento* del documento es *esencial*. En este sentido, la *DGRN* en Resoluciones de 5 de febrero de 1990; 16 de febrero de 1991; 7 de enero de 1992; 29 de abril de 1994; 25 de julio de 2000; 25 de julio y 27 de diciembre de 2000; 12 de diciembre de 2001… etc., tiene declarado que *el juicio de capacidad es imprescindible en toda escritura pública,* y este juicio está atribuido *en exclusiva al Notario bajo su responsabilidad* (salvo el supuesto excepcional del artículo 665 del Código Civil respecto de los dos facultativos en el testamento del incapacitado por virtud de Sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad).

Es cierto que el Registrador de la Propiedad tiene que calificar (art. 18 LH) la capacidad de los otorgantes; PERO ese segundo control, esa calificación, es distinta y, necesariamente, menos intensa y extensa que la del Notario. No se solapa con ella ni se contrapone, sino que opera en *campos y tiempos distintos*. (Después volveremos sobre esto).

Es más, *la verdaderamente importante, la relevante*, es la capacidad que deba tener el contratante *en el momento del otorgamiento* del documento, no después; hasta el punto de que al ordenamiento jurídico le es indiferente si la persona que contrata tiene capacidad después del otorgamiento o al tiempo de la inscripción del documento (porque el consentimiento ya lo prestó en un momento anterior).

Y todo ello se cohonesta, además, con la teoría que sigue nuestro ordenamiento jurídico para la transmisión del dominio y demás derechos reales, es decir, con la *«teoría del título y el modo»* (art. 609 del Código Civil) *¡¡¡ya que la propiedad se adquiere y se transmite extrarregistralmente!!!*, siendo solo el Registro de la Propiedad un medio de publicidad de las titularidades reales y su eficacia *erga omnes*.

Y es que el «juicio» de capacidad del Registrador de la Propiedad y el Cónsul (español o extranjero) de que habla la Resolución de 22 de febrero de 2012, es *un control a posteriori del otorgamiento, distinto del notarial e insuficiente por sí mismo*. Pues, sin el juicio previo de capacidad del Notario, (pensemos en un tipo con más capacidad legal que Sócrates o Einstein pero que, en un momento dado, tiene sus capacidades sensitivas anuladas o disminuidas, o personas afectadas por borracheras —drogas— amenazas) personas con

incapacidades psíquico-físicas naturales pueden firmar u otorgar documentos sin presencia del Notario.

Pues bien, sin ese previo control de capacidad del Notario, *al Registro podrían acceder títulos perfectamente nulos, anulables o ineficaces*. Y es que, cuando hablamos de la necesidad de enjuiciar «la capacidad de los otorgantes», debemos concretar y distinguir con precisión a qué nos estamos refiriendo (cosa que desconoce la Resolución del 22 de febrero de 2012), y quién, cómo, cuándo y con qué efectos se realiza ese juicio de capacidad exigido por el principio de legalidad.

Ello hace tránsito a lo dispuesto en los artículos:

• *145* R. Notarial: *«La autorización o intervención del instrumento público implica el* deber del Notario de dar fe de la identidad *de los otorgantes,* de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado *y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes intervinientes…* (párrafo tercero): el Notario *en su función de control de la legalidad,* no solo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización notarial *cuando a su juicio: 1º) La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal… 2º) Todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretende; 3º) La representación… no esté suficientemente acreditada, 5º) El acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes o al orden público o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para su plena validez o para su eficacia…».*

• *Artículo 156.8:* «La comparecencia en toda escritura indicará: *«La afirmación de que los otorgantes, a juicio del Notario, tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiere en la forma establecida en este Reglamento, así como, en su caso, el juicio expreso de suficiencia de las facultades representativas».*

• *Artículo 147*, párrafo primero: «El Notario *redactará el instrumento público conforme* a la voluntad común de los otorgantes*, la cual* deberá indagar, interpretar y adecuar *al ordenamiento jurídico…».*

• *Artículo 167. «*El Notario, *en vista de la naturaleza del acto o contrato, y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas,* hará constar *que, a su juicio,* los otorgantes, *en el concepto en que intervienen,* tienen capacidad civil suficiente *para otorgar el acto o contrato de que se trate».*

Y todos los anteriores artículos, en relación con: el artículo 1261 del Código Civil, respecto de los *requisitos necesarios para que exista un contrato válido y eficaz,* la teoría general del contrato y los vicios de la voluntad; cuando dice que: «*no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1) consentimiento de los contratantes».*

Pues bien, todos estos artículos (y normativa concordante) se están refiriendo a que el contratante tenga tanto:

a) una *CAPACIDAD NATURAL SUBJETIVA (esto es, que tenga voluntad de querer, querer con discernimiento y poder expresar libremente su voluntad)*.
b) y, además, una *capacidad OBJETIVA o DE OBRAR* y legal necesaria, bien con carácter general (art. 1263 del Código Civil) bien con carácter especial para determinados negocios jurídicos concretos (testamento abierto, ológrafo, para emanciparse, hipotecar, etc.).

Y es muy *importante asimilar o constatar*, la idea de que *el juicio de capacidad que emite el Notario*, cumpliendo con una obligación legal, se *refiere a esos dos tipos de capacidades* y que tiene que darlo en el momento del otorgamiento y autorización del documento; a saber, 1) En primer lugar, tiene que dar un *juicio de capacidad natural del contratante* (con el alcance que se acaba de indicar), el cual, por cierto, presenta dos aspectos: —controlar y apreciar su voluntad de querer (aspecto positivo) y apreciar, igualmente, en el momento del otorgamiento, la ausencia de impedimentos o incapacidades que le impidan o dificulten emitir esa voluntad (aspecto negativo). Se trata, con ello, de evitar que una persona sujeta a cualquier tipo de anomalía o sujeta a cualquier tipo de amenaza, violencia, engaño, o error pueda firmar un documento publico en presencia de Notario; 2) pero, *además*, el Notario tendrá que *apreciar la capacidad objetiva o legalmente requerida* para el acto jurídico concreto que se documenta (compraventa, testamento, hipoteca…).

Pues bien, el *monopolio* de la primera de las capacidades mencionadas, la tiene solo, exclusiva y necesariamente el Notario, y se incardina en los citados artículos 145, 147.1, 156.8 y 167 del Reglamento Notarial y 1261 del Código Civil que, junto con todas las normas que regulan la depuración y control del título previo que accede al Registro, hacen del juicio del Notario una norma imperativa de obligado cumplimiento y de orden público interno. (Después hablaremos más detenidamente de ello).

De manera que el Registrador de la Propiedad o el Cónsul (español o extranjero) del que habla la Resolución del 22 de febrero de 2012 solo y únicamente pueden (y deben) controlar esa segunda clase de capacidad. Pero es un control a posteriori, cuando el documento ha sido redactado y autorizado. Y tanto uno y como otro funcionario solo puede hacer ese control; porque les es metafísicamente imposible controlar una actuación en la que ellos no estuvieron presentes.

Y ese monopolio del Notario, respecto de la capacidad de los otorgantes y la fe de su conocimiento, ni siquiera podría ser suplida por un Juez (pongamos por caso una homologación de un convenio privado de transacción); porque, al igual que al Registrador o al Cónsul, ni lo puede hacer (porque no está

presente cuando los contratantes prestan el consentimiento), ni el derecho se lo permite, por no ser el funcionario destinado a tal efecto (en esos casos de homologación judicial, el documento privado, sigue tan privado como antes). Y por las mismas razones antedichas, *tampoco vale*, a los efectos que hablamos, el *documento privado con firmas legitimadas y apostillado*. Pues, según nuestra legislación civil y notarial, no cumple los requisitos que para la equivalencia de las formas exige nuestro ordenamiento jurídico para darle validez y eficacia (en concreto, le falta el juicio de capacidad y fe de identificación de los otorgantes y la forma adecuada que, para la transmisión del dominio, exige nuestra legislación hipotecaria). Pues todos sabemos que si un Decano de un Colegio notarial apostilla el documento de un Notario español, no se hace, por ello, ni participe ni responsable ni controlador, ni del fondo ni de las formas, del documento en cuestión.

En resumen, en España jamás un documento con firma legitimada se convierte en documento público idóneo para la inscripción en el Registro de la Propiedad, ni tiene la eficacia de la escritura pública ni vale como tal, al no reunir los requisitos necesarios que establece el sistema para que lo sea. Y sin embargo, la Dirección General, en la Resolución tan comentada del 2012, siguiendo a una desorientada doctrina, confunde ambas capacidades, antes explicadas, otorga la misma validez a un documento privado venezolano, con firmas legitimadas notarialmente y apostillado, que a la escritura pública española, so pretexto de que esos requisitos de capacidad y forma de que hablamos los puede completar el Registrador de la Propiedad acompañando certificación consular.

Y es que, dejando, de momento, a un lado la cuestión de la «forma adecuada» notarial, de que después hablaremos, el control de capacidad e identidad notarial es un *prius lógico,* el punto de arranque, la columna sobre la que se asientan los demás controles y requisitos de fondo y forma del documento a los que se refieren los artículos 4 LH y 36.2 RH. Pues, sin ese previo control de capacidad e identificación de los contratantes, estos últimos artículos se convertirían en paja, puro humo, porque el presupuesto del que parten (voluntad negocial validamente emitida e identificación de los otorgantes) tendría que estar previamente demostrado. Precisamente por eso, a la intervención del Notario (español o extranjero) dando fe de conocimiento y juicio de capacidad (en los términos que se acaban de indicar) el ordenamiento jurídico, le dispensa un plus respecto de otra declaración; pues le otorga el valor de una *presunción de verdad,* no inatacable pero suficiente y bastante, mientras no se pruebe lo contrario; desplazándose la carga de la prueba a quien impugne ese juicio notarial.

De la misma manera, sería impensable que en materia judicial, sin reunirse los requisitos precisos de un *exequatur,* se reconociese la validez de una Sentencia y aun de un documento judicial extranjero (que no tienen que ser los mismos que en materia de transmisiones inmobiliarias; pues son distintos los requisitos y controles que nuestro ordenamiento jurídico exige en materia

probatoria, en un procedimiento judicial de libre apreciación de la prueba por el juez o tribunal, que los exigidos para el tráfico jurídico inmobiliario y registral. Son diferentes. (Después matizaremos esto).

Y es que, llegados este punto, conviene recordar conocimientos básicos y elementales sobre el instrumento público, que ningún jurista debe desconocer. Con carácter esquemático, diremos que el documento notarial español se apoya en cuatro pilares o requisitos internos básicos:

1. *Presencia simultánea* de los intervinientes (y testigos, en su caso) ante Notario, salvo excepciones;
2. *Dación de fe de la identificación de los intervinientes*.
3. *Apreciación o juicio de capacidad de los contratantes,* en sus dos vertientes explicadas (capacidad natural de entender y querer y capacidad de obrar y, en su caso, capacidad jurídica para el negocio del que se trate, que requiera una especial) y de sus facultades representativas en su caso (representación, poder de disposición y legitimación).
4. *Lectura del instrumento*.

Bien es cierto que los requisitos citados anteriormente son de aplicación absolutamente y en todo su rigor a las escrituras públicas; y no a las actas, en las que no hará falta afirmar por parte del Notario la capacidad de los requirentes, salvo excepciones, y en las que bastará la apreciación y consignación por parte del Notario en el acta, de que los requirentes tienen y ostentan capacidad natural suficiente e interés legítimo para el concreto requerimiento de que se trate; y en las que no se exige ni se requiere la dación de fe de conocimiento de los requirentes, salvo que lo requiera la ley o la identidad de las personas fuese requisito indispensable en consideración a su contenido. Y tampoco es aplicable a los testimonios notariales, en donde es de resaltar especialmente la ausencia de juicio de capacidad que es excepcional: solo la presuponen los documentos que contienen una declaración de voluntad (art. 259.2) como la compraventa a plazos de bienes muebles corporales.

Pues bien, precisamente por todo lo anterior, el sistema concede a la escritura pública notarial, los siguientes EFECTOS:

— *Legitimadores:* A diferencia de las actas y testimonios (que solo conceden eficacia probatoria —en general— pues solo acreditan un hecho), la intervención del Notario permite obtener la seguridad relativa (la total es imposible) pero suficiente para el tráfico, de que el negocio jurídico en ella recogido es válido y legal; y aún; con carácter provisional, reconocer la titularidad de los derechos que de dicho negocio se derive.
— *Ejecutivos*, en los términos de nuestras leyes procesales (art. 517 LEC, y concordantes).

— *Probatorios* (arts. 1218 del Código Civil y 319 LEC).
— *Traditorios,* el otorgamiento de escrituras equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato. (art. 1462,2 del Código Civil).
— *Prelativos*, particularmente en las ejecuciones universales.
— *Registrales,* como medio normal de acceso al Registro de la Propiedad, contribuyendo de manera decisiva al principio de legitimación registral.

Y tampoco se debe olvidar que *el control de capacidad (entre otros) que hace el Registrador de la Propiedad se funda única y exclusivamente en el documento notarial presentado en el Registro*. El Registrador califica la capacidad de obrar del otorgante cuando aquel está ya confeccionado. A posteriori. Respecto de una capacidad con arreglo a legislación substantiva u objetiva aplicable al caso documentado. Sin nada que ver con la previa, necesaria y cabal afirmación respecto a la capacidad subjetiva natural del contratante en el momento del otorgamiento del documento.

Por consiguiente, y *precisamente por los grandes efectos que nuestro Ordenamiento jurídico concede al documento notarial,* dicho Ordenamiento *le exige*, igualmente, *unos rigurosos requisitos internos* (antes mencionados); de forma que, si le faltase alguno de tales requisitos, el sistema español no le reconocería eficacia.

Y por la misma razón, un documento extranjero con firma legitimada notarialmente, *nunca ni jamás* tiene la consideración ni el valor de escritura inscribible en el Registro de la Propiedad para nuestro Derecho. Sin que la *Apostilla* añada valor alguno al contenido del documento privado ni le da garantía de autenticidad.

Pues, aparte de no reunir los mismos requisitos de forma, ni tener los mismos efectos de fondo, *¿qué ocurriría si se pierde un testimonio?* Al no ir al Protocolo General corriente, no habría título ejecutivo al no poderse expedir copias del original. Se trata, en suma, por lo dicho de un documento endeble e inapropiado para el tráfico jurídico inmobiliario. Por eso, nuestro Derecho positivo lo desprecia por irrelevante para esos supuestos.

Nada que ver con las exigencias que tanto el artículo 3 LH como el 33 RH y concordantes de la Ley y del Reglamento Notariales exige al documento notarial español para tener acceso al Registro, pues hay una correlación entre fondo y forma. De manera que, teniendo la consideración de instrumentos públicos, en nuestro Derecho notarial, las escrituras, las actas, las pólizas, las copias y los testimonios, el único que tiene acceso al Registro (salvo raras excepciones) para provocar cualesquiera de las mutaciones jurídicas-inmobiliarias de que habla el artículo 2 de la Ley Hipotecaria y 5 del Reglamento Hipotecario, es la escritura pública: es decir, la forma máxima de garantía para nuestro sistema inmobiliario registral y protección de terceros. Es más, aunque pensemos en un testimonio español, con juicio de capacidad y fe de conocimiento, jamás será «título» idóneo a efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Hay que insistir en que al documento extranjero (tanto privado como público) se le han de exigir unos requisitos intrínsecos o internos sino iguales (por tratarse de «extranjeros») al menos *sustancialmente equivalentes* a los que se exige el documento notarial español a efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad.

V. REFERENCIA AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Se podría argumentar en contra, como hace la citada Resolución de 2 de febrero de 2012 que estos artículos 3 LH y 33 RH se refieren a los documentos públicos españoles (lo cual es cierto); pero que a los extranjeros le son aplicables los artículos 4 LH y 36 RH y 323 LEC (lo cual es también cierto). En efecto, el *artículo 4 LH* habla de que el documento extranjero debe tener *«fuerza en España con arreglo a las leyes»*. El artículo *36 RH* habla de que tales documentos extranjeros deben tener para poder ser inscritos en España: «*la legalización y demás* requisitos necesarios para su autenticidad en España»; *y el artículo 323 LEC* exige de ellos, para hacerlo valer en España con efectos probatorios en juicio (cosa distinta, por cierto, que su reconocimiento a efectos de equivalencia de formas notariales) «*que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás* requisitos necesarios para su autenticidad en España». Añadiendo en su apartado 3º que cuando los documentos extranjeros… incorporen declaraciones de voluntad… «*su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos»*.

De hecho, son justamente estos artículos los que contempla la *Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife*, cuyos argumentos hace suyos la Resolución que comentamos para afirmar, como centro gravitatorio de su fallo, que el documento extranjero cumple con el requisito de tener «fuerza en España con arreglo a las leyes» *«cuando se adapta a las normas de Derecho Internacional Privado» …sin que sean exigibles otros requisitos formalidades o solemnidades, como serían de la legislación notarial española…* (sic).

Pero veamos, a continuación, a dónde nos conduce la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado (que ya adelantamos; a una equivalencia sustancial con las leyes españolas).

Pues bien, es clásica y conviene recordar la clasificación de las normas del Derecho Internacional Privado:

A) Normas de *aplicación necesaria*, de *ius cogens* y obligado cumplimiento, que operan en una doble vertiente: negando la aplicación del derecho extranjero, o imponiendo la aplicación del derecho nacional o *lex fori* (ej. Normas de orden público o que contradigan los principios inspiradores de una determinada institución básica española). Ello no excluye, lógicamente, la aplicación de la

norma extranjera, pero a condición o imponiendo simultáneamente, y a la vez, el cumplimiento de las normas de derecho interno, en el que se pretende hacer valer el derecho extranjero.

B) Normas de Derecho Internacional Privado *materiales*; que regulan el supuesto de hecho y sus consecuencias. Es decir, que regulan directa e inmediatamente aquellas relaciones del tráfico jurídico con elemento extranjero jurídicamente relevante. Y que pueden ser de orden *interno* (ej. art. 688 del Código Civil, cuando dice que los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma); o bien, *externo*, que deben su origen a Tratados o Acuerdos internacionales. Tienen, pues, un origen convencional-contractual que regulan directamente una determinada relación jurídica, de igual forma, modo o manera a como lo hace una ley de derecho interno (ej. Normas contenidas en el Tratado internacional que regula el transporte de mercancías por carretera).

C) Y finalmente están las *normas de conflicto*; es decir, normas de Derecho Internacional Privado sobradamente conocidas por todos; recogidas en nuestro derecho interno por los artículos 8 a 12 del Código Civil. Estas normas no regulan directa e inmediatamente la relación jurídica con el elemento extranjero sino que, a través de *distintos y variados «puntos de conexión»,* se limitan a señalar la norma material (*lex causae)* que resulta de aplicación al caso concreto; *¡y que es siempre una norma de derecho interno!* (nacional —lex fori— o extranjera).

Con lo cual, y en resumen, las normas de Derecho Internacional Privado que, a la postre, resultan aplicables a aquellas relaciones del tráfico jurídico externo con elemento extranjero jurídicamente relevante, son normas de derecho interno (nacional o extranjero) o normas de Derecho Internacional Privado de carácter material, de origen externo, que tienen su fuente en Tratados o Convenios internacionales. O sea, que son precisamente estas normas del Derecho Internacional Privado, las que regulan una cuestión (bien de forma o bien de fondo: *lex causae*) aplicable a una relación con elemento extranjero.

Pues bien, las normas relativas a la dación de fe de conocimiento y al juicio de capacidad (y, en su caso, a la acreditación suficiente de las facultades representativas) son, como dijimos, normas de *ius cogens*, imperativas, de obligado y necesario cumplimiento; al margen o con independencia de la nacionalidad del Notario o fedatario público que autorice el documento (español o extranjero), y todo ello por exigencias de los principios que inspiran nuestro sistema español en materia de seguridad jurídica preventiva, aplicables tanto al sistema notarial como al registral. En concreto, serían exigencias del *principio de legalidad extrajudicial entre otras:*

— *Afectantes al notariado*: artículos 23 en relación con el 27,3 (fe de conocimiento), el 24 de la Ley del Notariado y 145, 153, 156, 164, 167, 168, 187, 189, 190 y 192 (juicio de capacidad en las escrituras públicas);

— *En materia registral*: artículo 18 LH en relación con los artículos 97 a 102, 127, 133 a 136, 333, 334, 434 y 485 b, entre otros, sobre la calificación registral.

Y es que este control de legalidad, en la doble vertiente que se acaba de indicar, y que impone el principio de legalidad, se funda en los fuertes efectos que nuestro sistema atribuye: —de una parte a las escrituras públicas (legitimador, ejecutivo, probatorio, traditorio, prelatorio, registral), y de otra parte, a las inscripciones (por razón de la legitimación, fe pública, cierre registral, salvaguardia judicial de asientos, etcétera); de manera que, para el Registrador, la calificación registral es también un requisito formal necesario para la práctica de la inscripción y sus efectos; es decir, que es la misma exigencia que a los Notarios impone el sistema por razón de su función u oficio, en su propia Ley y Reglamento Notariales. De hecho, el Registrador de la Propiedad también tiene que calificar, en base al artículo 18 LH la necesaria expresión de dación de fe y de juicio de capacidad del Notario (circunstancias estas que no se producen en el documento privado venezolano con firmas legitimadas, que originó la Resolución de 2012 que comentamos).

Además, dicha normativa notarial y registral, a estos efectos, son normas de derecho público, territoriales e imperativas, de competencia exclusiva del Estado (formas documentales y Registros públicos). En este sentido, la *Constitución Española*, en el *artículo 149.1* dice: *«El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias… 8.º) Legislación Civil… En todo caso las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas… Ordenación de los Registros* (públicos, se entiende) *e instrumentos públicos»*. No cabe la autonomía de la voluntad en este punto y, por lo tanto, se impone tanto a Notarios como a Registradores la observancia inexcusable de estas normas imperativas; hasta el punto de que están teñidas, incluso, por la doctrina del *«orden público interno internacional»* y/o tienen una conexión muy evidente con la llamada *«doctrina del interés nacional»*, al tratarse de principios básicos e informadores de nuestro Ordenamiento jurídico en materia tan trascendente de formas documentales y Registros públicos.

Nótese que *el sistema notarial (y el registral) en España* se incardina en un sistema de seguridad jurídica preventiva que le impone una determinada actuación forzosa y lo troquela jurídicamente como está configurado por la ley (no de otra manera); esto es, el notariado español tal y como está configurado lo exigen las normas imperativas que regulan el sistema de seguridad jurídica preventiva: apreciar todos y cada uno de los requisitos esenciales y necesarios del negocio jurídico y del mismo título que lo documenta. De manera que su autorización tiene fuerza creadora del documento y no avala ni asegura contratos o documentos privados firmados por las partes (sistema del notariado latinoamericano, en gran parte). Todo lo cual le impone especialmente la apreciación

y dación de fe de conocimiento, del juicio de capacidad de los otorgantes, de sus facultades representativas, etc., y su consignación expresa en el documento.

En resumen, se trata de vasos comunicantes, formando un círculo completo, que relacionan íntimamente entre sí todas sus partes. De manera que, en España y en la mayoría de los Ordenamientos Jurídicos europeos, en materia de seguridad jurídica preventiva extrajudicial, el sistema que impone la aplicación de normas de control rigurosas, imperativas y de *ius cogens* configura a unos profesionales (Notarios y Registradores de la Propiedad) muy característicos: dotando a sus documentos y actuaciones de unos fortísimos efectos, pero a cambio de unas garantías de preparación técnica y profesional altísimas para realizar ese control de la seguridad jurídica. Y viceversa: esa preparación tan altamente cualificada, necesita y requiere de unos profesionales (Notarios y Registradores de la Propiedad) a cuya actuación se le dota de un amplio abanico de efectos jurídicos, a fin de cumplir su misión de control de legalidad, lo que conlleva a configurar un sólido sistema de seguridad jurídica preventiva, con normas de *ius cogens* y obligado cumplimiento, incluso de orden público interno.

Nada que ver con esos otros sistemas de endeble y raquítica seguridad jurídica (la cual se pretende conseguir a base de seguros privados u otros medios más dificultosos y costosos) cuales son los sistemas anglosajones y muchos países iberoamericanos; con profesionales legitimadores de muy baja o dudosa preparación jurídica.

VI. LA EQUIVALENCIA DE LAS FORMAS Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JUNIO DE 2012

Esta Sentencia resuelve, en *casación,* el recurso presentado contra la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife interpuesto por la DGRN. Sin embargo, esta Resolución de nuestro más alto tribunal, es tan escasa de argumentación y la que contempla es tan endeble jurídicamente (ya que solo tangencialmente y de forma muy superficial toca el problema del valor del documento público extranjero a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad); que no soluciona gran cosa.

En efecto, dicha Sentencia (con dos votos particulares en contra, cuyos razonamientos tampoco afectan sustancialmente al presente trabajo), deja sentada la siguiente doctrina:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEGUNDO. Como expresa la Audiencia en el primero de los fundamentos de derecho de la Sentencia hoy impugnada, la postura del Abogado del Estado, coincidente con la Resolución de 7 de febrero de 2005 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, se concreta en dos aspectos directamente

relacionados con las causas aducidas por el Registrador de la Propiedad para negar la inscripción del título presentado: en primer lugar, que el requisito exigido por el artículo 4 de la Ley Hipotecaria para que los títulos otorgados en país extranjero sean inscribibles en el Registro de la Propiedad, en el sentido de que dichos títulos tengan fuerza en España con arreglo a las leyes, presupone la exigencia de que tales documentos tengan efectivamente la consideración de documentos públicos, lo que implica que deben ser otorgados con las solemnidades mínimas que se exigen al Notario español, lo cual, a su vez, supone la equivalencia en la concepción de la función notarial en cada país; formalidades y equivalencia que en el caso del Notario alemán no se da —según sostiene el Abogado del Estado con la Dirección General de los Registros y del Notariado— por cuanto dicho fedatario no está obligado a informar a los contratantes sobre el derecho español, aunque sea aplicable al negocio jurídico la ley española, ni emite un juicio acerca de que el acto que autoriza es conforme al Ordenamiento jurídico español como, por el contrario ha de hacer el Notario en España; y en segundo lugar, porque la escritura pública autorizada por Notario español es el instrumento de un contrato, pero también constituye el título traslativo de la propiedad, lo que posibilita la inscripción registral según el artículo 33 de Reglamento Hipotecario, mientras que el documento alemán, solo es un contrato y no tiene efecto traslativo de la propiedad ni con arreglo al derecho alemán ni al español; lo que en la nota del Registrador se concreta en que el sistema español de transmisión por contrato de la propiedad y demás derechos reales es muy diferente al alemán.

TERCERO. Sobre dichas razones se vertebran los dos motivos del recurso de casación, denunciando el primero la vulneración de los artículos 4 de la Ley Hipotecaria y 36 del Reglamento Hipotecario, y el segundo la de los artículos 609, 1462 y 10.1 del Código Civil, así como del 33 del Reglamento Hipotecario.

En primer lugar, antes de entrar en el detalle de las infracciones que denuncia el Abogado del Estado recurrente, es preciso señalar que la decisión del Sr. Registrador de la Propiedad y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuyos argumentos defiende el Abogado del Estado en el presente proceso, parten de un entendimiento de la normativa vigente que cuestiona el principio de libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea (arts. 56 a 60 del Tratado); y la necesidad de intervención en todo caso de un Notario español significaría la imposición de una limitación a la libertad de transmisión de bienes, en cuanto a su plenitud de efectos, que no resulta justificada en el estado actual de los ordenamientos comunitario y español.

En primer lugar, no puede desconocerse que el Reglamento 593/2008 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio (ley aplicable a las obligaciones contractuales —Roma I—) dispone en su artículo 11 que «un contrato celebrado entre personas, o sus representantes, que se encuentren en el mismo país en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma si reúne

los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país donde se haya celebrado»; disposición que igualmente aparece en el artículo 11.1 del Código Civil y que claramente quedaría vacía de contenido si la observancia de la forma así prevista fuera insuficiente para la producción de los efectos jurídicos propios del contrato.

Además, el artículo 10.1 del Código Civil dispone que «la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen», lo que en este caso determina la aplicación de la ley española a la transmisión del dominio sobre el bien de que se trata.

Destaca la doctrina que la elección del lugar de situación del bien como punto de conexión ofrece una serie de ventajas ya que permite hacer coincidir la localización jurídica con la localización material y física de los bienes, pone de manifiesto el interés del Estado por controlar la creación, transmisión y modificación de los derechos reales sobre los bienes situados en su territorio y es la expresión en Derecho Internacional Privado de la tutela de la seguridad del tráfico jurídico.

En consecuencia es de aplicación al caso lo dispuesto por el artículo 1462 del Código Civil que, al menos en su redacción actual, no limita sus efectos de «traditio ficta» a los supuestos en que la escritura pública de venta se hubiera otorgado ante Notario español. Lógicamente se deduce así que la escritura otorgada fuera de España, que sea formalmente válida, producirá los mismos efectos y, por tanto, significará la realización de la «entrega» que nuestro derecho exige para el nacimiento del derecho real objeto de la inscripción registral, salvo que de la misma resultare o se dedujere lo contrario.

Pero es más, en el seno de la Unión Europea se tiende a evitar la duplicidad en la exigencia de requisitos de carácter predominantemente formal cuando ya se han cumplido las formas o condiciones necesarias en otro Estado miembro según una finalidad idéntica o similar a la requerida en el Estado en que el acto o negocio ha de producir efecto; duplicidad que quedaría establecida si, otorgada escritura de compraventa ante Notario en un país miembro, se negara su total equiparación a la otorgada ante Notario del país en que hubiera de surtir efectos, lo que en la práctica exigiría el otorgamiento de otra ante este último. En este sentido cabe anotar la publicación por la Comisión, en fecha 14 de diciembre de 2010, de un Libro Verde que lleva por título «Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil».

Admitida la equivalencia de forma entre un documento público notarial alemán y otro español a efectos de su validez en España, carecería de sentido la exigencia de volver a escriturar el mismo negocio ante un Notario nacional y habría de ser considerado dicho requisito como una reiteración en la exigencia y una duplicidad innecesaria. Puede citarse como significativo lo dispuesto por el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril (Ministerio de Economía y Hacienda)

que, al referirse a las inversiones extranjeras en España, dispone que pueden ser titulares de las mismas tanto las personas físicas no residentes en España como las personas jurídicas domiciliadas en el extranjero y entidades públicas de soberanía extranjera (art. 2), siendo objeto propio de tales inversiones la adquisición de inmuebles en España (art. 3-e), y sin embargo no prevé en forma alguna que tal adquisición haya de formalizarse ante Notario español.

Tal exigencia en relación con la escritura pública de compraventa de un bien inmueble situado en España, que sostiene la Dirección General de los Registros y del Notariado, no puede justificarse —como se ha dicho— en un adecuado entendimiento de las normas de Derecho Internacional Privado español sobre la forma de los contratos, las obligaciones contractuales y la transmisión de los derechos reales. Por ello puede afirmarse que la negativa de efecto jurídico ante el Registro de la Propiedad español de la escritura otorgada ante un Notario alemán carece de sentido cuando, además, la misma puede producir plenos efectos probatorios en España en los términos previstos en el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y resulta evidente que el documento notarial alemán y el español son equivalentes en cuanto la función de fe pública ejercida por ambos es similar, sin que pueda resultar imprescindible la identidad de forma ya que —como también se ha razonado anteriormente— por el principio auctor regit actum *cada Notario aplica su propia legislación y por tanto la estructura, menciones e identidades de la escritura nunca coincidirán exactamente, por lo que tal requerimiento dejaría sin efecto y sin valor alguno en España a la mayor parte de las escrituras públicas otorgadas en el extranjero. El control de la seriedad formal en su otorgamiento —que no parece pueda ser discutido en el seno de la Unión Europea y, concretamente en este caso, en relación con Alemania— se extendería de modo improcedente a la práctica exigencia de que el Notario extranjero aplicara los requisitos de carácter administrativo vigentes en España, como parece exigir la Dirección General respecto de requerimientos que ni siquiera regían en España en el momento del otorgamiento de la escritura de que se trata (24 de octubre de 1984).*

CUARTO. Sentado lo anterior, han de ser rechazados los dos motivos que integran el recurso de casación.

El primero se limita a señalar como infringidos los artículos 4 de la Ley Hipotecaria y 36 del Reglamento Hipotecario.

El artículo 4 LH, bajo la rúbrica «Títulos otorgados en el extranjero», dispone que:

> *«También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes, y las ejecutorias pronunciadas por Tribunales extranjeros a que deba darse cumplimiento en España, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil».*

Por su parte el artículo 36 del Reglamento establece que:

> *«Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.*

La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles.

El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente».

Sostiene el Abogado del Estado recurrente que, si se aplican al caso dichas normas, el documento en cuestión —escritura pública otorgada ante Notario alemán— carece de fuerza legal en España, pese a no precisar en la formulación del motivo la norma de Derecho Internacional Privado que necesariamente habría sido igualmente infringida.

Afirma que «los Notarios españoles, y solo ellos, pueden controlar aspectos como el estado de titularidad del bien inmueble y cargas de la finca, certificado del arquitecto, y sobre todo, muy especialmente, solo los Notarios españoles pueden colaborar con el Fisco español a efectos de evitar blanqueo de capitales y los fraudes, correlación entre el precio en concepto de impuestos debidos a la Hacienda española, así como retener parte del precio en concepto de impuestos debidos a la Hacienda española». Entiende que, en caso contrario, no quedan garantizados los intereses del foro dada la intervención en el acto de un funcionario extranjero que resultará incapaz para controlar el respeto a una legalidad ajena a su competencia y que no está obligado a cooperar con una Administración Pública a la que no pertenece, dado que no ejerce su función de modo equivalente a como lo haría un Notario español.

No obstante, tal argumento no se ajusta —como se ha repetido— a la necesaria aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado español, en cuanto la remisión a las mismas (art. 36 Reglamento Hipotecario) conduce directamente a la aplicación del artículo 11 del Código Civil, conforme al cual las formas y solemnidades de los contratos se regirán por la ley del país en que se otorguen; norma que prácticamente quedaría vacía de contenido si, cumplida en sus propios términos, no pudiera desplegar su natural eficacia el contrato de que se trate.

El segundo motivo del recurso tampoco puede ser acogido en cuanto refiere la infracción de lo dispuesto en los artículos 609, 1462 y 10.1 del Código Civil,

así como el 33 del Reglamento Hipotecario. No cabe imputar a la Sentencia impugnada vulneración alguna de lo dispuesto en el artículo 10.1 del Código Civil pues efectivamente parte —respetando la norma— de que «la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar en que se hallen»; lo que determina la aplicación de la ley española y, en consecuencia, que la propiedad del bien inmueble objeto de la venta se transmita por su entrega o «traditio» (art. 609 Código Civil); y que tal entrega se entienda producida, salvo excepciones previstas en la ley, por el otorgamiento de la escritura pública (art. 1462 Código Civil), pues esta norma contempla el efecto que el cumplimiento de determinada forma ha de producir en el ámbito material, que se rige por el derecho español y no por el alemán, de modo que queda integrado así el título a efectos de inscripción según lo requerido por el artículo 33 del Reglamento Hipotecario.

De tal modo que, aceptado que la escritura de compraventa autorizada por un Notario alemán queda integrada en el concepto de «escritura pública» a que se refiere el artículo 1462 del Código Civil, han de aplicarse los efectos que a la misma reconoce dicha norma respecto de la entrega de la cosa que constituye su objeto. No se ha de acudir al Derecho alemán para determinar sus efectos ya que ello supondría admitir que la transmisión de la propiedad se rige por aquel y no por el Derecho español, como dispone el artículo 10.1 del Código Civil, lo que supondría la exigencia de un posterior negocio de disposición puesto que en Alemania resulta necesario para la transmisión de la propiedad tras la celebración del negocio obligatorio, rigiéndose ambos por el principio de separación (Trennungsprinzip) y el de abstracción (Abstraktíonsprinzip)…

Pues bien, ante todo, debemos constatar que este fallo jurisprudencial no toma en consideración nada de lo hasta aquí expuesto sobre el particular, haciendo unas consideraciones tangenciales que no enfrentan el asunto que nos ocupa de forma rigurosa. Y si bien es cierta la limitación del recurso de casación a los estrictos motivos invocados, y objeto del mismo, quizás se podría haber aprovechado la oportunidad y ofrecer unas directrices sólidas sobre la materia que examinamos.

Así pues y para evitar innecesarias reiteraciones, damos por reproducido lo dicho anteriormente a propósito de la capacidad y juicio de conocimiento del Notario en el instrumento público, pero aprovechamos esta Sentencia del Tribunal Supremo para salir al paso de determinadas afirmaciones que realiza dicho fallo jurisprudencial y, de paso, completar nuestro razonamiento.

En efecto, dejando a un lado lo relativo al valor traditorio del documento público extranjero conforme a lo dispuesto en el artículo 1462 del Código Civil, al considerarse que el título extranjero queda integrado dentro del concepto *«escritura pública»* del derecho español y, en consecuencia, dotado de los naturales efectos que su otorgamiento produce respecto de la entrega o cosa objeto de

contrato (lo cual aceptamos con ciertas matizaciones); no obstante, decimos, el resto de las afirmaciones no pueden ser admitidas en buena técnica jurídica.

En primer lugar, repárese en el argumento tan reiterado en la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de que si no se admite la inscripción en el Registro de la Propiedad español el documento extranjero (en el caso del recurso, el documento público alemán de compraventa), se vulnerarían las normas de Derecho Internacional Privado, que conduce directamente al artículo 11 del Código Civil, norma esta que *«quedaría vacía de contenido si… no pudiera desplegar su natural eficacia al contrato de que se trate»*.

Pues bien, a esto habría que responder que en derecho alemán también rige el principio de *«auctor regit actum»* (igual que el art. 11.1), y también rige allí el principio de la *«lex rei sitae»* para determinar la ley aplicable en la transmisión de dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles (igual que el art. 10.1 Código Civil). SIN EMBARGO nunca, ni por la doctrina ni por la jurisprudencia (salvo algún caso aislado y concreto) ni por la legislación alemana se ha admitido en Alemania la inscripción en su Registro de la Propiedad de un documento público (y no digamos privado) otorgado en el extranjero.

Pero eso, no solo ocurre en Alemania, sino que el panorama de la Unión Europea es, en síntesis, el siguiente (según información suministrada en año 2009 por el Ilustre Colegio de Abogados de Murcia): señalando que *«en el ámbito más discutido … es decir, el de la propiedad inmobiliaria, en países como* Italia y Francia (y posiblemente en los cantones francófonos suizos) *si la escritura la autorizó un Notario extranjero, se ha de protocolizar ante un Notario del país para que sea debidamente completada y se cumplan los demás requisitos fiscales y administrativos exigidos por sus respectivas legislaciones. En otros países como* Alemania, Letonia, Eslovenia y Holanda (y, posiblemente, en los cantones de la Suiza alemana) *SOLO tienen acceso al Registro las transmisiones formalizadas ante Notario nacional. En* Bélgica y Luxemburgo, *teóricamente se admiten las escrituras extranjeras pero, en la práctica, siempre se formaliza la transmisión ante un Notario nacional por las exigencias fiscales (cobro del impuesto a la firma)*».

¿Entonces qué?; ¿vacían de contenido a sus normas internacionales y puntos de conflicto, la jurisprudencia y doctrina alemana, suiza, holandesa, francesa, italiana, etcétera? La respuesta es que no; que lo que ocurre es que no son tan… digamos «quijotescos».

En concreto, el *Tribunal Constitucional alemán*, en Sentencia que, precisamente, coincide con la de nuestro Tribunal Supremo, de fecha *19 de julio de 2012*, sienta una *doctrina diametralmente opuesta*, ¡para el mismo supuesto!, que dice:

«… dado que los Notarios ejercen un ministerio público, el desarrollo de su actividad profesional puede quedar regulado por reglamentaciones administrativas…

… en la medida en que los Notarios desarrollan una actividad profesional ligada al Estado, debe admitirse que la eficacia del derecho fundamental derivado del artículo 12, (libertad profesional) claudica frente al régimen especial previsto en el artículo 33, de la Constitución.

… Constitución legitima la formulación de un régimen especial cuando se trata del cumplimiento de funciones públicas, tanto en cuanto al establecimiento de un «numerus clausus» *de plazas como en cuanto a la determinación de las condiciones para la prestación de la función… cuanto más próxima o vinculada esté esa actividad profesional a una función pública, mayor alcance pueden tener las restricciones a la libertad profesional derivadas de ese régimen amparado por el artículo 33, de la Constitución.*

Como Notario practica el recurrente una profesión que constituye una función de carácter estatal… al sujetarse la actividad profesional de los Notarios a la supervisión reglamentaria de la Administración de Justicia se integra su función en los aledaños del servicio público…potestad de supervisión estatal es consecuencia directa del cumplimiento de un ministerio público en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, de modo que la delegación de esa función pública en personas que están fuera de la propia organización estatal del servicio público (Notarios extranjeros) no desvincula o descarga al Estado de su responsabilidad en cuanto a la supervisión del correcto ejercicio de esa función.

Por virtud de disposición legal se le delega (al Notario) para su ejercicio independiente una actividad de jurisdicción voluntaria…en virtud de la delegación de esta función pasa el Notario a tener un cometido próximo al del Juez; …en esta medida, de hecho procede caracterizarla como función pública.

Sucede que importantes negocios jurídicos se sujetan a la exigencia formal de autorización notarial con sometimiento así…a un cualificado control de legalidad, no solo para obtener un asesoramiento sobre el alcance jurídico del negocio, sino también para garantía o cuidado de los intereses de terceros ajenos a él que pudieran resultar perjudicados… incluso la función notarial se debe denegar, cuando las partes pretenden fines ilegales o deshonestos…

Este sistema… es compatible con del Derecho de la Unión Europea… el hecho de que por declaración del Tribunal Europeo la actividad notarial no participe del poder público… no resta aplicabilidad a las disposiciones (en materia notarial) del Derecho alemán.

El Derecho de la Unión Europea tan solo determina que la libertad de establecimiento de Notarios garantizada por el artículo 49 del Tratado se desconecte de la nacionalidad… de la que se desprende que su decisión no afecta al «status» *o naturaleza ni a la organización del notariado en el ordenamiento jurídico alemán ni tampoco a los presupuestos que, al margen de la nacionalidad, se establezcan para el acceso a la profesión de Notario en este Estado-miembro.*

La potestad pública de control sobre la actividad notarial que preconiza al artículo 93.1 BNotO… no debe entenderse como una mera facultad fisca-

lizadora… sino también como competencia de elaboración de instrucciones normativas que puedan conformar o corregir la práctica notarial».

Quizás la postura de nuestro Tribunal Supremo da por sobreentendido que el control público de la actividad documental inscribible en nuestro Registro de la Propiedad se va a obtener *«a posteriori»,* mediante la calificación registral. Opinión esta, a nuestro modo de ver, incorrecta o inexacta. Pues como venimos repitiendo machaconamente y a propósito, la seguridad jurídica preventiva en nuestro Derecho pivota sobre dos pilares: la notarial y la registral; cada una afectante en su propio ámbito de actuación pero sin que se sobrepongan, yuxtapongan o neutralicen la una a la otra. Cada una de ellas se refiere a momentos y a materias diferentes: El Derecho notarial se ocupa fundamentalmente de la *forma documental*; y el Derecho hipotecario se refiere, básicamente, a los *actos y negocios jurídicos, o mejor, a los títulos inscribibles* en el Registro de la Propiedad. Y todas ellas con el carácter de *«ius cogens»* y orden público interno.

En todo caso, la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán citada (y otras muchas anteriores) demuestra que su exigencia de Notario alemán para la inscripción en su Registro de la Propiedad no es incompatible, en absoluto, con la principio de «la libre prestación de servicios» de la Unión Europea, ni hay duplicidades de ningún tipo (como asegura nuestro Tribunal Supremo).

Por otra parte, si bien es cierto que con el artículo 36 del Reglamento Hipotecario en la mano, se podría afirmar que aquí, en España, nuestra legislación ni siquiera exige la *reciprocidad* (como en otras materias; por ejemplo, extradición) para reconocer la validez al documento público extranjero sujeto a inscripción en el Registro de la Propiedad, sino que lo sujeta a una serie de requisitos que dicho artículo reglamentario establece; sin embargo lo que ocurre es que, junto al Reglamento Hipotecario en cuestión, y con mayor jerarquía normativa, se encuentra la Ley Hipotecaria que, en su artículo 4, habla de que dichos títulos extranjeros *«tengan fuerza en España conforme a las leyes»*.

De manera que son muy criticables esas afirmaciones tan genéricas del Tribunal Supremo en este punto. Y esto por lo siguiente: porque no se puede inscribir el título extranjero a ciegas y sin control sino con expresa observancia de las normas imperativas y de orden público de derecho español sobre la materia (y antes ya reseñadas) las cuales son aplicables a TODOS los instrumentos públicos (españoles o extranjeros) que pretendan su inscripción en el Registro de la Propiedad. Sobre este particular, para ser rigurosos y con carácter previo y fundamental, habría que distinguir los distintos sistemas jurídicos en materia de juicio o calificación de la capacidad de los otorgantes del documento público:

1. Que se trate de sistemas jurídicos nacionales que no exigen el juicio de capacidad por el Notario ni su constancia; en este caso, el instrumento queda

incompleto, debiendo completarse por otros medios que acrediten tal capacidad (es el caso del sistema del notariado anglosajón).

2. Que se trate de sistemas jurídicos nacionales que exijan el juicio de capacidad por el Notario pero no su constancia en el instrumento, presumiéndose aquel favorable a la capacidad por el hecho de acceder el Notario a la autorización del instrumento (es el caso de algunos países sudamericanos). En estos casos sería necesario aseverar y confirmar esta circunstancia con el oportuno Certificado Consular y, a continuación, determinar su homologación con el sistema español.

3. Que se trate de sistemas jurídicos nacionales que exijan el juicio de capacidad y su constancia en el documento. En tales supuestos, el sistema español permite la inscripción en el Registro de la Propiedad, sin problemas.

Pues bien, esto es justamente lo que presupone y quiere decir la frase del artículo 4.º de la Ley Hipotecaria: «tener fuerza en España con arreglo a las leyes».

Pero esta frase, referida a «las leyes», debe ser objeto de una interpretación amplia o extensiva, comprendiendo no solo las «leyes» en sentido estricto, sino también las disposiciones y normas de rango inferior, de carácter imperativo o de derecho necesario (reglamento hipotecario y notarial, entre otras), a los efectos de *limitar o restringir* la inscripción o acceso de documentos públicos extranjeros a los Registros de la Propiedad Españoles. Es decir, nuestro Derecho que, de seguir la opinión de la última Resolución de la DGRN y del Tribunal Supremo citadas, configura la normativa más liberal de los sistemas inmobiliarios registrales de Europa (pues admitimos —según estas interpretaciones de nuestros más altos tribunales— los documentos extranjeros sin reciprocidad y con el raquítico control de legalidad dado por el art. 36 del Reglamento Hipotecario español) POR LO MENOS tendremos que interpretar amplia y extensivamente esos escasos requisitos exigidos por la Ley Hipotecaria.

Por tanto, la tan aludida frase «con arreglo a las leyes» que utiliza el mencionado artículo 4 de la Ley Hipotecaria hay que referirla no solo a los artículos 10, 11.1 del Código Civil y 36 del Reglamento Hipotecario, sino, sobre todo, a los artículos del Reglamento Notarial e Hipotecario tan citados a lo largo de este trabajo, constitutivos de las leyes del foro, de carácter imperativo y *«ius cogens»* en materia de juicio de capacidad y fe de conocimiento; y que, por ser normas de inexcusable y obligado cumplimento, lo son de aplicación necesaria, e igualmente de Derecho Internacional Privado, de acuerdo con la clasificación que nosotros hemos hecho más atrás, en este trabajo, de este tipo de normas y de conformidad con la doctrina internacionalista. Y esta aplicación de las normas imperativas citadas, se impone porque las mismas, de acuerdo con el sistema de la seguridad jurídica preventiva en materia de tráfico inmobiliario e inscripción en los registros públicos, forman parte del «orden público interno»

(antes ya se razonó sobre este particular) ya que garantiza, no solo el interés de las partes intervinientes en el negocio jurídico de que se trate, sino que protegen a los terceros; sosteniendo todo el edificio de la seguridad jurídica en dichas transacciones (principios de legitimación, fe pública, inscripción y publicidad); y aplicable tanto a los instrumentos públicos españoles como extranjeros.

Por eso *tampoco es correcta* (por incompleta e insuficiente) la afirmación del Tribunal Supremo de que *«la negativa de efectos jurídicos ante el Registro… carece de sentido, cuando, además puede producir plenos efectos probatorios en España»*. Pues a esta afirmación habría que contestar diciendo que el que la ley atribuya un efecto concreto a un documento público (ejemplo el probatorio) *no justifica que se extienda a otros efectos que la ley expresamente no le otorga*. Así, por ejemplo, en materia judicial, los efectos probatorios no implican efectos ejecutivos, si, según la ley (art. 517 LEC), no los tiene. De igual manera, en materia extrajudicial, un documento público extranjero puede tener efectos jurídicos probatorios pero no es susceptible de ser inscrito en un Registro de la Propiedad (efectos registrales, entre otros). De manera que en este punto, entendemos que queda suficiente y debidamente justificada la interpretación aquí dada y expuesta por nosotros en este trabajo.

Téngase presente que en este trabajo hablamos *sola, única y exclusivamente* de los efectos registrales a que hace referencia el artículo 4 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 36 del Reglamento Hipotecario; es decir, los de la inscripción del documento público extranjero (amén de otros que pueda producir el título público; legitimadores, traditorios, prelativos, ejecutivos, etcétera). Curiosamente, en derecho alemán no se admite la inscripción en sus registros de un documento notarial español con todos los efectos y máximas garantías posibles, y nadie dice en Alemania (y menos su Tribunal Supremo) que su Derecho es retrógrado ni que «cuestiona el principio de libre prestación de servicios», que supone «duplicidades» inadmisibles, etcétera. Ahora bien, en nuestro Derecho, a efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que no se aplica otro principio de Derecho Internacional (como la reciprocidad, por ejemplo, porque no está reconocido a estos menesteres en norma precisa), sin embargo, y por lo dicho *nosotros afirmamos y sostenemos en este trabajo* que, sin perjuicio de admitir la inscripción del documento público extranjero, esta inscripción debe ser CON CONDICIONES; esto es, según y cómo; atendiendo a cada negocio jurídico y a cada sistema jurídico nacional extranjero; aunque EN TODO CASO, observando y cumpliendo las normas imperativas españolas ¡fundadas en los fortísimos efectos que la inscripción produce *«erga omnes»,* tratándose de normas imperativas para documentos españoles y extranjeros!

Contra lo dicho no vale argumentar, torticeramente, que el artículo 10 del Código Civil, al decir que *«La posesión, la propiedad, y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen» (lex rei sitae)*…, no aluda a la inscripción en el Registro de

la Propiedad. Pues al regir la *«lex rei sitae»* en todo lo relativo a la publicidad, y no pudiendo haber publicidad del dominio y demás derechos reales si no hay previa inscripción, es claro que también a ella se aplica la ley española respecto del inmueble sito en España. Y para que en España se pueda inscribir un título que afecte al dominio o a los demás derechos reales, se requiere que se cumpla por el mismo los requisitos de fondo y forma que en este trabajo dejamos expuestos.

Por tanto, no hay DUPLICIDAD de la que habla el Tribunal Supremo, sino que, simple y llanamente debe cumplir con nuestras normas básicas en donde se sustenta la seguridad jurídica preventiva inmobiliaria registral. En concreto, el juicio de capacidad y la fe de conocimiento notariales, así como el juicio de suficiencia de las facultades representativas de los otorgantes, son requisitos esenciales *no solo de fondo* (que debe contener todo instrumento público que pretenda su acceso al Registro) *sino, además, de su forma* (el documento debe contener una mención expresa de haberse realizado esos juicios, hecha por el Notario, si es que quiere que surta el efecto de ser inscribible en el Registro de la Propiedad).

Piénsese, además, que el *artículo 2 de la Ley Hipotecaria* (en relación con el artículo 5 del Reglamento Hipotecario) determina los TÍTULOS sujetos a inscripción. Lo que hay que entender que se refiere a títulos muy concretos; es decir, aquellos que, según el Reglamento Hipotecario, son hábiles para provocar dicha inscripción; o sea, tanto los requisitos materiales como formales que sean adecuados para el acceso e inscripción en el Registro, rechazando el título que no cumple dichos requisitos (por ejemplo, por no ser formalmente una escritura pública, un mandamiento judicial, etcétera).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2.012 da por sentado que el título extranjero es equivalente al español. PERO NO DICE POR QUÉ. Nosotros aclaramos e insistimos en que para que el título extranjero sea equivalente al español, debe ser HOMOLOGABLE al mismo. Y la única equivalencia de formas posible en la materia de que tratamos, es un título extranjero que sea equivalente a la ESCRITURA PÚBLICA española; ya que esta es el único título notarial que, según nuestra legislación, produce la inscripción en el Registro de la Propiedad de las transmisiones jurídicas inmobiliarias. Es decir, debe tratarse del documento máximo y riguroso en materia de fe pública que se puede otorgar en el extranjero; que reúna todos los requisitos posibles y que no son otros que los exigidos para los Notarios españoles para transmitir el dominio, a saber: la escritura pública. ¿O es que acaso se permite en España inscribir la transmisión del dominio y demás derechos reales en base a testimonios con firmas legitimadas? Nunca ni jamás fue esto posible en nuestra legislación. Precisamente por eso, nosotros distinguíamos antes los distintos sistemas jurídicos nacionales, y concluimos que no habría problemas para que fueran homologables al Derecho español aquellos sistemas en que

además de apreciar el juicio de capacidad y fe de conocimiento, reúnan los demás requisitos de fondo y forma que requieren la legislación española. O dicho de otro modo, nosotros dejamos abierta la puerta a la inscripción del documento público extranjero en el Registro de la Propiedad, PERO ponemos requisitos y condiciones, ya que no prohibiciones (como el Derecho alemán) ni duplicidades (como el Derecho francés o italiano). Ahora bien, y para concluir, debe tenerse muy presente que estas condiciones a que nosotros nos referimos, y tan reiteradas en este trabajo, son requisitos SUSTANTIVOS (tanto materiales como formales). Por eso llama la atención cuando nuestro Tribunal Supremo se refiere a ellos denominándolos como *«requisitos administrativos»*. Pues ¿cómo pueden ser administrativos o adjetivas unas normas que fundamentan todo el sistema de seguridad jurídica preventiva y aún recogidas en forma precisa en nuestra Constitución?

Pero ya que el Tribunal Supremo hace esa graciosa afirmación de que se trata de «requisitos administrativos», todos aquellos a que hace alusión tanto la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005, como el Abogado del Estado, para mejorar la eficacia del documento extranjero a efectos de su inscripción, entonces, decimos y tenemos que hacerle ver a nuestro más Alto Tribunal:

a) Que, precisamente, por una aplicación correcta del Derecho Internacional (antes hemos hablado de esto) toda la normativa contenida tanto en la Ley y el Reglamento Hipotecarios, como en la Ley y Reglamento Notariales, relativa a la fe de conocimiento y juicio de capacidad de los otorgantes realizados por el Notario autorizante de documento público, tienen el carácter de norma de *«ius cogens»,* imperativas y *sustantivas*; por lo que son de obligado cumplimiento y no se pueden transgredir ni ignorar. Sin embargo, el fallo jurisprudencial ¡¡¡ni las menciona!!! (imaginamos que por lo circunscrito del recurso en cuestión, respecto a la materia a resolver).

Lo descorazonador es que ni la DGRN ni el Tribunal Supremo se percataron de tal clamorosa reflexión.

b) Y respecto de esa otra materia, más propiamente *administrativa*, relativa a:
- La identificación por el Notario de «las titularidades reales» de los comparecientes.
- La acreditación y reseña del número de identificación extranjera.
- La obligatoria consulta al catastro y la constancia de su concordancia o no con el Registro de la Propiedad.
- El obligatorio acceso telemático y posterior copia electrónica al Registro de la Propiedad por parte del Notario, para pedir certificación de cargas y notificar la autorización de la escritura.
- El obligatorio cumplimiento de las normas sobre Blanqueo de Capitales.
- La obligatoria identificación y reseña de los medios de pago, etc., etc.

Conviene también recordar a nuestro Tribunal Supremo la exigencia de dicha normativa y las consecuencias de su inobservancia (la mayoría de las veces, la prohibición al Notario español de autorizar el documento o la nulidad de este).

Sería excesivamente engorroso y descortés para el lector ir desgranando una a una dicha normativa de obligado cumplimiento por el Notario español ¡y que debe ser *complementada* bien por el Notario extranjero, bien por el español —como ocurrirá casi siempre— si no se contiene en el documento público extranjero sujeto a inscripción!

Pero baste con decir, que no pretenda el Tribunal Supremo desentenderse de un asunto tan serio como el de la equivalencia de las formas so pretexto de tratarse de simples «requisitos administrativos»; no vaya a ser que, arrojada por la ventana la legislación sustantiva española (a la que ninguna relevancia da nuestro Tribunal Supremo), vuelva a entrar por la ventana con el ropaje de «administrativa», pues tan de *«ius cogens»* imperativo es cumplir con el requisito del juicio de capacidad como controlar los medios de pago a efectos de blanqueo de capitales. En ambos casos se trata de normas de *«orden público»* interno.

En todos estos casos, nuestro ordenamiento jurídico impide a los Notarios españoles autorizar la correspondiente escritura pública; y no se ve motivo para que, por esa equivalencia de formas, sean de mejor condición los documentos públicos extranjeros que no contengan tales previsiones que los españoles. Por consiguiente, por muy administrativos que sean estos requisitos, o se cumplen mediante el correspondiente otorgamiento de una nueva escritura o acta ante Notario español o no tendrán acceso al Registro de la Propiedad. Así de sencillo y de rotundo.

VII. CONSECUENCIA Y EFECTOS DE LA INEFICACIA DOCUMENTAL

Por consiguiente, no se niega la aplicación sin más y caprichosamente del Derecho extranjero (Resoluciones, Sentencias, actos y negocios jurídicos, etc.) sino que exigimos que, *además de cumplir con toda la normativa de su derecho interno, se cumplan las normas imperativas españolas*, si las mismas no lo fueren.

Y estas normas imperativas españolas son todas aquellas, notariales y registrales, *constitutivas del sistema de seguridad jurídica preventiva español* (a las que acabamos de referirnos).

Ahora bien, ¿cuál sería *la consecuencia*, si estas normas imperativas españolas no se cumpliesen?

A los efectos del Ordenamiento jurídico español, y toda vez que es España el sitio o lugar donde se pretende hacer valer el documento público extranjero, y en sus Registros de la Propiedad se pretende, igualmente, la inscripción del título, las escrituras públicas autorizadas por Notarios extranjeros que adolezcan de faltas, vicios o defectos que infrinjan las normas de *ius cogens,* imperativas

o de derecho necesario españolas, (en especial, relativos a la dación de fe de conocimiento y/o dación de fe de juicio de capacidad), adolecerán de los mismos defectos, que si se tratase de escrituras públicas autorizadas por Notarios españoles: provocarían una nulidad formal (por adolecer los títulos de tales faltas, vicios o defectos) subsanable y relativa; pero que, producirán, no obstante, todos los efectos a que están llamadas (entre ellos, la inscripción en el Registro de la Propiedad español), si tales faltas, vicios o defectos de que pudieran adolecer, se subsanaran después y a posteriori, por algunos de los procedimientos establecidos en el artículo 153 del Reglamento Notarial español.

Y a esta conclusión llegamos, porque se trataría de no observar e incumplir, en la autorización de dichas escrituras extranjeras determinados requisitos, formalidades y solemnidades exigidos por las disposiciones españolas imperativas, de cualquier rango que sean (leyes o reglamentos); y ello, por ser estas normas imperativas españolas de *ius cogens* o normas de aplicación necesaria, de acuerdo con la clasificación de normas de Derecho Internacional Privado, a que antes hemos hecho referencia. Y a la misma conclusión cabe llegar, considerando de aplicación la Ley/norma española (*lex causae*), o norma reguladora del contenido de los actos y contratos, reclamada como de aplicación por las normas de conflicto españolas de Derecho Internacional Privado (art. 11.2 del Código Civil español).

No procedería la *nulidad* radical del título (salvo que la normativa específica así lo determinase expresamente); porque el documento público extranjero que omita o no aplique las normas sustantivas españolas, adolece de faltas, vicios o *defectos subsanables*; es decir, se admitiría a condición de que las cumpla (¡dando por hecho que las normas y formas del país extranjero se han cumplido!), en especial, dejando aparte otras insuficiencias o defectos, la fe de conocimiento y el juicio de capacidad. De otra manera, no se cumpliría con la teoría de la «equivalencia de las formas», al no ser la normativa que la regula sustancialmente igual.

En resumen, estaríamos en presencia de un título imperfecto e inválido en cuanto adolece de una causa que da lugar a una nulidad relativa y subsanable, ineficaz mientras no se subsane: el título no es perfecto porque no cumple con las exigencias imperativas de las normas de *ius cogens* del ordenamiento jurídico español en materia de seguridad jurídica preventiva (antes citadas); pero es susceptible de serlo si se completa y subsana. Y es que el título sujeto a inscripción o a calificación registral, debe contener expresamente: en primer lugar, la identificación fehaciente de los contratantes (de manera suficientemente segura y válida para el tráfico jurídico); y después, juicio notarial de capacidad natural y psicofísica del otorgante junto con su simultánea capacidad de obrar para el caso de que se trate. De manera que un título sin esas expresiones previas notariales respecto de la identidad y capacidad del otorgante está mutilado jurídicamente para nuestro sistema; es insuficiente; está infectado por un problema de invalidez (relativa y subsanable) e ineficacia.

Ahora bien, debe observarse especialmente una precisión, y es que si el efecto de la no aplicación o incumplimiento de la normativa imperativa española por el documento público extranjero es la *ineficacia del título*, su subsanación presupone ¡¡que sea eficaz el negocio jurídico que documenta!!; solo que, por defecto de aquel, no es inscribible. Pues el documento extranjero: ni puede producir en España mas efectos que los que produciría en su país de origen, ni tal documento extranjero, si no reúne todos los requisitos exigidos por la legislación española, tampoco puede producir en España más efectos que los propios del documento público español, a los que se les exige tales requisitos. Razones, estas, cumulativas, para no ser inscrito en el Registro de la Propiedad español, que exige a los títulos inscribibles que sean perfectos, válidos y eficaces. Nótese que en estos casos existe una ineficacia *pública y notoria*; acreditable *per se* por el hecho de su no consignación expresa en el título. Se podría decir en contra, que a veces acceden al Registro de la Propiedad títulos que documentan negocios ineficaces, pero esto es posible porque la ineficacia es ignorada y desconocida; ya que, en otro caso, cabe la rectificación y/o la anulación de las inscripciones.

No sería necesario un otorgamiento nuevo y sustancial; se trata simplemente de que la norma imperativa incumplida se cumpla, subsanando el título sujeto a inscripción; y, como hemos dicho, la subsanación podrá hacerse por medio del artículo 153 del Reglamento Notarial; este artículo preceptúa que *«solo el Notario autorizante podrá subsanar la falta de expresión en el documento de sus juicios de identidad o de capacidad o de otros aspectos de su propia actividad en la autorización»*. Lo que, tratándose de Notario extranjero, debería de cumplirse de la misma manera, o mediante una comparecencia *«ad hoc»* ante el Notario español complementaria de estos extremos.

Y claro que a la Ley Hipotecaria le corresponde, según asegura la Resolución que comentamos de 22 de febrero de 2012, la competencia exclusiva en la regulación, determinación, forma y efectos de los títulos inscribibles. Lo que ocurre es que, si se acude a dicha legislación hipotecaria, la primera, elemental y básica de las exigencias con respecto al título inscribible, es que sea VÁLIDO; y en el caso que comentamos, objeto de la Resolución tan aludida, estamos en presencia de un título con una ineficacia constatable *per se* en el mismo, al no contener ni la fe de conocimiento ni el juicio de capacidad subjetiva del otorgante; cuestiones, estas, que competen calificar al Registrador de la Propiedad para inscribir el documento. Así, se produciría la paradoja y contrasentido de que un Registrador pudiera declarar irrelevante un defecto palmario en el título y negar inscripciones (como ocurre en la práctica) por meros errores aritméticos u ortomecanográficos. Se apartaría de la sopa un mosquito y se comerían un camello. Y eso, sobre no ser posible, no es serio. Y todo lo anterior, por no entrar en el marasmo doctrinal de qué debemos entender por «título inscribible» conforme al artículo 2 LH y 7 y concordantes de su Reglamento; y que comprendería

tanto el fondo como la forma del documento sujeto a calificación-inscripción (ya antes hemos aludido a esta cuestión).

No se trata pues de exigir más requisitos que a los documentos notariales españoles, pero tampoco menos; tan solo los mismos o asimilables. ¡Faltaría más! (y así ocurre en la práctica totalidad de los países de la Unión Europea).

VIII. EPÍLOGO

Y, hasta aquí, en esencia, lo que teníamos que criticar a esta Resolución de 22 de febrero de 2012 (y la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2012).

Sin embargo, el mar de fondo es configurar con precisión una normativa europea común respecto del documento público notarial, determinando rigurosamente aquellos requisitos materiales y formales necesarios para que se pueda tener en cuenta el documento extranjero, en virtud del principio de «equivalencia de las formas».

Hasta fechas recientes, durante más de un siglo y medio, han convivido en España con ejemplar precisión y eficacia el sistema de seguridad jurídica preventiva, basado en el doble control notarial y registral; todo lo cual nos ha llevado a las más altas cotas de prestigio internacional. Hasta el punto que no creemos equivocarnos si afirmamos que pocas instituciones como el Notariado y el Registro de la Propiedad españoles se pueden exportar al extranjero con tan gran brillantez. Vamos, que se puede presumir fuera de España de estos profesionales.

No obstante, llevamos unas fechas en que se quiere enturbiar este sistema y las clásicas relaciones de amistad entre Notarios y Registradores, por causas que se nos escapan… quizás sin valorar las terribles consecuencias a que pueden dar lugar para los ciudadanos.

Sea como fuere (y esto debería de aclararse con rotundidad desde las más altas instancias), se debe salir al paso de algunas insinuaciones maliciosas, torticeras y, sobre todo, interesadas, respecto al documento público notarial y al Notariado. Debería quedar bien claro y en ello debemos de comprometernos todos (pero especialmente nuestros cargos directivos) de hacer ver a la sociedad lo que es verdadero y cierto. Y lo cierto es que son los grandes operadores jurídicos: grandes bufetes de abogados, bancos, financieras y compañías de seguros los que, en unión de algún envidioso, ignorante o tonto útil (¡cuando no intereses anglosajones!), quienes quieren dejar orillado al notariado; sacarlo de los carriles habituales y seculares que tanta gloria y seguridad han dado al tráfico jurídico inmobiliario español (junto con los Registradores de la Propiedad, todo hay que decirlo).

En vista de todo lo anterior, nuestra función (pero especialmente de quiénes nos dirigen y nos gobiernan internamente) más urgente es informar, informar e

informar. El Notariado (y los Registradores de la Propiedad) deberían formar una alianza inquebrantable con todos aquellos organismos que defiendan a los consumidores y usuarios, pues son los únicos que defenderán el sistema cuando aprecien los beneficios que le reporta. Habrá que explicarles los altísimos costes del documento extranjero anglosajón (por la cantidad de personas, en especial abogados y compañías de seguros, que meten la cuchara en el plato), con referencias exactas en los medios de comunicación escritos de los aranceles notariales aplicables a los poderes, actas, testamentos, compraventas e hipotecas (como negocios más frecuentes para el ser humano) y contrastarlos con *el coste de otro profesional alternativo*. Habrá que informar a los consumidores y usuarios de *lo que cuesta la gestión de documentos* en una notaría y en otras entidades destinadas al efecto; pero, sobre todo, habrá que explicarle a los ciudadanos *la rapidez, eficacia y seguridad* con la que se trabaja en las notarías y en los Registros de la Propiedad, en relación con otras oficinas públicas; su adecuación tecnológica y telemática a efectos de colaboración con la Administración, en materia de: *Registros de la Propiedad y Mercantil (provincial y central), Administración tributaria, Catastro, Ayuntamientos, colaboración en materia de blanqueo de capitales (con determinación del titular real de las transacciones jurídicas y los medios de pago de las mismas), Ministerio de Justicia (últimas voluntades y certificados de seguros).* Y todo lo último costeado por el propio notariado de manera casi gratuita, sin gasto para el Estado e inapreciable para el consumidor y usuario de los servicios notariales.

De manera que aquí nadie discute monopolios de ninguna clase, sino que, con las cartas sobre la mesa, se trata de comparar la función y los costes de Notarios y Registradores en relación con otras alternativas, y la seguridad proporcionada por unos y por otros.

Esperemos que lo que tantos siglos costó construir en Europa, como espejo en donde mirarse el resto del mundo (en especial los países con notariado de tipo anglosajón, que han privatizado los servicios de fe pública que en España se prestan bajo la tutela y custodia del Estado, incluidos sus costes o aranceles), no sea destruido por intereses de algún grupo de poder o financiero ajeno por completo a los intereses comunes.

En todo caso, como el notariado es una exigencia milenaria de los ciudadanos (todos recordamos la estatuilla ubicada en el museo de El Cairo de «El Escriba»), si espúreos intereses lo arrojan por la puerta, de seguro, más tarde, entrará por la ventana; porque la sociedad lo reclamará; querrá y exigirá cada vez más garantías para el tráfico jurídico inmobiliario a un coste razonable y esto no se lo querrá encomendar a una parte del mercado que solo está interesada en beneficios particulares. Eso depende de todos.

(Trabajo recibido el 12-6-2017
y aceptado para su publicación el 6-9-2017)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 17-5-2017
(*BOE* 9-6-2017)
Registro de la Propiedad de Mataró, número 1

TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO INSCRIBIBLE.

Se plantea nuevamente la cuestión de si un acuerdo transaccional homologado judicialmente tiene la consideración de título inscribible en el Registro de la Propiedad. En las Resoluciones más recientes sobre la materia se ha sentado una doctrina más restrictiva, tendente a considerar fundamentalmente el aspecto de documento privado del acuerdo transaccional, por más que esté homologado judicialmente. En este sentido, cabe citar la Resolución de 9 de julio de 2013, en cuyo fundamento de Derecho tercero se afirmó que: «La homologación judicial no altera el carácter privado del documento, pues (...) se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo. Las partes no podrán en ningún caso negar, en el plano obligacional, el pacto solutorio alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento. Si bien es cierto que en virtud del principio de libertad contractual es posible alcanzar dicho acuerdo tanto dentro como fuera del procedimiento judicial ordinario en el que se reclamaba la cantidad adeudada, no lo es menos que el mismo supone una transmisión de dominio que material y formalmente habrá de cumplir los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para su inscripción en el Registro de la Propiedad». En el caso objeto de recurso se ha llegado a un acuerdo transaccional entre las partes de un procedimiento ordinario de disolución de condominio, en cuya virtud, los tres condueños demandantes se adjudican la cuarta parte indivisa correspondiente al condueño demandado

sobre la finca 8.792. Como ya se ha señalado, la transacción homologada por el Juez constituye un título que lleva aparejada la ejecución (arts. 1816 del Código Civil y 415.2 y 517.1.3.a de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Resolución de 17-5-2017
(*BOE* 9-6-2017)
Registro de la Propiedad de Móstoles, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: BIENES GANANCIALES.

La sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica, por lo que en sentido estricto no puede contraer deudas. Son los cónyuges los que aparecen como deudores. Por esa razón establece el artículo 541.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «No se despachará ejecución frente a la comunidad de gananciales». Este régimen de responsabilidad es coherente con la especial forma de titularidad que los cónyuges ostentan sobre los bienes gananciales.

A la luz del contenido de los artículos 541.2 de la LEC y 144.1 del RH, que no cabe sino confirmar el criterio sostenido por el Registrador en su nota de calificación y desestimar el recurso, dado que para que resulte anotable un embargo sobre un bien inscrito con carácter ganancial, es imprescindible que la demanda se haya dirigido contra ambos esposos, o que, habiéndose demandado solo al que contrajo la deuda, se le dé traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución al cónyuge no demandado. Del expediente no resulta con claridad si la fotocopia de la diligencia de notificación que acompaña al mandamiento fue objeto de presentación junto con este o bien se acompañó al documento en el momento de solicitar la calificación sustitutoria. En ninguno de los dos supuestos se altera la conclusión de la presente por cuanto si la fotocopia se acompañó como documento complementario al mandamiento expedido por el letrado de la Administración de Justicia, no puede ser tenida en cuenta por imperativo del principio de legalidad del artículo 3 de la LH que exige que los documentos presentados tengan carácter público. Si por el contrario el documento se acompañó en el momento de solicitar la calificación sustitutoria, a lo anterior se añade la consideración de que no puede ser tenido en cuenta cualquier documento que no se puso a disposición del Registrador para su calificación, de conformidad a la previsión del artículo 326 de la LH.

Resolución de 17-5-2017
(*BOE* 9-6-2017)
Registro de la Propiedad de Valencia, número 6

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EXTRANJERO: PRUEBA.

Como ha tenido ocasión reiterada de establecer este Centro Directivo, a las relaciones patrimoniales entre cónyuges les es de aplicación la norma de conflicto establecida en la ley estatal. Esta norma hoy en día está constituida por los párrafos segundo y tercero del artículo 9 del Código Civil, como especialidad del párrafo primero del mismo artículo. Tanto la Ley 20/2011, del Registro Civil (cuando esté en vigor) como el artículo 53 de la Ley del Notariado (en la redacción que le ha dado la disposición final primera de la

Ley 15/2015, de 2 de julio) —en los casos en que resulte aplicable—, tienen como objetivo facilitar la certeza de la ley aplicable a los aspectos patrimoniales de la relación conyugal, mediante la aplicación de la norma de conflicto que corresponda.

En consecuencia deberá probarse, con el alcance que esta Dirección General ha interpretado el artículo 36 del RH (cfr. Resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente Resolución): En primer lugar la aplicación del Derecho ucraniano a la economía conyugal; seguidamente, la existencia en dicho ordenamiento de la atribución de privatividad del bien adquirido, sin que la traducción de parte de los artículos del Código Civil ucraniano, descontextualizada y sin conocer su alcance e interpretación, sean bastantes, conforme a la citada doctrina de este Centro Directivo para su admisión como prueba del Derecho vigente.

Resolución de 18-5-2017
(*BOE* 9-6-2017)
Registro de la Propiedad de A Coruña, número 3

HERENCIA: RENUNCIA.

Se ha otorgado una renuncia de herencia que en el otorgamiento inicial aparece como pura y simple, siendo que presentada la escritura de partición en el Registro causó calificación negativa por cuanto habiendo renunciado pura y simplemente la herencia uno de los herederos, siendo sustituido vulgarmente por sus descendientes, entró en juego dicha sustitución y deben intervenir los sustitutos en la partición; por escritura posterior, se rectificó de manera que la renuncia se hace a favor de sus hermanos que son los otros herederos.

Conforme el artículo 997 del Código Civil, la aceptación y repudiación de la herencia, «una vez hechas» son irrevocables y no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de algunos de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido. Por otro lado, conforme el artículo 26 de la Ley del Notariado, se admitirán las adiciones y apostillas que se salven al fin del documento notarial con la aprobación expresa y firma de los otorgantes que deban suscribir el documento. El desarrollo de este principio se realiza en el artículo 153 del RN. En cualquier caso, no es incompatible el principio de irrevocabilidad de la aceptación y renuncia de la herencia con la posibilidad de subsanación de una manifestación hecha en ese sentido siempre y cuando la segunda no encubra una revocación de la renuncia y no se perjudiquen derechos de terceros o expectativas generadas a favor de los mismos.

En el concreto supuesto, a través de las manifestaciones de los otorgantes se deduce que se trata de un error en el consentimiento, pero no es clara tal apreciación ya que la declaración de voluntad inicial se había producido previamente informada por el Notario autorizante. También es cierto que en este expediente, la rectificación se ha producido con una dilación en el tiempo más que suficiente —veinte meses— para producir expectativas a los llamados como sustitutos del renunciante, máxime cuando el primer documento accedió al Registro, donde se advirtió del error en la manifestación de la renuncia. En consecuencia, no pueden quedar desprotegidas esas expectativas de derechos de quienes serían llamados como sustitutos a la sucesión por la renuncia del heredero.

Resolución de 18-5-2017
(*BOE* 9-6-2017)
Registro de la Propiedad de Chipiona

TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO INSCRIBIBLE. CALIFICACIÓN: INDEPENDENCIA DEL REGISTRADOR.

El Registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros Registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. Tampoco está vinculado por la calificación efectuada sobre el mismo título por otro Registrador aunque este haya sido inscrito.

Se plantea nuevamente la cuestión de si un acuerdo transaccional homologado judicialmente tiene la consideración de título inscribible en el Registro de la Propiedad. En las Resoluciones más recientes sobre la materia se ha sentado una doctrina más restrictiva, tendente a considerar fundamentalmente el aspecto de documento privado del acuerdo transaccional, por más que esté homologado judicialmente. En este sentido, cabe citar la Resolución de 9 de julio de 2013, en cuyo fundamento de Derecho tercero se afirmó que: «La homologación judicial no altera el carácter privado del documento, pues (...) se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo. Las partes no podrán en ningún caso negar, en el plano obligacional, el pacto solutorio alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento. Si bien es cierto que en virtud del principio de libertad contractual es posible alcanzar dicho acuerdo tanto dentro como fuera del procedimiento judicial ordinario en el que se reclamaba la cantidad adeudada, no lo es menos que el mismo supone una transmisión de dominio que material y formalmente habrá de cumplir los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para su inscripción en el Registro de la Propiedad». En el caso objeto de recurso se ha llegado a un acuerdo transaccional entre las partes de un procedimiento de liquidación de gananciales. En el supuesto de este expediente no estamos en presencia de un convenio regulador aprobado en un proceso de separación, nulidad y divorcio (cfr. arts. 769 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino ante un procedimiento para la liquidación del régimen económico-matrimonial (cfr. arts. 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Como ya se ha señalado, la transacción homologada por el Juez constituye un título que lleva aparejada la ejecución (arts. 1816 del Código Civil y 415.2 y 517.1.3.a de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Resolución de 18-5-2017
(*BOE* 9-6-2017)
Registro de la Propiedad de Felanitx, número 2

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: DONACIÓN.

Tal y como ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones este Centro Directivo, perfilando una doctrina consolidada en materia del ámbito de aplicación del convenio regulador como documento susceptible de acceso al Registro de la Propiedad una vez aprobado judicialmente, el mismo, si bien no debe ceñirse de manera estricta al contenido literal del artículo 90 del Código

Civil, sus disposiciones o estipulaciones deben apoyarse en él, permitiéndose de esta forma la liquidación de bienes privativos cuando ello pudiera obedecer a una causa matrimonial concreta, tal y como resulta de los negocios relativos al uso o titularidad de la vivienda habitual o la necesaria y completa liquidación del régimen económico del matrimonio.

En caso de donaciones de bienes inmuebles, la regla general que condiciona su validez se recoge en el artículo 633 del Código Civil, que impone su otorgamiento en escritura pública notarial como requisito «*ad solemnitatem*» de validez de la misma, así como su constancia en el mismo título formal la aceptación de la misma, ya sea en la misma escritura o en otra posterior separada. Este rigor formalista, sin embargo, se ha dulcificado en los casos de donaciones o negocios complejos de carácter familiar contenidos en convenios reguladores, cuya debida autorización en el convenio regulador obedece a una causa matrimonial concreta. Para que pudiera tener acceso al Registro de la Propiedad, debe tratarse de un negocio diferente a una donación pura y simple, acercándose más a un acto de naturaleza familiar y matrimonial, de carácter complejo, y cuya finalidad se entronca con el cumplimiento de los deberes previstos en el artículo 90 del Código Civil.

La aprobación del convenio no puede ser suficiente para convertir un acto de naturaleza privada —como es el de una donación de un bien en favor de un hijo extraña al cumplimiento de los deberes paternales o familiares— en un negocio de naturaleza compleja y familiar susceptible de acceso *per se* al Registro de la Propiedad. Por ello el defecto debe ser mantenido. En cuanto a la debida aceptación del negocio gratuito en favor de la hija, el análisis debe llevar a la misma conclusión.

Resolución de 18-5-2017
(*BOE* 9-6-2017)
Registro de la Propiedad de Murcia, número 1

VENTA EXTRAJUDICIAL: ALTERACIÓN DE SUS TRÁMITES.

Constituye doctrina reiterada de este Centro Directivo que la facultad del acreedor hipotecario para instar la enajenación forzosa del bien objeto de garantía forma parte del contenido estructural del derecho de hipoteca. La atribución del «*ius vendendi*» al acreedor no es un elemento añadido o circunstancial, sino que integra el contenido esencial de su derecho (Resolución de 13 de abril de 2012). La realización del valor del bien hipotecado para su conversión en dinero está sujeta así a estrictos controles de legalidad que tienen como finalidad equilibrar los distintos intereses en juego: los propios del acreedor, pero también los del deudor incumplidor, los del propietario de la cosa hipotecada y aquéllos de los eventuales terceros que acrediten derechos sobre el bien.

En el presente caso, en el que el procedimiento de venta extrajudicial se inició el 4 de octubre de 2012, resulta de aplicación la anterior redacción del artículo 129 de la LH, con la única salvedad de que, conforme al párrafo segundo de la disposición transitoria de la Ley 1/2013, «en las ventas extrajudiciales iniciadas antes de la entrada en vigor de la presente Ley y en las que no se haya producido la adjudicación del bien hipotecado, el Notario acordará su suspensión cuando, en el plazo preclusivo de un mes desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta Ley, cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez

competente, conforme a lo previsto por el artículo 129 de la LH, el carácter abusivo de alguna cláusula del contrato de préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que determine la cantidad exigible».

Conforme a la disposición transitoria primera de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil debe entenderse que las subastas notariales cuya publicación se hubiera acordado con anterioridad al día 15 de octubre de 2015 deberán celebrarse conforme al sistema previsto en los artículos 234 a 236 del RH, mientras que las correspondientes a expedientes que no hubieran alcanzado ese estadio de tramitación habrán de convocarse y celebrarse con arreglo al nuevo método previsto en los artículos 72 a 77 de la Ley del Notariado.

Esta Dirección General ha desarrollado una completa doctrina al respecto en la que ha insistido en la necesidad de atenerse de modo estricto a las previsiones normativas en todas aquellas cuestiones de procedimiento en que puedan verse comprometidas las normas protectoras de la posición del deudor, del propietario de inmueble, así como de los terceros afectados (véase Resoluciones citadas). De lo establecido en el artículo 236.ñ del RH resulta con claridad que la suspensión se produce en perjuicio del interés del acreedor a quien corresponde instar la reanudación de la realización suspendida en caso de decaimiento de su causa.

En el presente caso ya habían quedado desiertas por falta de postores las dos primeras subastas convocadas. Y precisamente poco antes de la hora fijada para la celebración de la tercera subasta, que curiosamente iba a tener lugar pocos días antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, el acreedor solicitó, y el Notario accedió a ello, que dicha tercera subasta quedara en suspenso hasta seis meses. Es posible que la intención del acreedor al pedir la suspensión para evitar que la tercera subasta quedara desierta fuera simplemente eludir la aplicación de la regla n antes transcrita, que, en caso de celebrarse la subasta ya anunciada y quedar de nuevo desierta, le obligaba a optar entre adjudicarse el bien ejecutado por el tipo de la segunda subasta —véase la regla g del artículo 236 del RH, lo cual hubiera favorecido al deudor—, o que el Notario diera por terminado el procedimiento —lo cual también hubiera favorecido al deudor pues no se habría visto privado de su propiedad—.

Por lo tanto, siendo muy dudoso afirmar que el procedimiento pueda quedar suspendido por causas distintas de las previstas taxativamente en la ley y en el Reglamento, resulta seguro descartar la premisa que sostiene el recurrente de que en el presente caso la suspensión instada unilateralmente por el acreedor y aceptada por el Notario cumpliera efectivamente el requisito, que el propio recurrente comparte, de «que no haya perjuicio para el deudor ni para terceros». Por todo lo expuesto, de conformidad con la doctrina reiterada de este Centro Directivo acerca de que los trámites del procedimiento de venta extrajudicial no pueden ser modificados, máxime si conllevaran riesgo de perjudicar al deudor, al propietario o a terceros, debe concluirse que una suspensión unilateral del procedimiento a criterio y conveniencia del acreedor vicia la tramitación del mismo, y violenta el alcance del poder de representación que conforme al artículo 234.1.3.a del RH se confirió en su día para el otorgamiento de la escritura de venta tras la conclusión de un procedimiento con trámites reglados, indisponibles, y a cuyo respeto estricto se remitió y confinó de manera implícita, pero evidente, el propio apoderamiento conferido.

Resolución de 19-5-2017
(*BOE* 9-6-2017)
Registro de la Propiedad de Villarrobledo

CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS. HIPOTECA: INTERÉS VARIABLE A TIPO CERO.

Ha precisado este Centro Directivo que la calificación registral debe ser global y unitaria, clara y precisa y adecuadamente fundamentada. Cuando la nota de calificación infringe estos requisitos, el recurso debe ser admitido de forma total, o en aquella parte en que no concurran los mismos. Ahora bien, de las mismas Resoluciones resulta que, cuando la imprecisión o falta de claridad de la nota de calificación no sea impeditiva del conocimiento por parte del interesado de la causa concreta de la suspensión de la inscripción y de las razones jurídicas que conducen a ello, de tal manera que posibilita sin problema alguno la discusión por el recurrente del fondo del asunto; razones de economía procesal, así como la conveniencia de no acentuar el rigor formal del recurso, hacen procedente abordar el análisis de la corrección jurídica de tales defectos. Lo mismo que en caso de la nota de calificación registral, razones de economía procesal y de protección del consumidor, unidas a que este recurso no está sometido a especiales requisitos de forma, aconsejan la flexibilidad a la hora de su admisión a trámite, con independencia del cumplimiento estricto de lo establecido en el artículo 326 de la LH. Ciñéndonos al supuesto que nos ocupa, si bien es verdad que el escrito de oposición carece de argumentación jurídica, así como de precisión acerca de los defectos que recurre; lo cierto es que la recurrente ha podido deducir fácilmente cuál es el defecto de la nota de calificación que impide la inscripción, como señala adecuadamente la Registradora de la Propiedad en su informe, cuya argumentación, recogida en el fundamento anterior, se comparte plenamente y se da aquí por reproducida.

La cuestión que se plantea en el recurso consiste en determinar si en los préstamos hipotecarios a interés variable en que se pacte que la parte deudora nunca podrá beneficiarse de descensos a intereses negativos, es decir, que no podrá recibir importe alguno como en tales supuestos, es precisa la confección de la expresión manuscrita por parte del deudor de comprender los riesgos que asume en presencia de dicha cláusula, a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, siempre que se den, como ocurre en el presente caso, los presupuestos de aplicación de la misma. Cuestión distinta, por tanto, a la del control de contenido o abusividad es la relativa a la transparencia de las cláusulas contractuales. Sobre tal extremo el Registrador, como señala la Resolución de 13 de septiembre de 2013, no solo puede sino que debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, pues se trata de un criterio objetivo de valoración de dicha transparencia. Así, frente a la opinión del Notario recurrente, que defiende una interpretación restrictiva del indicado artículo, debe prevalecer una interpretación extensiva pro-consumidor en coherencia con la finalidad legal de favorecer respectivamente la información, comprensibilidad y la protección de los usuarios de servicios financieros (*vid.*, Resolución de 29 de septiembre de 2014). La alegación por el Notario recurrente de que la cláusula discutida, no constituye una cláusula suelo del cero por ciento sino una cláusula aclaratoria de la naturaleza del contrato de préstamo que se firma, ya que aunque no existiera,

este no podría generar intereses negativos porque en tal caso vería alterada su naturaleza jurídica y, por tanto, esta aclaración no puede provocar la exigencia de la constancia de la expresión manuscrita, tampoco puede admitirse. Por todo lo cual, concurriendo todos los presupuestos de aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 como son haberse hipotecado una vivienda, ser un profesional el prestamista y una persona física el prestatario, y constatarse una limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés pactada, aunque sea por la vía del no devengo, sin concurrir un límite equivalente de variabilidad al alza; esta Dirección General mantiene la necesidad de la expresión manuscrita.

En los casos en que, como en el presente, se hubiere presentado telemáticamente una escritura notarial y posteriormente, durante la vigencia del correspondiente asiento de presentación, se aportare copia autorizada de la misma expedida en soporte papel, el procedimiento iniciado con la presentación telemática sigue adelante (Resolución de 27 de febrero de 2008), lo que implica tanto que el contenido a calificar sea el que resulta de la copia telemática, debiendo rechazarse el contenido discrepante de la copia expedida en soporte papel —salvo que resultaré de una rectificación adecuadamente realizada—, como que todos los documentos complementarios incorporados a la copia autorizada electrónica deben utilizarse en la calificación registral de la escritura, en cuanto testimonios acreditativos de la autenticidad y contenido de los mismos (Resoluciones de 17, 18 y 20 de julio de 2009). Sin embargo, como señala Registradora de la Propiedad, tampoco basta para entender que el requisito se ha cumplido con la mera manifestación de la notaria de haberse redactado la expresión manuscrita en su presencia, sino que la misma deberá incorporarse físicamente a las copias que se expidan de la escritura de préstamo hipotecario, del mismo modo que se exige la incorporación de la ficha de información personalizada o del certificado de tasación a efectos de subasta.

En definitiva, el Registrador de la Propiedad debe comprobar el cumplimiento de la forma —normal o reforzada— que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse el conocimiento por parte de los consumidores de los productos bancarios del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las singulares cláusulas financieras que lo componen, y, es indudable, que para que el Registrador pueda realizar estas comprobaciones es necesario que el indicado escrito se protocolice en la correspondiente escritura y se incorpore posteriormente a todas las copias que de la misma se expidan. Cuestión distinta es que «*lege ferenda*» la aseveración notarial en instrumento adecuado del cumplimiento por el predisponente de la obligación de informar de los riesgos jurídicos y económicos del negocio, desplace la exigencia legal de la declaración manuscrita.

Resolución de 19-5-2017
(*BOE* 9-6-2017)
Registro de la Propiedad de Torrelodones

HIPOTECA SUJETA A LA LEY 2/2009: NOVACIÓN.

El defecto apuntado por el Registrador de la Propiedad, y que es el objeto del debate, consiste, exclusivamente, en señalar que el incumplimiento originario (primer préstamo) de los deberes de información y transparencia establecidos en la Ley 2/2009, es un defecto considerado insubsanable por este Centro Directivo y, por tanto, la novación del préstamo, ya sea modificativa o ya sea extintiva,

con cumplimiento de tales requisitos, no sana el contrato, sobre todo si, como ocurre en el presente supuesto, la obligación de restitución que surge del denominado segundo préstamo es consecuencia de la entrega de un dinero realizada con anterioridad a la entrega de la información precontractual que legalmente debe darse al consumidor.

No procede valorar aquellos defectos puestos de manifiesto en la nota de calificación que no hubieran sido objeto de impugnación, o aquellos respecto a los que, aun habiendo sido recurridos, el Registrador ha procedido a rectificar la calificación y acceder a su inscripción en el informe. La posible insuficiencia de la subsanación, en cuanto documento no tenido en cuenta a la hora de confeccionar la nota de calificación recurrida, deberá, en consecuencia, ser objeto de una nueva calificación cuando el título con dicha subsanación se vuelvan a presentarse a inscripción, bien en caso de ser esta resolución favorable al recurrente o bien subsanado el defecto confirmado, sin que en ninguno de ambos casos sea de aplicación la responsabilidad disciplinaria a que se refiere el artículo 127 del RH, al no tratarse de un nuevo defecto no puesto de manifiesto en la calificación originaria.

La jurisprudencia ha concluido que contratación de adhesión a condiciones generales constituye una categoría diferenciada de la contratación negocial individual, que se caracteriza por tener un régimen propio y específico, que hace descansar su eficacia última del contrato, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al reforzamiento de la información y, en caso de concurrir consumidores, a facilitar la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta y al equilibrio prestacional entre las partes. Ello implica que en caso de no seguirse el procedimiento de contratación impuesto por la regulación sectorial aplicable, en materia de préstamos hipotecarios con consumidores por la Orden 2.899/2011 y por la Ley 2/2009 antes citadas, y los especiales deberes de información que la misma impone. La ineficacia de la cláusula o cláusulas deficitarias de información determina que las mismas se tengan por no puestas, pero que el contrato siga siendo obligatorio entre las partes en los mismos términos, siempre que ese contrato pueda subsistir sin dichas cláusulas —arts. 6.1 de la Directiva 13/93/CEE y 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios—; sin que, por tanto, sea posible la moderación judicial de las cláusulas ni la integración del contrato con una norma de derecho supletorio nacional, salvo en beneficio exclusivo de la persona consumidora.

Es decir, el incumplimiento de los requisitos de información previa al contrato, produce como sanción, la posible nulidad del contrato, que será parcial, si la información deficitaria solo afectara a alguna condición general, o bien total del contrato de préstamo, si la omisión de la información afectaré a todas las condiciones del contrato, como ocurriría si se omite por el acreedor el suministro de la información precontractual o la entrega de la oferta vinculante. Nulidad que, por otra parte, actúa «*ope legis*» o por ministerio de la Ley y, en consecuencia, como han destacado las STS de 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013, tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial y también en el registral.

Debe recordarse que es doctrina consolidada del TJUE (Sentencias de 4 de junio de 2009 —asunto Pannon— y de 21 de febrero de 2013 —asunto Banif Plus Bank—), recogida por el Tribunal Supremo español en su Sentencia de 9 de mayo de 2013, que el consumidor goza del derecho a renunciar al régimen de protección de la Directiva 93/13 respecto de una o varias concretas cláusulas del

contrato, y así señala que «el Juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho Juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula» de tal forma que «cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone». De igual manera, el Registrador de la Propiedad, aunque no sea Juez, tampoco puede rechazar la prestación expresa del consentimiento, por parte del deudor, a unas determinadas condiciones contractuales a las cuales se adapta a posteriori una oferta vinculante; si ese consentimiento se otorga después de haber sido informado adecuadamente por la nota de calificación registral de la no vinculación para él de esas cláusulas o del contrato en su conjunto y se presta consentimiento expreso en escritura pública. Piense, además, que, en caso contrario, el efecto que se produce, es decir, la obligación de restitución de todo el dinero recibido, el cual puede haberse invertido en la finalidad para la que se pidió, resultaría perjudicial para el deudor al impedir la subsistencia del contrato.

Lo que las partes hacen en el presente supuesto, al pactar una novación extintiva del contrato y no meramente una novación modificativa, es extinguir la obligación primitiva sustituyéndola por una nueva en que sí se cumplan los requisitos legales, y, adicionalmente, liberan al prestatario de las consecuencias perjudiciales que esa novación tiene para él, al no exigirse la restitución automática de las cantidades recibidas, sustituyendo la misma por una devolución periódica en los mismos términos en que originariamente se habían pactado.

Es cierto que entre los efectos derivados del simple reconocimiento de deuda no figura el de operar por sí una novación extintiva o una alteración de la naturaleza de la obligación reconocida. Solo existiría sustitución de la obligación reconocida por la nueva resultante del reconocimiento en caso de que se hubiera producido una novación extintiva o propia de la primitiva obligación, la cual (con arreglo al principio según la cual la novación extintiva exige una declaración terminante o una incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación: art. 1204 del Código Civil) ha de constar expresamente en la escritura de reconocimiento, según establece el artículo 1224 del Código Civil (*vid.,* Sentencias de 28 de enero de 2002 y 16 de abril de 2008). Pues bien, esta circunstancia, como consta en los hechos, es la que tiene lugar en el supuesto que nos ocupa, por lo que no cabe duda que nos encontramos ante la garantía de una nueva obligación que ya no tendrá su causa en el préstamo previo aunque se haga una referencia expresa al mismo, sino que se tratará de un nuevo préstamo en que la entrega se ha sustituido por la excusa o, prórroga si se quiere, de la obligación de restitución.

Resolución de 19-5-2017
(*BOE* 9-6-2017)
Registro de la Propiedad de Estepa

TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO INSCRIBIBLE.

Como cuestión procedimental previa, debe reiterarse que conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la LH, no pueden tenerse en cuenta para resolver al recurso documentos aportados junto con el escrito de su interposición que no fueron presentados en el Registro en el momento en que el Registrador emitió su calificación.

Se plantea nuevamente la cuestión de si un acuerdo transaccional homologado judicialmente tiene la consideración de título inscribible en el Registro de la Propiedad. En las Resoluciones más recientes sobre la materia se ha sentado una doctrina más restrictiva, tendente a considerar fundamentalmente el aspecto de documento privado del acuerdo transaccional, por más que esté homologado judicialmente. En este sentido, cabe citar la Resolución de 9 de julio de 2013, en cuyo fundamento de Derecho tercero se afirmó que: «La homologación judicial no altera el carácter privado del documento, pues (...) se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo. Las partes no podrán en ningún caso negar, en el plano obligacional, el pacto solutorio alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento. Si bien es cierto que en virtud del principio de libertad contractual es posible alcanzar dicho acuerdo tanto dentro como fuera del procedimiento judicial ordinario en el que se reclamaba la cantidad adeudada, no lo es menos que el mismo supone una transmisión de dominio que material y formalmente habrá de cumplir los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para su inscripción en el Registro de la Propiedad». En el caso objeto de recurso se ha llegado a un acuerdo transaccional entre las partes de un procedimiento de liquidación de gananciales. En el supuesto de este expediente no estamos en presencia de un convenio regulador aprobado en un proceso de separación, nulidad y divorcio (cfr. arts. 769 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino ante un procedimiento para la liquidación del régimen económico-matrimonial (cfr. arts. 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Como ya se ha señalado, la transacción homologada por el Juez constituye un título que lleva aparejada la ejecución (arts. 1.816 del Código Civil y 415.2 y 517.1.3.a de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Resolución de 19-5-2017
(*BOE* 9-6-2017)
Registro de la Propiedad de Arrecife

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Como ha afirmado de forma reiterada esta Dirección General, el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los Registradores de la Propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el Registrador tiene, asimismo, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española y su corolario registral del artículo 20 de la LH.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo, impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente. Parece razonable restringir la exigencia de nombramiento de administrador judicial, al efecto de calificación registral del tracto sucesivo, a los supuestos de demandas a ignorados herederos; pero con-

siderar suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia. En el supuesto de este expediente consta que la demanda se ha dirigido frente a quienes tienen la condición de herederos legales de los titulares registrales, constando en la sentencia que todos ellos se allanan a las pretensiones de los demandantes.

Resolución de 22-5-2017
(*BOE* 9-6-2017)
Registro de la Propiedad de Priego de Córdoba

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR.

La cuestión objeto de este expediente ha sido objeto de tratamiento por este Centro Directivo de forma reiterada en fechas muy recientes. En concreto se trata de dilucidar si es inscribible un decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados si en el procedimiento no se ha demandado ni requerido de pago a quien, no siendo deudor del préstamo hipotecario ni hipotecante no deudor, adquirió la finca ejecutada e inscribió su adquisición antes de iniciarse dicho procedimiento.

Hay que partir, en primer lugar, del artículo 132.1.o de la LH, que extiende la calificación registral a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que dé lugar el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, entre otros extremos, al siguiente: «Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento». Por su parte, el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que la demanda ejecutiva se dirija «frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes». Y el artículo 686 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil regula el requerimiento de pago estableciendo que «en el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro». La Sentencia del TC núm. 79/2013, de 8 de abril, sienta «doctrina sobre la proyección que desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) tiene la inscripción registral y su publicidad» en un procedimiento de ejecución hipotecaria y en especial «la cuestión relativa a la constitución de la relación jurídico procesal» en este tipo de procedimientos «en relación con el titular de la finca que ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad». De conformidad, pues, con esta doctrina constitucional el tercer adquirente debe ser demandado en el procedimiento hipotecario si antes de la interposición de la demanda tiene su título inscrito quedando suficientemente acreditada frente al acreedor (art. 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) desde el momento que este conoce el contenido de la titularidad publicada.

No obstante todo lo expuesto, en el caso objeto de este expediente concurre una circunstancia especial. La tercera poseedora de la finca, doña M. M. G. G., una vez fue notificada de la tramitación del procedimiento conforme a lo establecido en el artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, promovió un incidente de

nulidad de actuaciones, solicitando la suspensión de la subasta. Dicha solicitud de nulidad estaba fundada precisamente en el hecho de que no se le había demandado ni requerido de pago, lo cual le causaba indefensión. El referido incidente fue resuelto por la Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción único de Priego de Córdoba, doña I. R. R., mediante auto de fecha 4 de marzo de 2014, por el que se desestimaba la pretensión de anulación del procedimiento, por entender dicha Juez que no se ha producido la efectiva indefensión que justificaría dicha nulidad. Si bien el Registrador debe velar por la intervención del tercer poseedor en el procedimiento en la forma dispuesta por la legislación invocada, una vez una resolución judicial firme decide sobre dicha cuestión, no le compete cuestionar la oportunidad de tal decisión conforme al artículo 100 del RH. En atención a ello el recurso ha de ser estimado.

Resolución de 22-5-2017
(*BOE* 9-6-2017)
Registro de la Propiedad de El Campello

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Como ha afirmado de forma reiterada esta Dirección General, el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los Registradores de la Propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el Registrador tiene, asimismo, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española y su corolario registral del artículo 20 de la LH.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo, impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente. Parece razonable restringir la exigencia de nombramiento de administrador judicial, al efecto de calificación registral del tracto sucesivo, a los supuestos de demandas a ignorados herederos; pero considerar suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia. En el supuesto de este expediente consta que la demanda se ha dirigido frente a quienes tienen la condición de herederos legales de los titulares registrales, constando en la sentencia que todos ellos se allanan a las pretensiones de los demandantes. Por otro lado las peculiaridades derivadas de la presentación de una demanda contra una herencia yacente no impide la necesidad de procurar la localización de quien pueda ostentar su representación en juicio como paso previo a una posterior declaración en rebeldía.

En el supuesto de este expediente el llamamiento a los desconocidos herederos es genérico y no consta la forma en que se hayan producido las notificaciones a esos herederos indeterminados, ni si se ha llevado a cabo una investigación razonable, que en este caso se antoja sencilla, sobre la existencia de herederos testamentarios o legales de doña R. C. S. A., que pudieran excluir a su hermano. Bien es cierto que

el tribunal considera que no se ha producido indefensión de la herencia por ser el deudor hermano de la fallecida, pero ni consta que se hubiese apreciado esta circunstancia desde un principio, de forma que la posición procesal de don D. A. S. A., tuviese ese doble carácter de demandado de forma directa y en representación de la herencia, ni este parentesco implica, por sí solo, el carácter de heredero de su hermana, doña R. C. S. A. Por lo tanto, dadas las especiales circunstancias que concurren en este supuesto debe confirmarse el defecto apreciado por el Registrador.

Resolución de 24-5-2017
(*BOE* 13-6-2017)
Registro de la Propiedad de Almonte

SENTENCIA QUE DECLARA LA NULIDAD DE UN TÍTULO INSCRITO: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

Como puso de relieve la Resolución de 14 de mayo de 2015, tratándose de la inscripción de una sentencia dictada en el ámbito de la jurisdicción civil, como en este supuesto, hay que tener en cuenta el principio de rogación y vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de parte que rige en el ejercicio de acciones civiles, por lo que el contenido de la demanda y la designación de los demandados queda bajo la responsabilidad del demandante. De conformidad con el artículo 38 de la LH a todos los efectos legales se presume que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, asiento y presunción que está bajo la salvaguardia de los tribunales (cfr. art. 1.3.o de la LH), por lo que el titular registral debe ser demandado en el mismo procedimiento, al objeto de evitar que sea condenado sin haber sido demandado, generando una situación de indefensión proscrita por nuestra Constitución (cfr. art. 24 de la Constitución Española).

Reiterando una asentadísima doctrina, este Centro Directivo ha afirmado en su Resolución de 2 de agosto de 2014, que está claro que la declaración de nulidad de una escritura pública en un procedimiento judicial, en el que no han sido parte los titulares de titularidades y cargas posteriores y que no fue objeto de anotación preventiva de demanda de nulidad con anterioridad a la inscripción de tales cargas o derechos, no puede determinar su cancelación automática. Todas las anteriores consideraciones llevan al resultado de que para que la sentencia despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores —cuando no se haya anotado preventivamente la demanda de nulidad con anterioridad a los mismos— es necesario que al menos hayan sido emplazados en el procedimiento, lo que en este caso no se ha efectuado.

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, entre las que está la debida determinación del asiento, en nuestro caso a cancelar, de acuerdo al ámbito de calificación reconocido, en cuanto a documentos judiciales en el artículo 100 del RH. Estas afirmaciones se justifican porque como repetidamente ha afirmado esta Dirección General no incumbe al Registrador determinar cuál es el alcance de los efectos producidos por la sentencia presentada.

Resolución de 24-5-2017
(*BOE* 13-6-2017)
Registro de la Propiedad de Medio Cudeyo-Solares

HIPOTECA: CLÁUSULA DE IMPUTACIÓN DE GASTOS AL DEUDOR.

En cuanto a la cláusula de imputación del pago de «los impuestos que devengue la operación de préstamo» al prestatario, salvo los que, tratándose de consumidores, «por ley resulte sujeto pasivo la entidad crediticia», es cierto que, como señala el Registrador de la Propiedad en su nota de calificación, la STS de 23 de diciembre de 2015 (haciéndose eco de la STS de 25 de noviembre de 2011), afirma que es aplicable a la misma lo dispuesto en el artículo 89.3, letra c), de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que califica como cláusulas abusivas y, por tanto, nulas «las estipulaciones que impongan al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario».

Constituye una constante y reiterada doctrina de la citada Sala Primera (Sentencias de 29 de junio de 2006, 7 de octubre de 2008, 20 de julio y 4 de noviembre de 2012 y 18 de mayo de 2016, entre otras) el criterio de que no corresponde a la jurisdicción civil entrar a conocer sobre la aplicabilidad o la procedencia de un impuesto determinado, el sujeto pasivo del mismo, su base imponible o el tipo aplicable, concurriendo en tales casos una falta de jurisdicción (art. 37 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ya que el conocimiento de tales cuestiones está reservado legalmente a la Administración Tributaria, y en su caso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pues bien, en cuanto al sujeto pasivo en el concepto impositivo de Actos Jurídicos Documentados, el artículo 68 del Reglamento del ITP y AJD dice que «cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario», lo que lleva a concluir que también por el concepto de Actos Jurídicos Documentados, el sujeto pasivo es el prestatario. Así se ha manifestado la jurisprudencia de la Sala competente del Tribunal Supremo, la Sala Tercera. Esta doctrina de la Sala Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo ha sido seguida, apartándose del criterio recogido en la STS de 23 de diciembre de 2015, con posterioridad a la misma, por diversas Salas Civiles de Audiencias Provinciales, de lo que son ejemplos las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Madrid de 9 de junio de 2016 y de Oviedo de 25 de noviembre de 2016. Por último, debe señalarse que, a este respecto, el Auto núm. 24/2005, de 18 de enero, del Pleno del TC (reiterado por la Sentencia núm. 223/2005, de 24 de mayo) resolvió negativamente la posible inconstitucionalidad del citado artículo 68.2.o del Reglamento del ITPAJD, declarando, entre otras cosas, que «es una opción de política legislativa válida desde el punto de vista constitucional que el sujeto pasivo de la modalidad de «actos jurídicos documentados» lo sea el mismo que se erige como sujeto pasivo del negocio jurídico principal.

En consecuencia, este Centro Directivo se ha de inclinar por la legalidad y no abusividad de la cláusula que nos ocupa, máxime si se tiene en cuenta, como se indica en el recurso, que aun cuando fuera otro el criterio legal o jurisprudencial, el tenor literal de la cláusula cuya inscripción se suspende, en lo que se refiere a los gastos derivados del pago de impuestos, indica expresamente que: «Serán de cuenta de la parte prestataria todos los gastos futuros, o pendientes de pago siguientes: (...) c) Impuestos devengados por esta operación, salvo en el caso de préstamos formalizados con consumidores, en los que se excluirán los impuestos que por ley resulte sujeto pasivo la entidad (...)», por lo que dicha cláusula no

traslada al prestatario ningún gasto que corresponda asumir al banco, puesto que expresamente se indica en la misma que, en el caso de consumidores, no serán de cuenta de la parte prestataria los gastos derivados de impuestos de los que por ley el sujeto pasivo sea la entidad acreedora.

En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, señala el Alto Tribunal, en la repetida Sentencia de 23 de diciembre de 2015, que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para los procesos declarativos, y en los artículos 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría ya su nulidad conforme a los artículos 86 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 8 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, sino que introduce un desequilibrio en la posición de las partes.

Por último, respecto a la imputación al cliente-prestatario de los aranceles de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la citada sentencia considera que esta estipulación contraviene claramente el artículo 32.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Frente a estos argumentos, en el recurso se señala, que la cláusula quinta analizada, en ningún momento hace referencia alguna a la atribución a la parte prestataria de ninguno de los gastos procesales mencionados por el Registrador, ya sean las costas procesales propiamente dichas, ya sean los honorarios de abogado y procurador. La simple lectura de la citada cláusula basta para comprobar la realidad de la afirmación del recurrente, por lo que también en este punto debe revocarse la nota de calificación registral, aunque la propia inexistencia de esa atribución de gastos impide la constancia de circunstancia alguna en la inscripción por dicho concepto.

Resolución de 24-5-2017
(*BOE* 13-6-2017)
Registro de la Propiedad de Sant Mateu

REQUISITOS FISCALES: ACTUACIÓN DEL REGISTRADOR.

Aun cuando alguna sentencia dictada en juicio verbal contra la decisión del Registrador estimó que la suspensión de la calificación por parte del Registrador no es una auténtica calificación encuadrable en el artículo 18 de la LH, sino un acto de mero trámite (Sentencia de 28 de octubre de 2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Alicante), lo cierto es que este Centro Directivo ha declarado reiteradamente que la decisión del Registrador, conforme a lo dispuesto en el artículo 255 de la LH, de suspender la calificación del documento, sí es susceptible de ser recurrida. Y, consiguientemente, también resulta de aplicación el artículo 325 de la LH en cuanto a los legitimados para interponer el recurso.

Partiendo de lo establecido en el artículo 254 LH, este Centro Directivo tiene señalado: «la doctrina mantenida por este Centro Directivo sobre el cumplimiento de tales requisitos tributarios (...) puede resumirse del siguiente modo: 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; pero 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 aquél consideró aplicable, de modo que el Registrador, al solo efecto de decidir la inscripción, puede apreciar por sí la no sujeción fiscal del acto inscribible, evitando una multiplicación injustificada de los trámites pertinentes para el adecuado desenvolvimiento de la actividad jurídica registral».

Y a tal efecto, en el caso que nos ocupa ahora, es claro que una instancia privada, aunque esté firmada por alguien que ostenta la condición de Notario, y que dice firmarla en tal condición de Notario, sigue siendo un documento privado, y no una escritura pública. Y, por tanto, como tal documento privado, cualquiera que fuera su contenido, queda conceptualmente excluida la posibilidad de que pueda quedar sujeto a la modalidad gradual del impuesto de actos jurídicos documentados que grava determinadas escrituras públicas. En consecuencia, siendo evidente la no sujeción del documento a ninguno de los citados impuestos, carece de fundamento la decisión del Registrador de suspender su calificación «por no acreditarse el pago, la exención o la no sujeción a los impuestos correspondientes».

Ahora bien, es claro que lo único que procede en este momento es revocar la decisión registral de suspender la calificación, y que, en consecuencia, el Registrador proceda a calificar íntegramente el documento presentado conforme al artículo 18 de la LH y demás de aplicación.

Resolución de 25-5-2017
(*BOE* 13-6-2017)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

DESHEREDACIÓN: DESCENDIENTES DEL DESHEREDADO.

No se ha puesto en cuestión por la calificación, la validez de la desheredación, sino la falta de concurrencia y en su caso la identificación de los hijos o descendientes de las hijas desheredadas, que ocuparían su lugar, y conservarían los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima. Consecuentemente, este punto del recurso debe ser desestimado, por cuanto en el presente expediente la desheredación no puede alcanzar a la totalidad de los descendientes de forma genérica y sin identificación precisa, habiendo nietos del causante, hijos de los desheredados, respecto a quienes no se puede justificar ningún motivo concreto de desheredación (cfr. arts. 857 y 973.2 del Código Civil), habida cuenta que no están identificados los nietos desheredados —que por otra parte pueden ser menores o incapacitados y por lo tanto inimputables para concurrir en causa de desheredación— todo ello, además, sin perjuicio de la declaración judicial sobre el carácter justo o injusto de la desheredación.

En cuanto a si los hijos o descendientes de los padres desheredados ocupan su lugar y conservan sus derechos como herederos forzosos respecto de la legítima, el artículo 857 del Código Civil establece que «los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima». Por ello, debe concluirse que en el caso de este expediente, no podrá prescindirse del consentimiento de los legitimarios. En consecuencia, produce sus efectos la manifestación de herencia realizada por esa

única heredera pero con el consentimiento de los nietos legitimarios y tanto en cuanto no se haya producido una resolución judicial en virtud de reclamación de quien se considere injustamente desheredado. En el supuesto de este expediente, no concurre el consentimiento de los nietos legitimarios.

Resolución de 25-5-2017
(*BOE* 13-6-2017)
Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 2

DERECHO CIVIL GALLEGO: PACTO DE MEJORA SOBRE UN BIEN GANANCIAL.

Como ha dicho este Centro Directivo (Resolución de 13 de julio de 2016), entre los pactos sucesorios expresamente admitidos en el artículo 209 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, se encuentran los llamados pactos de mejora regulados en los artículos 214 a 218 de la misma ley. En cuanto a las distintas posibilidades de configuración de los pactos de mejora, el artículo 215 distingue según el pacto de mejora conlleve o no la entrega de presente de los bienes objeto del mismo al mejorado o adjudicatario. Cuando el pacto de mejora vaya acompañado de la entrega de bienes de presente —como ocurre en el supuesto de este expediente—, el mejorado adquirirá desde ese mismo momento la propiedad de dichos bienes (art. 215) sin necesidad, como regla general, de «*traditio*» real de los mismos.

Respecto del objeto de los pactos de mejora, el artículo 214 de la Ley 2/2006 restringe el pacto de mejora a «bienes concretos». Por ello, al poder tener por objeto bienes muebles o inmuebles, y toda clase de derechos sobre los mismos, siempre y cuando sean determinados, no existe inconveniente en que el bien objeto del pacto tenga naturaleza ganancial. Cuando el pacto de mejora suponga la entrega de presente de bienes, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 1378 del Código Civil con arreglo al cual, «serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, podrá cada uno de ellos realizar con los bienes gananciales liberalidades de uso». Además, en dicho caso de mejora con transmisión actual de bienes, el acto realizado, sin dejar de ser un pacto sucesorio, produce efectos dispositivos actuales y no diferidos, semejantes, en dicho aspecto, a los de una donación «*inter vivos*», y debe cumplir los requisitos necesarios para la inscripción de un negocio con tales caracteres.

En el presente caso ni se trata de la disposición de la totalidad de un bien ganancial por un solo cónyuge en pacto de mejora sin transmisión de presente, ni tampoco de una transmisión por un cónyuge, separadamente y en pacto de mejora con entrega de su presente, de sus derechos en un bien ganancial, sino de un acto de disposición de un bien ganancial conjuntamente por ambos cónyuges, como se dirá. No obstante, es cierto que cada cónyuge disponente lo hace en virtud de un negocio jurídico distinto, apartación, en un caso, y pacto de mejora con transmisión de presente, en el otro. Nuestro Código Civil, al regular la disposición de bienes gananciales, establece, como regla general, que esta debe realizarse conjuntamente por ambos cónyuges (art. 1377 del Código Civil), sin exigir expresamente que la causa de la disposición sea la misma para ambos cónyuges. Es de destacar que también se admite que un bien ganancial sea objeto de disposición, no ya conjuntamente por ambos cónyuges, sino por un solo cónyuge con el consentimiento del otro.

La calificación registral plantea que siendo la causa de la disposición distinta para cada cónyuge, estos no disponen realmente de modo conjunto sino que lo

hacen separadamente cada uno en cuanto a sus respectivos derechos en el bien, lo que contradiría la intransmisibilidad de dichos derechos, proponiéndose para salvar el defecto señalado la previa liquidación de la sociedad de gananciales (lo que exige su previa disolución). Sin negar que son negocios diversos una apartación y un pacto de mejora con entrega de presente, ambos producen un efecto traslativo similar, no habiéndose reservado, en el caso, la mejorante facultad dispositiva alguna sobre el bien (art. 217 Ley de Derecho civil de Galicia), pudiendo resolverse las distintas consecuencias sucesorias de uno y otro pacto. El propio legislador gallego asume una naturaleza esencialmente similar de ambos pactos sucesorios, al someterlos al mismo régimen general (arts. 209 a 213 de la Ley de Derecho civil de Galicia), sin perjuicio de sus particularidades.

En definitiva, la escritura que da lugar al presente expediente formaliza un acto dispositivo realizado conjuntamente por ambos cónyuges sobre un bien ganancial, lo que no exige liquidación previa alguna, ni estando disuelta ya la sociedad de gananciales, ni aun menos no estando disuelta, como sucede en el caso, sin que la presencia una causa sucesoria particular para cada cónyuge pueda alterar el efecto traslativo que refleja la inscripción, ni influya en la aplicación al mismo de los principios registrales, ni comprometa derechos de terceros, lo que contribuye a la posibilidad de considerarlo un acto de disposición conjunto y único, sin perjuicio de los efectos particulares que produzca en la sucesión de cada transmitente, que se resolverán tras la apertura de la respectiva sucesión y con aplicación de lo expresamente pactado o de las reglas legales supletorias previstas para la distribución del valor del bien en cada herencia (arts. 205, 206 y 207.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia).

Resolución de 25-5-2017
(*BOE* 13-6-2017)
Registro de la Propiedad de Málaga, número 7

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: APODERADO DE UNA SOCIEDAD CON PODER NO INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL.

En lo que hace a la suficiencia del poder y a la actuación del Notario español se reitera la doctrina de este Centro Directivo. Para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al Notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el Notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación.

También ha señalado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 9 de mayo de 2014) que de acuerdo con dicha doctrina cuando se trate de personas jurídicas y en particular, como sucede en este caso, de sociedades, su actuación debe realizarse a través de los órganos legítimamente designados de acuerdo con la Ley y las normas estatutarias de la entidad de que se trate, o de los apoderamientos o delegaciones

conferidos por ellos conforme a dichas normas. Cuando dichos nombramientos sean de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil y los mismos se hayan inscrito, la constancia en la reseña identificativa del documento del que nace la representación de los datos de inscripción en el Registro Mercantil dispensará de cualquier otra prueba al respecto para acreditar la legalidad y válida existencia de dicha representación. Cuando no conste dicha inscripción en el Registro Mercantil, según la reiterada doctrina de esta Dirección General esa mera circunstancia no es obstáculo a la inscripción del acto de que se trate en el Registro de la Propiedad, si bien en la hipótesis de acto otorgado por el administrador con cargo no inscrito en el Registro Mercantil deberá acreditarse al Registrador de la Propiedad la realidad y validez del nombramiento de administrador en términos que destruyan la presunción de validez y exactitud registral establecida en los artículos 20 del CCom. y 7 del RRM. En relación con la representación voluntaria con base en un poder general no inscrito o en un poder especial, este Centro Directivo ha declarado (cfr. Resolución de 5 de octubre de 2012), en el ámbito del Registro de la Propiedad, que la falta del dato de la inscripción en el Registro Mercantil como revelador de la válida existencia de la representación alegada puede ser suplida por la reseña en el título inscribible de aquellos datos y documentos que pongan de manifiesto la válida designación del representante social o apoderado por haber sido nombrado con los requisitos y formalidades legales y estatutarias por órgano social competente, debidamente convocado, y vigente en el momento del nombramiento (*vid.*, en el mismo sentido la Resolución de 4 de junio de 1998), incluyendo la aceptación del nombramiento y, en su caso, notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos en términos que hagan compatible y congruente la situación registral con la extrarregistral.

Resolución de 25-5-2017
(*BOE* 13-6-2017)
Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, número 2

SOCIEDAD DE GANANCIALES: LIQUIDACIÓN EN PROCESO JUDICIAL DE DIVISIÓN DE PATRIMONIOS.

En el supuesto de este expediente no estamos en presencia de un convenio regulador aprobado en un proceso de separación, nulidad y divorcio (cfr. arts. 769 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino ante un procedimiento para la liquidación del régimen económico-matrimonial (cfr. arts. 806 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo que el convenio regulador puede suponer un título inscribible, en materia de liquidación del régimen económico-matrimonial, en aquellos negocios que puedan tener carácter familiar.

Fuera de los casos de convenio matrimonial, dispone el artículo 810.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que «cuando, sin mediar causa justificada, alguno de los cónyuges no comparezca en el día señalado, se le tendrá por conforme con la propuesta de liquidación que efectúe el cónyuge que haya comparecido. En este caso, así como cuando, habiendo comparecido ambos cónyuges, lleguen a un acuerdo, se consignará este en el acta y se dará por concluido el acto, llevándose a efecto lo acordado conforme a lo previsto en los dos primeros apartados del artículo 788 de esta Ley». Poniendo en relación este artículo con el 787.2 anterior se deduce la necesidad de su protocolización notarial. Esta Dirección

General ha señalado (cfr. Resolución de 19 de julio de 2016) que en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa escritura pública, esta misma regla es aplicable por la remisión legal que se efectúa conforme ha quedado expuesto, al caso de la liquidación judicial de gananciales (cfr. Resolución de 16 de febrero de 2017).

El defecto que motiva el presente recurso es que, dentro de un proceso de liquidación de régimen económico-matrimonial, concluido por mutuo acuerdo entre los cónyuges, se inventaría como ganancial un bien que registralmente consta como privativo, adquirido en estado de soltera por la mujer. Lo que ocurre, en el presente expediente, es que nada de todo esto se ha hecho constar en el documento de liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que el bien, sin que exista una causa adecuada que lo justifique, no puede transformarse automáticamente de privativo a ganancial.

Resolución de 29-5-2017
(*BOE* 22-6-2017)
Registro de la Propiedad de Pinto, número 1

REPARCELACIÓN URBANÍSTICA: REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO.

Es 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 de la LH). Por tanto si el recurrente pretende la cancelación de los derechos de los titulares registrales deberá entablar contra ellos las oportunas acciones civiles.

Uno de los principales obstáculos para la inscripción de los proyectos de reparcelación se produce cundo el titular civil justifica su dominio a la Administración actuante mediante títulos que no han tenido acceso al Registro. El artículo 9 del Real Decreto 1.093/1997, no parte del concepto general de tracto sucesivo establecido en el artículo 208 de la LH, sino que establece una serie de normas para el caso de que «la finca conste inscrita a favor de persona distinta de quien justificare tener mejor derecho». Dicho artículo distingue dos supuestos según las trasmisiones estén o no documentadas en títulos públicos. En primer lugar dice el artículo 9 que «cuando los títulos públicos intermedios tan solo estuviesen pendientes de inscripción, se procederá previamente a la práctica de esta». En segundo lugar, para el caso de que no existiera título público, se articula un procedimiento dirigido por la Administración actuante que se incorpora al acuerdo de aprobación definitiva del proyecto de reparcelación, que en este caso, será el título hábil para regularizar las titularidades registrales de las fincas de origen, de conformidad con el artículo 68.5 del texto refundido de la Ley 7/2015, de 30 de octubre, de Suelo.

En el presente expediente, parece que se opta por la primera opción. Ahora bien, la escritura calificada únicamente eleva a público el primer documento privado de venta celebrado entre doña J. S. R. y don M. M. G. Además, como consecuencia de haberse cerrado el historial de la finca vendida al haberse agrupado con otras, será necesario el consentimiento de los todos y cada uno de los propietarios de la finca agrupada para determinar sobre que cuota debe recaer el derecho del comprador.

Resolución de 29-5-2017
(*BOE* 22-6-2017)
Registro de la Propiedad de Igualada, número 2

OBRA NUEVA: LIBRO DEL EDIFICIO EN CASOS DE AUTOPROMOCIÓN.

El Registrador debe examinar si se recurre fundándose exclusivamente en Derecho catalán, en cuyo caso es competente la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas de Cataluña o si se fundamenta además en otras normas o motivos ajenos al Derecho propio, en cuyo caso el Registrador debe remitir el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Se debate en el presente recurso si es exigible el libro del edificio para la inscripción de una declaración de obra nueva de una vivienda unifamiliar realizada por los titulares del solar manifestando su carácter de autopromotores y su destino para uso propio. Tal cuestión se encuentra regulada en el artículo 202 de la LH. En base a este precepto se añade un requisito a efectos de inscripción para las declaraciones de obra nueva terminada, esto es, la necesidad de aportar para su archivo el libro del edificio. Y se exige a todo tipo de edificación sean viviendas o industriales (art. 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación). Requisito que viene confirmado por el artículo 9.a) de la LH al señalar que: «(...) A tal fin, la inscripción contendrá las circunstancias siguientes: a) (...) y, tratándose de edificaciones, expresión del archivo registral del libro del edificio, salvo que por su antigüedad no les fuera exigible».

Así se comprende que la Resolución de 29 de octubre de 2015, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución Conjunta de la DGRN y de la Dirección General del Catastro, regule los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad. Con todo, debe insistirse en la doctrina asumida por esta Dirección General basada en la diferenciación entre normas de naturaleza registral, reguladoras netamente de requisitos de inscripción, y cuya competencia estatal no se discute, y normas de carácter material o sustantivo, donde pueden tener aplicación preferente las normas autonómicas, dictadas en ejercicio de sus competencias exclusivas y cuyo régimen propio deberá ser respetado también a efectos de inscripción.

En este sentido hay que referirse por tanto a la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña que regula la exigencia del depósito del libro del edificio en su artículo 25. Esta obligación se impone tanto al promotor como al propietario único, con lo que parece que no puede ser estimada la pretensión de la recurrente de que le sea inaplicada tal obligación a los autopromotores.

Resolución de 30-5-2017
(*BOE* 22-6-2017)
Registro de la Propiedad de Lepe

DERECHO DE OPCIÓN: CONSIGNACIÓN EN FAVOR DE TITULARES DE CARGAS POSTERIORES.

La cuestión objeto de recurso ha sido objeto de una dilatada doctrina por parte de este Centro Directivo que, por ser de plena aplicación al supuesto de hecho, debe ser de nuevo reiterada. De acuerdo con dicha doctrina (*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. Al afectar el ejercicio del derecho de opción de forma tan directa a los titulares de derechos posteriores inscritos en la medida en que deben sufrir la cancelación del asiento sin su concurso, se requiere —como indicó la mencionada Resolución— que puedan al menos contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble para la satisfacción de sus respectivos créditos o derechos, máxime cuando todas las actuaciones de los interesados tienen lugar privadamente y al margen de todo procedimiento judicial y con la falta de garantías que ello podría implicar para los terceros afectados (cfr. art. 175.6.a RH).

No obstante, 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 fundamental que todas estas circunstancias consten pactadas en la escritura de opción y que consten debidamente inscritas.

A la vista de la doctrina expuesta es evidente que el recurso no puede prosperar. Resultando del asiento de inscripción del derecho de opción que el precio de compraventa en ejercicio del derecho de opción, habría de pagarse al contado, el ejercicio del derecho en términos distintos a los pactados e inscritos no puede perjudicar la situación jurídica de los titulares de asientos posteriores.

Resolución de 30-5-2017
(*BOE* 22-6-2017)
Registro de la Propiedad de Granada, número 1

HIPOTECA CAMBIARIA: CANCELACIÓN.

El objeto de la presente viene constituido por la negativa del Registrador de la Propiedad a cancelar una hipoteca cambiaria inscrita sobre determinada finca. Del historial registral resulta que la hipoteca se constituyó a nombre de determinada persona, así como a favor de los tenedores futuros de sesenta letras de cambio dando lugar a la inscripción 6.ª de determinada finca. De la inscripción 8.ª resulta que los entonces propietarios de la finca y deudores del préstamo que dio lugar a la inscripción anterior, reconocieron el impago de siete letras de cambio y entregaron al primer tenedor, en pago de su deuda, el dominio de la finca.

Es importante tener en cuenta que los mismos solicitantes llevaron a cabo una solicitud similar, solicitud que fue calificada negativamente y que dio lugar, recurso mediante, a la Resolución de este Centro Directivo de fecha 31 de julio de 2014. Y es importante porque, como resulta de la calificación del Registrador, solicitándose hoy la cancelación de la hipoteca inscrita por las mismas personas que en su día lo hicieron y por las mismas causas de pedir, no procede sino la confirmación de la Resolución de este Centro Directivo de fecha 31 de julio de 2014 que trató las cuestiones que se plantean en el presente expediente. En el

caso de este expediente había múltiples letras posteriores a las que dieron motivo a la dación, las que tenían fecha de vencimiento desde marzo de 1997 a febrero de 2000. No consta la inutilización ni de los títulos impagados ni de los posteriores. Por lo tanto, no cabe la cancelación en base a la dación en pago efectuada, cancelación que por otra parte no se produjo en el momento de su inscripción. El hecho de que la cancelación automática se produzca por prescripción legal, no implica que sea practicable de oficio por el Registrador. Por otro lado, el hecho de la prescripción no es una cuestión que pueda apreciar directamente el Registrador, los Registradores no tienen atribuciones ni medios para resolver todo aquello que se refiere al cómputo del tiempo necesario para la prescripción, su interrupción y sus efectos, dado que todas estas son cuestiones que se deben plantear judicialmente.

En consecuencia, no procede sino reiterar la doctrina entonces aplicada sin que dicha circunstancia implique la existencia de «cosa juzgada», sino la mera reiteración de las decisiones que resultan de la Resolución citada, cuyo contenido no consta que haya sido impugnado judicialmente, y que, en consecuencia, como afirma el Registrador en su nota de defectos, no deben ser objeto de un nuevo análisis de fondo por esta Dirección General (*vid.*, Resolución de 30 de enero de 2014 y demás citadas en los «Vistos» sobre su carácter definitivo).

Finalmente debe aclararse que en nuestro ordenamiento jurídico la cancelación de los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad requiere la debida acreditación de que existe una justa causa, así como que dicha causa se ponga de manifiesto en el título formal previsto por el ordenamiento, título que no depende del capricho del legislador sino del cumplimiento de los requisitos legales para acreditar su concurrencia. De conformidad con el artículo 3 de la LH solo los documentos públicos auténticos (art. 34 del RH), son susceptibles de provocar un asiento en el Registro de la Propiedad por lo que es evidente que la mera aportación de una fotocopia no puede acreditar los hechos demandados por los solicitantes.

Resolución de 30-5-2017
(*BOE* 22-6-2017)
Registro de la Propiedad de Pontevedra, número 2

CIRCUNSTANCIAS DE LA INSCRIPCIÓN: ESTADO CIVIL TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO INSCRIBIBLE.

La necesidad de que el estado civil, como elemento que contribuye a la correcta identificación de las personas físicas a cuyo nombre ha de practicarse la inscripción, conste adecuadamente en el título presentado o en otro que lo complemente es indiscutible a la luz del contenido de la letra a) de la regla 9.a del artículo 51 del RH.

Se plantea nuevamente la cuestión de si un acuerdo transaccional homologado judicialmente tiene la consideración de título inscribible en el Registro de la Propiedad. En las Resoluciones más recientes sobre la materia se ha sentado una doctrina más restrictiva, tendente a considerar fundamentalmente el aspecto de documento privado del acuerdo transaccional, por más que esté homologado judicialmente. En este sentido, cabe citar la Resolución de 9 de julio de 2013, en cuyo fundamento de Derecho tercero se afirmó que: «La homologación judicial no altera el carácter privado del documento, pues (...) se limita a acreditar la exis-

tencia de dicho acuerdo. Las partes no podrán en ningún caso negar, en el plano obligacional, el pacto solutorio alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento. Si bien es cierto que en virtud del principio de libertad contractual es posible alcanzar dicho acuerdo tanto dentro como fuera del procedimiento judicial ordinario en el que se reclamaba la cantidad adeudada, no lo es menos que el mismo supone una transmisión de dominio que material y formalmente habrá de cumplir los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para su inscripción en el Registro de la Propiedad». En el caso objeto de recurso se ha llegado a un acuerdo transaccional entre las partes de un procedimiento de liquidación de gananciales. En el supuesto de este expediente no estamos en presencia de un convenio regulador aprobado en un proceso de separación, nulidad y divorcio (cfr. arts. 769 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino ante un procedimiento para la liquidación del régimen económico-matrimonial (cfr. arts. 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Como ya se ha señalado, la transacción homologada por el Juez constituye un título que lleva aparejada la ejecución (arts. 1816 del Código Civil y 415.2 y 517.1.3a de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Resolución de 30-5-2017
(*BOE* 22-6-2017)
Registro de la Propiedad de Málaga, número 4

PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: SUSPENSIÓN.

Se plantean sendos recursos contra dos notas de calificación de la Registradora de la Propiedad. Es doctrina de este Centro Directivo que, al tratarse de recurrentes sustancialmente idénticos y existir práctica igualdad de los supuestos de hecho y contenido de las notas de calificación, pueden ser objeto de acumulación y objeto de una sola Resolución.

En caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor puede ejercer el «*ius distrahendi*» inherente a su derecho mediante el ejercicio de la acción directa o de la ordinaria previstas en la norma ritual sujetas al control de jueces y tribunales. Junto al ejercicio en el ámbito judicial del «*ius distrahendi*», nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de su ejercicio extrajudicial cuyo fundamento no es ya el ejercicio coercitivo por el ordenamiento de la responsabilidad del deudor, sino el previo consentimiento que este presta para que se venda la finca y se realice su valor.

Al igual que ocurre con las transmisiones voluntarias de inmuebles, en la transmisión derivada de la venta extrajudicial el ordenamiento toma precauciones para que la transmisión obedezca a una justa causa que salvaguarde los derechos de los interesados exigiendo un conjunto de formalidades cuya cumplimentación se exige al Notario. Del mismo modo ha de ser indubitado que el título del que emana la facultad de enajenación, el «*ius distrahendi*», es válido pues de no serlo carecería de justa causa el ejercicio de la potestad de enajenación y decaería el procedimiento, así como su efecto traslativo. Si resulta que el consentimiento no fue emitido y que el título que dio lugar a la inscripción es falso, decae la fuerza protectora de la inscripción. Por este motivo dispone el artículo 236.ñ del RH lo siguiente: «1. El Notario solo suspenderá las actuaciones cuando se acredite documentalmente la tramitación de un procedimiento

criminal, por falsedad del título hipotecario en virtud del cual se proceda, en que se haya admitido querella, dictado auto de procesamiento o formulado escrito de acusación, o cuando se reciba la comunicación del Registrador de la Propiedad a que se refiere el apartado tercero del artículo 236.b. 2. Verificada alguna de las circunstancias previstas en el apartado anterior, el Notario acordará la suspensión de la ejecución hasta que, respectivamente, terminen el procedimiento criminal o el procedimiento registral. La ejecución se reanudará, a instancia del ejecutante, si no se declarase la falsedad o no se inscribiese la cancelación de la hipoteca».

Las afirmaciones que contienen los escritos de recurso no pueden desvirtuar la conclusión anterior por cuanto la Registradora de la Propiedad ha actuado en el ejercicio de su competencia y en el ámbito de la actuación prevista en el artículo 18 de la LH y 98 de su Reglamento. El recurrente parece confundir su decisión de calificar negativamente la documentación presentada con la de suspender el procedimiento de venta extrajudicial, competencia que efectivamente corresponde al Notario que actúe como director del procedimiento. Como resulta indubitadamente de los hechos la Registradora no ha suspendido el procedimiento sino la práctica de la inscripción solicitada por resultar del propio título presentado un motivo que lo impide (art. 18 de la LH). No hay pues extralimitación ni invasión de las competencias del Notario autorizante pues cada funcionario ha actuado en el ámbito de las que les corresponde.

Resolución de 31-5-2017
(*BOE* 24-6-2017)
Registro de la Propiedad de Valencia, número 11

SEGREGACIÓN: LICENCIA SOMETIDA A CONDICIONES.

Según el artículo 26.2 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, En la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los Notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. El cumplimiento de este requisito será exigido por los Registradores para practicar la correspondiente inscripción. Según el artículo 228 de la Ley 5/2014, de 25 de Julio, de la Generalitat Valenciana, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, en el que se fundamenta la resolución administrativa que se protocoliza en el documento calificado, por la que se resuelve declarar innecesaria la licencia de parcelación para la segregación formalizada dicho título: «1. Toda parcelación, segregación o división de terrenos, quedará sujeta a licencia municipal, salvo que el ayuntamiento declare su innecesariedad. Será innecesario el otorgamiento de licencia cuando: a) la división o segregación sea consecuencia de una reparcelación, expropiación, programas de actuación, declaraciones de interés comunitario, obras o servicios públicos o cesión, ya sea forzosa o voluntaria, gratuita u onerosa, a la administración, para que destine el terreno resultante de la división al uso o servicio público al que se encuentre afecto (...) 2. De conformidad con lo dispuesto por la legislación estatal, los Notarios y Registradores de la propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, resolución administrativa en la que se acredite el otorgamiento de la licencia

o su innecesariedad, que los primeros deberán testimoniar en el documento (...)». En el título calificado se protocoliza resolución administrativa de fecha 7 de septiembre de 2016, del órgano competente del Ayuntamiento de Valencia, por la que se resuelve declarar innecesaria la licencia de parcelación para la segregación y simultánea cesión al Ayuntamiento, en concepto ámbito vial de servicio, de una parcela de 133,49 metros cuadrados de superficie, procedente de la finca registral número 15.989.

Ciertamente, con las salvedades previstas en la normativa aplicable en favor de la Administración, la cesión gratuita es un negocio bilateral, que requiere el consentimiento de ambas partes, cedente y cesionario, para su perfección, lo que impide practicar la inscripción de la cesión gratuita de la parcela segregada a favor del Ayuntamiento, en tanto no se acredite la aceptación por parte de este. Así resulta, en particular, de los artículos 30 y 32 del Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio.

Siendo indiscutido, en el presente expediente, la necesidad de aceptación del cesionario, el Ayuntamiento, para la inscripción de la cesión gratuita a su favor, no es igual la solución, sin embargo, cuando se trate de inscribir únicamente, por solicitarlo expresamente el presentante, el acto previo de segregación, habilitado por el órgano administrativo para su destino a viales, de titularidad y uso público o general. El artículo 74 de las normas complementarias, en consonancia con el artículo 65.1.d) de la Ley de Suelo, prevé que: «Cuando con ocasión de la concesión de licencias o de autorización de otras resoluciones administrativas, se impongan condiciones que han de cumplirse en la finca a la que afectan, con arreglo a las Leyes o a los Planes, tales condiciones podrán hacerse constar por el Registrador de la Propiedad mediante nota marginal». En este caso, la declaración de innecesariedad de la licencia se condiciona al destino de la parcelación al uso general viario de titularidad pública, lo que deberá reflejarse en las fincas afectadas, mediante nota marginal, de vigencia indefinida, en este caso, y cancelable mediante la certificación administrativa prevista en el artículo 74.3.a) del Real Decreto 1.093/1997. La jurisprudencia viene manteniendo que la existencia de normas urbanísticas o acuerdos municipales sobre ejecución del planeamiento que afecten a terrenos de propiedad privada no implica que estos pasen al dominio público por tal razón, hasta tanto no exista el acto formal de cesión de tales terrenos.

Resolución de 31-5-2017
(*BOE* 24-6-2017)
Registro de la Propiedad de Sant Mateu

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Constituye el único objeto de este expediente decidir si procede la inmatriculación de una finca de conformidad con lo dispuesto en el artículo 205 de la LH habiendo manifestado el Registrador que tiene dudas de coincidencia de dicha finca con otra que se encuentra inscrita.

No cabe duda que la coincidencia en los datos de situación de la finca que se pretende inmatricular con los de otra que ya esté inmatriculada puede justificar la suspensión de la pretensión de inmatriculación conforme al citado artículo 205 de la LH. No obstante, es relevante para la resolución de

este expediente la circunstancia de que de los asientos del Registro resulta la constancia registral de la referencia catastral de la finca con la que el Registrador plantea la duda. Ahora bien, la constancia registral de la referencia catastral conforme al artículo 9.a) de la LH tiene unos efectos limitados ya que en ningún caso puede equipararse con la coordinación gráfica a la que se refiere el artículo 10 de la LH, no supone la inscripción de la representación gráfica ni la rectificación de la descripción literaria conforme a la misma (art. 9.b), párrafo séptimo). Por ello, las dudas del Registrador basadas en la coincidencia en la situación de las fincas no pueden mantenerse, debiendo, en consecuencia, revocarse el defecto.

Resolución de 31-5-2017
(*BOE* 24-6-2017)
Registro de la Propiedad de Lepe

DERECHO DE OPCIÓN: CONSIGNACIÓN EN FAVOR DE TITULARES DE CARGAS POSTERIORES.

La cuestión objeto de recurso ha sido objeto de una dilatada doctrina por parte de este Centro Directivo que, por ser de plena aplicación al supuesto de hecho, debe ser de nuevo reiterada. De acuerdo con dicha doctrina (*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. Al afectar el ejercicio del derecho de opción de forma tan directa a los titulares de derechos posteriores inscritos en la medida en que deben sufrir la cancelación del asiento sin su concurso, se requiere —como indicó la mencionada Resolución— que puedan al menos contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble para la satisfacción de sus respectivos créditos o derechos, máxime cuando todas las actuaciones de los interesados tienen lugar privadamente y al margen de todo procedimiento judicial y con la falta de garantías que ello podría implicar para los terceros afectados (cfr. art. 175.6.a RH).

No obstante, 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 fundamental que todas estas circunstancias consten pactadas en la escritura de opción y que consten debidamente inscritas.

A la vista de la doctrina expuesta es evidente que el recurso no puede prosperar. Resultando del asiento de inscripción del derecho de opción que el precio de compraventa en ejercicio del derecho de opción, habría de pagarse al contado, el ejercicio del derecho en términos distintos a los pactados e inscritos no puede perjudicar la situación jurídica de los titulares de asientos posteriores.

Resolución de 1-6-2017
(*BOE* 24-6-2017)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

EXPEDIENTE DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001.

En el caso concreto de la expedición de certificación como trámite del artículo 203 de la LH (al que remite el artículo 208 al regular el expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido), en los casos en los que el Registrador aprecie defectos que sean obstáculo para la tramitación del expediente, lo procedente es denegar su expedición emitiendo la preceptiva calificación negativa, que, en su caso, puede acompañarse de las certificaciones de las fincas que procedan, según resulta de la regla tercera del citado artículo 203.

El tenor literal de la norma primera del artículo 208 antes transcrita excluye la interrupción del tracto únicamente en los supuestos en que la adquisición se haya efectuado directamente del titular registral o bien de los herederos de este, lo que viene a consagrar legalmente la doctrina que sobre este particular ha venido manteniendo este Centro Directivo. En el presente caso, tal y como señala el Registrador en su calificación, no existe una verdadera interrupción del tracto ya que consta la formalización pública de los sucesivos documentos de adquisición desde el titular registral. La circunstancia de que alguno de estos títulos adolezcan de defectos, como señala el Registrador, o que hayan sido objeto de anteriores calificaciones negativas, no justifica la utilización del procedimiento excepcional para la reanudación del tracto, siendo lo procedente presentar los títulos para su calificación e inscripción y, en su caso, tratar de subsanar tales defectos.

En cuanto al defecto señalado con el núm. 5, es reiterada la doctrina de este Centro Directivo (cfr. «Vistos») según la cual es inequívoca la exigencia legal de la pertinente licencia o de la declaración municipal de su innecesaridad, y ello cualquiera que sea la forma en que finalmente la segregación tenga acceso al Registro, ya que, aunque se hubiera producido mediante el expediente de dominio para la reanudación de tracto sucesivo, si este está dirigido, como en el caso presente, a parte de la finca inscrita que en su día se segregó, deben cumplirse los requisitos exigidos por la legislación urbanística y aportarse licencia de segregación o certificación del Ayuntamiento de innecesaridad de la misma (arts. 26.2 de la Ley de Suelo y 78 del Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio). Ahora bien, dicho requisito deberá acreditarse en el momento de la inscripción de segregación efectuada, por lo que si se hubiese admitido la extensión de la anotación preventiva de incoación del expediente su exigencia habría debido demorarse hasta la presentación de la resolución que le ponga fin.

Según reiterada doctrina de este Centro Directivo (*vid.*, por todas, Resoluciones de 22 de octubre de 2012 y 22 de febrero y 9 de julio de 2014), para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al Notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el Notario deberá hacer constar

en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación. De acuerdo a la misma doctrina citada, el Registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el Notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Consecuentemente, en el presente caso no puede entenderse que en la escritura calificada se hayan cumplido íntegramente los requisitos que respecto de la preceptiva emisión del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas exigen el mencionado artículo 98 de la Ley 24/2001 y el RN para que dicho instrumento público produzca, por sí solo, los efectos que le son propios; ya que el Notario autorizante, a la hora de formular el juicio de suficiencia, no reseña ni identifica las facultades que se pretenden ejercitar.

Resolución de 1-6-2017
(*BOE* 24-6-2017)
Registro de la Propiedad de Jumilla

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA INMATRICULACIÓN: RÉGIMEN ANTERIOR A LA LEY 13/2015.

Como ha reiterado asimismo esta Dirección General, el Registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros Registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación.

En el marco del antiguo expediente de dominio el Registrador solo emitía su juicio sobre la identidad de la finca al expedir la certificación a que se refería la regla segunda del artículo 201 de la LH, certificación que constituía un requisito procedimental de estos expedientes, correspondiendo al Juez la valoración final de su contenido. En estos supuestos en que el Registrador haya expresado dudas al expedir la certificación, es preciso que el auto judicial desvirtúe tales dudas o aclare, en su caso, la inexistencia de una situación de doble inmatriculación o de confusión sobre la identidad de la finca, previa audiencia de las personas que puedan tener algún derecho según la certificación registral, sin que baste al efecto el auto genérico aprobando el expediente (*vid.,* por analogía, el art. 306 del RH). Si estas dudas no se han expresado por el Registrador al expedir la certificación, no puede pretender plantearlas al presentarse a inscripción el auto judicial aprobatorio del expediente de dominio (cfr. Resolución de 4 de febrero de 2012), salvo que en tal momento, y con carácter de excepción a la citada regla general, el Registrador tenga no ya dudas, sino la certeza de que la finca que se pretende inmatricular ya está inmatriculada, en cuyo caso debe primar la exigencia institucional de evitar tales situaciones, dada la quiebra que la solución contraria supondría del sistema de seguridad jurídica que debe proporcionar el

Registro de la Propiedad, incluso en el caso de haberse expedido una certificación errónea (cfr. Resoluciones de 7 de noviembre de 2000, 29 de mayo de 2002, 11 de junio de 2013 y 25 de noviembre de 2013). También se ha señalado como salvedad a tal regla general aquellos casos en que el Registrador que emitió la certificación inicial que permitió iniciar el expediente sea distinto de quien va a practicar la inscripción.

Respecto al defecto relativo a la falta de coincidencia de la descripción de las fincas en el auto y la que resulta de las certificaciones catastrales, el artículo 53, apartado Siete, de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (hoy derogado), exigía para toda inmatriculación que se aportase, junto al título inmatriculador, «certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de esta en dicho título». Tras la derogación de dicha norma por la Ley 13/2015, de 24 de junio, el contenido de dicha exigencia se ha trasladado al artículo 203 que regula el nuevo expediente notarial para la inmatriculación y también a la inmatriculación por doble título traslativo prevista en el artículo 205. Coincidencia total que también se deduce del artículo 9.b) de la LH, ya que la inmatriculación es un supuesto de incorporación-coordinación obligatorio en relación a la representación gráfica georreferenciada.

Resolución de 1-6-2017
(*BOE* 24-6-2017)
Registro de la Propiedad de Lorca, número 3

BASES GRÁFICAS: PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH.

Debe decidirse en este expediente si es inscribible una representación gráfica alternativa elaborada por técnico, una vez tramitado el expediente del artículo 199 de la LH. El Registrador suspende la inscripción a la vista de la oposición formulada por dos titulares registrales colindantes, que ponen de manifiesto la posible invasión de las fincas registrales de las que son titulares.

Como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del Registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados (Resoluciones de 8 de octubre de 2005, 2 de febrero de 2010, 13 de julio de 2011, 2 de diciembre de 2013, 3 de julio de 2014, 19 de febrero de 2015 y 21 de abril de 2016, entre otras). En el presente caso, y aunque no con la claridad que sería deseable, resultan fundadas las dudas del Registrador en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes inscritas, con posible invasión de las mismas. Dudas que quedan corroboradas con los datos y documentos que obran en el expediente.

Toda vez que existen dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, podrá acudirse a la previsión que a este efecto se contiene en el artículo 199: «si la incorporación de la certificación catastral descriptiva y gráfica fuera denegada por la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas, el promotor podrá instar el deslinde conforme al artículo siguiente, salvo que los colindantes registrales afectados hayan prestado su consentimiento a la rectificación solicitada, bien en documento público, bien por comparecencia en el propio expediente y ratificación ante el Registrador, que dejará constancia documental de tal circunstancia, siempre que con ello no se encubran actos o negocios jurídicos no formalizados e inscritos debidamente».

Resolución de 1-6-2017
(*BOE* 24-6-2017)
Registro de la Propiedad de Sant Mateu

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Como es doctrina reiterada de este Centro Directivo (Resoluciones de 19 de noviembre de 2015 y 4 de mayo, 27 de junio y 14 de noviembre de 2016), en la nueva redacción del artículo 205 de la LH, introducida por la Ley 13/2015, el legislador ha dado un paso más allá, pues, como señala en su Exposición de Motivos, procede a regular de manera más minuciosa la inmatriculación mediante título público de adquisición del antiguo artículo 205, con nuevos requisitos. Con la nueva redacción legal, no se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público, que es una especie concreta y especialmente cualificada dentro del amplio género de los documentos fehacientes, y, además, se exige que dicha adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador. Nótese que dicho lapso temporal mínimo de un año ha de computarse, no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior, sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento del título traslativo posterior. Por otra parte, cabe plantearse la cuestión de si, cuando la Ley exige que los otorgantes del título público traslativo «acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público», ese complemento circunstancial «mediante título público» se refiere al verbo acreditar o al verbo adquirir. Es decir, surge la cuestión de si cabe la posibilidad de que mediante título público, no adquisitivo, sino meramente declarativo, se acredite el hecho y el momento de haberse producido una adquisición anterior. Y parece razonable considerar que tal posibilidad resulta efectivamente admitida por la nueva redacción legal, de modo que, por ejemplo, cuando tal adquisición anterior se acredite mediante una sentencia declarativa del dominio en la que la autoridad judicial considere y declare probado el hecho y momento en que se produjo una adquisición anterior, la fecha declarada probada de esa adquisición anterior puede ser tomada como momento inicial del cómputo del año a que se refiere el artículo 205.

Se debe interpretar que en los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, el plazo de un año a que se refiere el artículo 205 se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia, momento desde el cual se puede entender adquirida por el heredero la posesión y por ende la propiedad de los bienes hereditarios, y no necesariamente desde el otorgamiento del título público de formalización de la aceptación y adjudicación de herencia. En el caso de este expediente, es indiferente cuál de estas dos fechas se tome como referencia, pues en ningún caso ha transcurrido el repetido plazo de un año.

Resolución de 2-6-2017
(*BOE* 24-6-2017)
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 5

PRINCIPIO DE ROGACIÓN: ALCANCE DE LA PRESENTACIÓN DEL DOCUMENTO.

En el presente caso se emite una nota de despacho en la que se indican determinados extremos del documento que no han accedido al Registro, con una sucinta motivación jurídica. Por tanto no cabe sino concluir que la actuación registral enjuiciada es sin duda una calificación sujeta a las reglas generales que permiten que sea objeto de recurso, pues de otro modo se causaría indefensión al interesado.

Como ya ha indicado este Centro Directivo, en base al artículo 425 RH, la sola presentación de un documento en el Registro implica la petición de la extensión de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse, siendo competencia del Registrador la determinación de cuáles sean estos, sin que el principio registral de rogación imponga otras exigencias formales añadidas. Por ello, en coherencia con lo anterior, los artículos 19 bis de la LH y 434 de su Reglamento prevén que en caso de calificación negativa parcial del documento presentado, el Registrador debe notificar el defecto por él apreciado, a la vista de lo cual el presentante o el interesado podrán solicitar la inscripción parcial del documento, sin perjuicio de su derecho a recurrir en cuanto a lo no inscrito.

En el caso de este expediente el Registrador expresa en la nota que no se solicita expresamente la modificación de la descripción. El planteamiento del Registrador no puede acogerse favorablemente, ya que la mera presentación de la documentación en el Registro lleva implícita la solicitud de inscripción, y en dicha presentación y correlativa solicitud de inscripción se debe entender comprendido el conjunto de operaciones y asientos registrales de que el título calificado sea susceptible, «salvo que expresamente se limite o excluya parte del mismo» (cfr. art. 425 del RH antes transcrito), exclusión expresa que en el presente caso no se ha producido.

De los datos que resultan del título resulta evidente la falta de correspondencia entre la descripción de las fincas en el Registro y la que resulta de la certificación catastral aportada. Por tanto, la actuación del Registrador ha sido correcta al advertir en la nota de despacho la falta de documento acreditativo de la referencia catastral en los términos indicados por la legislación aplicable.

Resolución de 5-6-2017
(*BOE* 28-6-2017)
Registro de la Propiedad de Torrevieja, número 1

PRINCIPIO DE ROGACIÓN: INSCRIPCIÓN PARCIAL.

Comenzando por el primero de ellos, esto es, la exigencia de que los interesados soliciten expresamente la inscripción de la venta de cada una de las tres fincas, separada e independientemente de la agrupación, lo cierto es que este obstáculo puesto de manifiesto por el Registrador es plenamente congruente con las exigencias propias del procedimiento registral. Es principio general que la actuación del Registrador de la Propiedad, en consonancia con el carácter vo-

luntario y declarativo (como regla general) de las inscripciones, ha de ser rogada (salvo casos excepcionales), de modo tal que no puede aquel practicar asientos o inscripciones distintos de los formalizados en los títulos calificados mientras no conste la voluntad expresa de los interesados (Resoluciones de 13 de enero de 1995, 20 de julio de 2006, 12 de enero de 2012 o 13 de diciembre de 2013, entre otras). En el caso de este recurso no resulta de la documentación presentada que los interesados soliciten de forma explícita la inscripción de la venta de las fincas de forma independiente de la de la agrupación, sino más bien todo lo contrario.

No obstante lo anterior, las circunstancias concurrentes en el caso imponen que el defecto expresado por el Registrador no pueda ser mantenido. En primer lugar, tanto la escritura de aceptación y partición de herencia, en la que se formaliza la agrupación, como la escritura de compraventa (ambas presentadas junto con el acta negativamente calificada) contienen una petición expresa de inscripción parcial de las mismas en caso de calificación negativa de alguna cláusula o pacto, de conformidad con lo previsto por el artículo 19 bis de la LH. Por lo demás, toda posible duda que pudiera haber en relación con los términos de las peticiones de inscripción parcial contenidas en las escrituras y en el acta calificadas decaerían si se tiene en cuenta que en el escrito de recurso los interesados solicitan expresamente la inscripción separada de la venta de cada una de las fincas agrupadas para el caso de que el Registrador entienda que procede denegar la inscripción de la agrupación.

El segundo de los defectos expresados en la calificación, relativo a la exigencia de la ratificación de las personas representadas por los comparecientes en el acta, tampoco puede mantenerse. En primer lugar, la representación invocada en el acta tiene su origen en la escritura de compraventa otorgada por los adjudicatarios vendedores y los compradores comparecientes en el acta. Pero es que, en segundo lugar, tal consentimiento adicional de los vendedores, o de al menos uno de ellos, para practicar la inscripción parcial, en el presente expediente, no es necesario. El artículo 19 bis de la LH parte en su segundo párrafo del presupuesto de que la inscripción parcial debe solicitarla el interesado. Las personas que ostentan la condición de interesadas no son otras que las enumeradas en el artículo 6 de la LH.

Resolución de 5-6-2017
(*BOE* 28-6-2017)
Registro de la Propiedad de El Ejido, número 1

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: VALOR DE TASACIÓN A EFECTOS DE SUBASTA.

En el presente caso, consta recogido en el asiento registral respectivo el precio pactado para subasta de 75.557,04 euros, al que se llegó tras pactar modificar al alza el precio inicialmente estipulado. Tal modificación al alza es la que consta inscrita, y por tanto, la única vigente al tiempo de interponerse la demanda de ejecución hipotecaria. Y además, tal cifra es también la que expresaba la propia demanda de ejecución y la que expresó la certificación registral de cargas expedida para tal procedimiento de ejecución. Por lo tanto, como también se dijo en la citada Resolución de 24 de abril de 2017, «dicho precio fue el único que debió tomarse en consideración en el procedimiento de ejecución directa contra el bien hipotecado». Y sin embargo, mediante diligencia de ordenación de fecha 15 de mayo de 2009 se acordó sacar el bien a subasta por un importe de 53.910,79 euros.

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, la facultad del acreedor hipotecario para instar la enajenación forzosa del bien objeto de garantía, cualquiera que sea el procedimiento que elija para ello, forma parte del contenido estructural o esencial del derecho real de hipoteca; pero, como contrapartida, es preciso que el ejercicio del «*ius distrahendi*» se acomode estrictamente a los requisitos y trámites procedimentales legalmente establecidos. Uno de dichos trámites es el de la expedición de la certificación de dominio y cargas prevista, a efectos de la ejecución hipotecaria, en el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, expedición de la que el Registrador dejará constancia en el folio registral mediante nota marginal en la inscripción de hipoteca, con indicación de su fecha y de la existencia del procedimiento a que se refiere, según ordena el apartado 2 del mismo precepto.

Resulta, en consecuencia, de todo punto necesario que, en relación con esta nota marginal, se cumpla el principio general de concordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral (arts. 40 y 131 de la LH y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que impide que acceda al Registro cualquier título que resulte contradictorio con la situación de pendencia del procedimiento de ejecución, con todas sus secuelas civiles, procesales y registrales, que publica dicha nota, en tanto esta se encuentre en vigor; así como aquellos otros que supongan una vulneración del antes citado artículo 130 de la LH en cuanto a los extremos que debieran haber servido de base a la ejecución. Por lo tanto, queda fuera de toda duda que, con carácter general, el haber sacado el secretario judicial a subasta un bien hipotecado por un tipo inferior al pactado por el dueño de la finca e inscrito registralmente a tal efecto, constituye un vicio procesal que sí ha de ser calificado como defecto por el Registrador pues afecta y menoscaba la posición jurídica tanto del titular registral de la finca, como del titular registral de la hipoteca.

El informe emitido por la letrada de la Administración de Justicia indica que, tras la desestimación de anteriores recursos interpuestos por el ejecutado, alegando este precisamente que la finca salió a subasta por un valor inferior al que constaba inscrito, y que por ello la cantidad consignada por el postor fue inferior a la procedente, se promovió de oficio incidente extraordinario de nulidad de actuaciones, pero mediante auto de fecha 5 de octubre de 2015 se acordó no haber lugar a la nulidad, «lo cual determina plenamente la legalidad de las actuaciones». Y que ya no existe posibilidad de interponer recurso alguno en el presente procedimiento ni de instar una nueva nulidad de actuaciones. En el presente caso, no solo consta que el titular registral del dominio de la finca ejecutada ha tenido la posibilidad de defensa procesal y de acceso a la tutela judicial efectiva que le otorgan las leyes, sino que incluso ha hecho uso de esa defensa, pues, como resulta del informe de la Letrada de la Administración de Justicia, el ejecutado consta personado en el procedimiento de ejecución hipotecaria desde un principio.

Por lo tanto, habiéndose alegado el mismo motivo señalado por el Registrador (defectuosa convocatoria de la subasta por un tipo inferior al procedente) como fundamento y objeto de los correspondientes recursos procesales interpuestos por el ejecutado que es el titular registral de la finca, y resueltos estos mediante pronunciamientos judiciales firmes confirmando la validez y no nulidad de la subasta y de la posterior adjudicación, no puede ya el Registrador señalar como defecto para la inscripción esa misma cuestión ya resuelta por el órgano judicial con fuerza de cosa juzgada, pues, conforme a la doctrina de este Centro Directivo, el Registrador no puede revisar ni cuestionar el acierto de pronunciamientos judiciales con fuerza de cosa juzgada.

Resolución de 6-6-2017
(*BOE* 28-6-2017)
Registro de la Propiedad de Guardamar del Segura

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del art. 326 de la LH y en la doctrina de nuestro TS, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de Registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la LH. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la procedencia o no a practicar una cancelación de una anotación preventiva de embargo como consecuencia del ejercicio de una ejecución judicial hipotecaria de una carga preferente, cuestión reservada al conocimiento de los tribunales (art. 66 de la LH).

A la luz de esta doctrina es claro que el recurso no puede prosperar, pues practicados los asientos ordenados por la autoridad judicial como consecuencia del ejercicio de una acción directa contra bienes hipotecados, los mismos se hallan bajo la salvaguardia judicial y no es posible, en el concreto ámbito de este expediente, revisar, como se pretende, la legalidad en la práctica de dichos asientos ni de la calificación positiva previa en que encuentran su fundamento los efectos de legitimación que dichos asientos generan.

Resolución de 6-6-2017
(*BOE* 28-6-2017)
Registro de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana, número 2

PROPIEDAD HORIZONTAL: LEGALIZACIÓN LIBRO DE ACTAS.

El artículo 415 del RH se refiere a la acreditación de la denuncia de sustracción de libro de actas anterior, como medio de permitir la legalización de un libro nuevo sin que se aporte el anterior. En este sentido procedió correctamente el Registrador al legalizar el libro de actas pues actuó conforme a lo dispuesto en el artículo 415.1.a del RH. La nota marginal de legalización del libro de actas que se extendió, una vez practicada, quedó bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo sus efectos mientras no se declare su invalidez en los términos establecidos en la ley, entre los que no se encuentra este recurso (cfr. art. 1 de la LH).

Resolución de 7-6-2017
(*BOE* 28-6-2017)
Registro de la Propiedad de Almendralejo

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: PRÓRROGA.

Parece evidente que el presupuesto necesario para que se pueda hacer constar la prórroga de una anotación preventiva es la existencia de dicha anotación y su vigencia. Si la anotación que se pretende prorrogar ha caducado por el transcurso del plazo de cuatro años al tiempo de la presentación en el Registro

del mandamiento judicial que ordena dicha prórroga, o si con anterioridad se ha producido la cancelación de la señalada anotación, habrá de denegarse la prórroga solicitada.

Los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, de la LH). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., las Resoluciones en «Vistos»), la rectificación o cancelación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. Por tanto, si el recurrente entiende que la cancelación de las anotaciones preventivas cuya prórroga se pretende ahora fue contraria a la ley, debe instar la correspondiente demanda judicial.

Resolución de 7-6-2017
(*BOE* 28-6-2017)
Registro de la Propiedad de Priego de Córdoba

OBRA NUEVA: LIBRO DEL EDIFICIO.

En base al nuevo artículo 202 de la LH se añade un requisito a efectos de inscripción para las declaraciones de obra nueva terminada, esto es, la necesidad de aportar para su archivo el libro del edificio. Y se exige a todo tipo de edificación sean viviendas o industriales (art. 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación). Requisito que viene confirmado por el artículo 9.a) de la LH.

En definitiva, en el caso de este expediente, dados los términos claros e inequívocos del artículo 202 de la LH y del Decreto 60/2010 de la Comunidad Autónoma de Andalucía, impiden excepcionar del requisito del depósito previo en el Registro del libro del edificio respecto del supuesto de autopromoción, excepción, que a diferencia de lo que ocurre con otras exigencias (*v.gr.* seguro decenal), no está contemplada en ninguna norma.

El artículo 202 de la LH antes transcrito, hace referencia a que deberá aportarse para su archivo registral el libro del edificio con la salvedad de que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible. Esta referencia a la antigüedad comprende indudablemente aquellos supuestos de edificaciones que no están sujetas a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, es decir, edificios existentes y obras de nueva construcción para cuyos proyectos se solicitó la correspondiente licencia de edificación, antes su entrada en vigor, el 6 de mayo de 2000 (cfr. disposición transitoria primera de la Ley), supuesto que no concurre en este expediente. En caso de inscribirse la declaración de obra nueva de conformidad con el citado artículo 28.4 de la Ley de Suelo no será exigible el libro del edificio, si bien para ello el interesado debe solicitar proceder de este modo con respeto al principio de rogación. En los demás casos de edificaciones no declaradas al amparo del artículo 28.4 de la Ley de Suelo, sino del apartado 1 de dicho precepto, y que están sujetas a la Ley de Ordenación de la Edificación, será preceptiva la aportación del libro del edificio para su depósito en los términos exigidos en el artículo 202, siempre que el documento, cualquiera que sea la fecha de su otorgamiento, se haya presentado bajo la vigencia de este precepto.

Resolución de 7-6-2017
(*BOE* 28-6-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 29

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE. SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.

En cuanto al primero de los defectos, se trata nuevamente de dilucidar en este expediente si es inscribible una sentencia recaída en procedimiento ordinario en la que se declara adquirida por usucapión determinada finca registral y que se ha seguido contra los desconocidos herederos de uno de los titulares registrales, cuando no consta el nombramiento e intervención de un defensor judicial de la herencia yacente.

El nombramiento del defensor judicial no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa y debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el Juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. No cabe desconocer al respecto la doctrina jurisprudencial (citada en los «Vistos»), en la que se admite el emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, aunque no se haya acreditado su condición de heredero ni por supuesto su aceptación. Solo si no se conociera el testamento del causante ni hubiera parientes con derechos a la sucesión por ministerio de la ley, y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral sería pertinente la designación de un administrador judicial. A la vista del carácter concluyente de los hechos que prueban la posesión del usucapiente, y que en consecuencia como establece el fallo judicial «la entidad demandante es dueña por prescripción adquisitiva de la finca (...) registral inscrita (...) con el núm. 136 (...) en sus veintidós veintitresavas partes adquiridas a sus legítimos propietarios en virtud de escritura pública otorgada ante el Notario de Madrid don Carlos Entrena Palomero, en fecha 30 de abril de 2004», parece una exigencia excesiva la designación de un administrador judicial de la herencia yacente que, en caso de comparecer en el procedimiento, nada podría alegar frente a la rotundidad de los hechos probados.

Aun cuando conste acreditado en tiempo y forma la firmeza de la resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en el «Vistos») según la cual, cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde. En este sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil señala tres plazos de caducidad para el ejercicio de la acción de rescisión de las sentencias dictadas en rebeldía, a contar desde la notificación de la sentencia: un primero de veinte días, para el caso de que dicha sentencia se hubiera notificado personalmente; un segundo plazo de cuatro meses, para el caso de que la notificación no hubiera sido personal, y un tercer plazo extraordinario máximo de dieciséis meses para el supuesto de que el demandado no hubiera podido ejercitar la acción de rescisión de la sentencia por continuar subsistiendo la causa de fuerza mayor que hubiera impedido al rebelde la comparecencia. Por otra parte, el transcurso de tales plazos debe resultar del propio documento presentado a la calificación o bien de otro documento que lo complemente.

Resolución de 9-6-2017
(*BOE* 5-7-2017)
Registro de la Propiedad de Almería, número 3

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: ACREDITACIÓN DE SI LA VIVIENDA ES O NO LA HABITUAL DEL DEUDOR.

Es doctrina de este Centro Directivo que cuando la calificación del Registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo, necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación.

En la actualidad, tras la reforma operada por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, el artículo 21.3 de la LH, con el objeto de ahondar en las medidas de protección de la vivienda habitual, impone que en las escrituras de préstamo hipotecario sobre viviendas se haga constar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque presumiéndose, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble este tendrá condición de vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución. Sin embargo, en los casos de escrituras otorgadas e inscritas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 y ejecutadas conforme a la legislación anterior, toda vez que no necesariamente contenían aquellas por disposición de ley manifestación expresa sobre la condición de la finca hipotecada relativa a ser o no vivienda habitual del deudor, habrá de pasarse por la declaración que sobre el extremo realice el Letrado de la Administración de Justicia que resuelve el procedimiento de ejecución.

Parece entender la Registradora que si se han especificado las cantidades pendientes de satisfacción después de la adjudicación, en tanto el precio de esta ha sido insuficiente para cubrir el total reclamado, es porque se trata de la vivienda habitual del deudor, dado que solo en ese caso sería exigible tal especificación, por exigencia del artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, la necesidad de determinar el saldo pendiente de pago por los diferentes conceptos (principal, intereses ordinarios, intereses de demora y costas devengadas efectivamente durante el procedimiento) resulta con carácter general y respecto de toda clase de bienes de lo establecido en el artículo 654, puntos 1 y 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De lo dispuesto en este precepto se deduce que si el precio de remate de la finca es inferior al importe de lo reclamado, ello no puede significar que el acreedor vea frustradas sus legítimas aspiraciones al cobro íntegro de su crédito (*vid.*, Sentencia de la Sala Primera del TS de 13 de enero de 2015), cobro que podrá instar a través del pertinente procedimiento de ejecución ordinario (art. 579.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Puesto que no consta que en el seno del procedimiento se haya hecho valer por el deudor el carácter habitual de la vivienda, solo puede el Letrado de la Administración de Justicia pronunciarse conforme a lo que resulte en autos y teniendo en cuenta estas circunstancias la expresión «no consta en autos que la finca hipotecada constituya vivienda habitual del deudor», reúne la claridad necesaria a estos efectos. Así resulta además de forma indubitada de la diligencia de ordenación de fecha 18 de mayo de 2015 si bien debió aportarse en un formato

que reuniese todos los requisitos de autenticidad que para su acceso al Registro resulta de lo dispuesto en los artículos 3 de la LH y 34 del RH.

Resolución de 9-6-2017
(*BOE* 5-7-2017)
Registro de la Propiedad de Salou

LEGADO: ENTREGA.

Cuando las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de forma exclusiva, en normas de Derecho catalán o en su infracción, los Registradores deberán remitir el expediente formado a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña, aun cuando se hayan interpuesto ante esta DGRN. Por el contrario, cuando la calificación impugnada o los recursos se fundamenten además, o exclusivamente, en otras normas o en motivos ajenos al Derecho catalán, como es el caso presente, el Registrador deberá dar al recurso la tramitación prevista en la LH y remitir el expediente formado a esta DGRN en cumplimiento del artículo 324 de la LH.

En cuanto a la cuestión de fondo del recurso, cabe recordar que, en el ámbito del Derecho común, el artículo 885 del Código Civil establece que el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para la misma o a los herederos. En concordancia con tales preceptos legales, el artículo 81 del RH dispone lo siguiente: «La inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se practicará en virtud de: a) Escritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario, siempre que no existan legitimarios y aquel se encuentre facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada (...) c) Escritura de entrega otorgada por el legatario (...) y por el heredero o herederos». Por otra parte, como ha recordado este Centro Directivo en Resoluciones de 13 de enero de 2006, 13 de abril de 2009, 4 de julio de 2014 y 4 de marzo y 5 de abril de 2016, la legislación hipotecaria, ya desde la Ley de 1861, ha establecido que tal entrega es necesaria para verificar la inscripción en favor del legatario.

En el ámbito del Derecho sucesorio catalán, establece el artículo 427.22, apartado 3, del Código Civil de Cataluña que «sin consentimiento de la persona gravada o, si procede, de la facultada para la entrega, el legatario no puede tomar posesión, por su propia autoridad, de la cosa o el derecho legados». Y según el apartado 4, «no obstante lo establecido por el apartado 3, el legatario puede tomar por sí solo la posesión del legado si el causante lo ha autorizado, si se trata de un prelegado o si el legado es de usufructo universal, así como en Tortosa si toda la herencia está distribuida en legados». Debe tenerse en cuenta que el testamento debe contener necesariamente institución de heredero (art. 423.1 del Código Civil de Cataluña); y el heredero debe cumplir las cargas hereditarias (art. 411.1 del Código Civil de Cataluña), entre las que se encuentran la entrega de los legados, si bien podrá reducirlos para retener la denominada cuarta falcidia o cuarta hereditaria mínima (*vid.,* arts. 427.40 y sigs. del Código Civil de Cataluña).

Pero en el presente caso no puede confirmarse la conclusión de la recurrente cuando afirma que está facultada para tomar posesión de la cosa legada por el hecho de otorgarle el testador la «facultad de disposición» de dicha cosa. Como sostiene el Registrador en su calificación, tal expresión únicamente puede interpretarse en el sentido de confirmar la naturaleza real y no obligacional del legado.

Resolución de 9-6-2017
(*BOE* 5-7-2017)
Registro de la Propiedad de San Javier, número 2

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: PURGA DE CARGAS POSTERIORES.

Una de las consecuencias directas del procedimiento de ejecución hipotecaria, que resulta de lo establecido en los artículos 134 de la LH y 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es 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. De hecho, como señala el primer inciso del artículo 131 de la LH, esta eficacia cancelatoria alcanza también a las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. Estos supuestos son los regulados en el artículo 695. Por lo tanto, como recuerda la Resolución este Centro Directivo de 19 de febrero de 2016, todas aquellas cargas que no tengan rango preferente a la hipoteca que ha dado lugar a la ejecución han de ser objeto de cancelación. Únicamente pueden subsistir aquellas cargas que sean preferentes a la hipoteca que fundamenta la ejecución y las inscripciones contempladas como excepción en el párrafo segundo del mismo artículo 134.

En el supuesto de este expediente el Registrador se niega a cancelar una anotación que afecta al derecho real de hipoteca que es objeto de ejecución. Se trata de una anotación de existencia de proceso penal, que, según la literalidad del mandamiento judicial que la motivó, tiene el siguiente alcance: «(...) se interesará que sobre esas fincas registrales se anote preventivamente la existencia de un procedimiento penal, con indicación de las personas físicas y las personas jurídicas a las que se investiga por presuntos delitos de (...) y con indicación de que esta finca registral y los derechos sobre la misma podrían verse afectados por el pronunciamiento que sobre la responsabilidad pecuniaria se podría adoptar finalmente en esta litis».

En consecuencia constando anotada la existencia de un procedimiento penal y dado que en su momento no pudo practicarse la anotación de prohibición de disponer, puesto que la persona investigada en el procedimiento no era titular de la finca sino de la hipoteca que la gravaba, no cabe duda que como se ha reflejado anteriormente, existe cierto componente de orden público que no puede ser pasado por alto, prevaleciendo los superiores intereses de los ciudadanos como pueden ser en este caso los penales. También debe tenerse en cuenta en este caso la circunstancia de que entre los encausados en el proceso penal que originó la anotación se encuentra la entidad que ha resultado adjudicataria en el procedimiento de ejecución hipotecaria y aunque ello no implica la identidad entre acreedor y adjudicatario, si justifica el mantenimiento de una medida que evidentemente el actual titular, la sociedad «Iniciativa Única 62, S.L.» no puede alegar desconocer.

Resolución de 9-6-2017
(*BOE* 5-7-2017)
Registro de la Propiedad de Oviedo, número 4

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Debe decidirse en este expediente si es inscribible una representación gráfica catastral y la consecuente rectificación de descripción de finca, poniendo de manifiesto el Registrador dudas de identidad de la finca antes de comenzar la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la LH.

En el supuesto de este expediente existe una disminución de superficie, cuyo tratamiento, como ha reiterado este Centro Directivo, ha de ser idéntico al de los excesos (cfr. Resoluciones de 22 de febrero y 16 de junio de 2003, 3 de enero de 2006 o 30 de enero de 2015), más aún, cuando, tras la reforma de la Ley 13/2015, de 24 de junio, la Ley solo se refiere a rectificaciones descriptivas. El artículo 199 de la LH regula el procedimiento para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro. En todo caso, en este procedimiento será objeto de calificación por el Registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, pues tal y como dispone el artículo 9.b) de la LH «la representación gráfica aportada será objeto de incorporación al folio real de la finca, siempre que no se alberguen dudas por el Registrador sobre la correspondencia entre dicha representación y la finca inscrita, valorando la falta de coincidencia, siquiera parcial, con otra representación gráfica previamente incorporada, así como la posible invasión del dominio público. Se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes».

Como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del Registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. En el presente caso, resultan fundadas las dudas de la Registradora, manifestadas con claridad en la nota de calificación, en cuanto a la existencia de una reiteración de modificaciones descriptivas así como posibles negocios no documentados, según ha quedado expuesto anteriormente.

Resolución de 9-6-2017
(*BOE* 5-7-2017)
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 4

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: PROCEDIMIENTO.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del RH y de las Resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro parte del principio esencial que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, de la LH). Por ello, como ha reiterado

este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011 y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Ciertamente, la legislación hipotecaria diferencia dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: el que exige el acuerdo unánime de los interesados y del Registrador o, en su defecto, resolución judicial, y el que permite la rectificación de oficio por parte del Registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlo a conocer (cfr. art. 217 de la LH y Resolución de 9 de noviembre de 2009). Asimismo, este Centro Directivo ha admitido en diversas Resoluciones (10 de marzo y 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 26 de noviembre de 1992, 10 de septiembre de 2004, 13 de septiembre de 2005, 19 de junio de 2010, 7 de marzo y 2 de diciembre de 2011, y 29 de febrero, 17 de septiembre y 3 y 16 de octubre de 2012) la posibilidad de rectificar el contenido del Registro sin necesidad de acudir al procedimiento general de rectificación antes apuntado, siempre que el hecho básico que desvirtúa el asiento erróneo sea probado de un modo absoluto con documento fehaciente, independiente por su naturaleza de la voluntad de los interesados.

Resolución de 12-6-2017
(*BOE* 5-7-2017)
Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 6

DERECHO FORAL VASCO: PRETERICIÓN.

El artículo 3 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, dice: «El derecho supletorio. 1. En defecto de ley o de costumbre foral aplicable, regirá como supletorio el Código Civil y las demás disposiciones generales». Y la disposición transitoria primera de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco dice: «Conflictos intertemporales. Los conflictos intertemporales entre esta ley y las que deroga se resolverán aplicando las disposiciones transitorias preliminar, 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª y 12.ª del Código Civil».

En cuanto al conflicto de derecho intertemporal, la disposición transitoria duodécima de dicho Código Civil dice: «Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código, pero cumpliendo, en cuanto este lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados: pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código». Referidos a la sucesión objeto de este expediente, recoge el número 4 del artículo 48 de la Ley de Derecho Civil Vasco, que: «La preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento». Por otro lado, el número 2 del artículo 48

del mismo texto legal, establece que: «El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita». Así pues, siendo que en la presente sucesión queda un heredero que es hijo y que absorbe la legítima de todos los descendientes, preteridos o no, y siendo además de aplicación el artículo 48 de la Ley 5/2015 en su número 2, con la literal y rigurosa aplicación de las normas, nada pueden reclamar los otros hijos habidos por el causante, aun cuando eran absolutamente desconocidos por el testador al tiempo del otorgamiento de su testamento.

En cuanto a la segunda de las cuestiones previas se refiere, como ya se ha dicho también subyace en esta herencia un conflicto de derecho interregional: el testamento está otorgado bajo la normativa del Código Civil por un testador que en el momento de su otorgamiento tenía vecindad civil común pero que en el momento de su fallecimiento, por modificación de la ley, tiene vecindad civil foral vasca. Conforme a lo establecido en los artículos 9 y 16 del Código Civil, resulta que aplicado dicho artículo a los conflictos de Derecho interregional, la sucesión se rige por la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento, que ha sido la vasca, si bien el testamento otorgado bajo la vigencia de la vecindad civil común es válido pero las legítimas se ajustan a la vecindad civil vasca que es la que rige la sucesión. Además, en cuanto a la aplicación del artículo 814 del Código Civil como posible fuente de solución del supuesto de este expediente, efectivamente lo resuelve cuando en su último párrafo dice: «A salvo las legítimas, tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador».

Resolución de 12-6-2017
(*BOE* 5-7-2017)
Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario, número 1

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

El artículo 326 de la LH establece que «el recurso deberá 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». El artículo 327 aclara que «el recurso, en el caso de que el recurrente opte por iniciarlo ante la DGRN, se presentará en el Registro que calificó para dicho Centro Directivo, debiéndose acompañar a aquél el título objeto de la calificación, en original o por testimonio, y una copia de la calificación efectuada». Asimismo indica que «podrá presentarse en los Registros y Oficinas previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, o en cualquier Registro de la Propiedad para que sea inmediatamente remitido al Registrador cuya calificación o negativa a practicar la inscripción se recurre».

Como ya ha declarado este Centro Directivo en reiteradísimas ocasiones, no es el recurso cauce hábil para su impugnación, sino que tal impugnación ha de hacerse mediante demanda ante los tribunales de Justicia contra todos aquellos a los que la inscripción practicada conceda algún derecho. No obstante, este Centro Directivo considera conveniente señalar: —Que, como ya se ha indicado, la interposición del recurso ante este Centro Directivo no es el medio adecuado

para manifestar la oposición a una inmatriculación ya practicada. —Que si la ahora recurrente considera que la inmatriculación practicada es incorrecta y resulta lesionada por ella, puede promover la rectificación del Registro conforme al artículo 40 de la misma Ley.

Resolución de 12-6-2017
(*BOE* 5-7-2017)
Registro de la Propiedad de Málaga, número 3

REQUISITOS FISCALES: CIERRE REGISTRAL.

Establece el artículo 254.1 de la LH 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 ITP y AJD. Esta última disposición se desarrolla por los artículos 122 y 123 del Reglamento del ITP y AJD, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo.

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 (aparts. 2 a 4 del art. 104 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) o declara 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 superior a no existir razones superiores para ello (por ejemplo, cfr. art. 118 de la Constitución) o tratarse de un supuesto en el que se esté incurriendo en la exigencia de un trámite desproporcionado que pueda producir una dilación indebida (*vid.*, por todas, las recientes Resoluciones de 3 y 10 de octubre y 27 de noviembre de 2014).

La cuestión de la tributación de la usucapión no ha sido pacífica ni en la jurisprudencia ni en la propia doctrina de la Dirección General de Tributos que en consultas vinculantes V0735-11 de 23 de marzo de 2011 y V2177-12 de 14 de noviembre de 2011 resolvió en sentido contrario entendiendo que el reconocimiento de dominio que va implícito en la declaración de adquisición debía ser objeto de tributación. Por lo tanto, conforme a lo anteriormente expuesto, esta situación no puede desvirtuar el principio básico antes señalado en los artículos 254 de la LH y 54 del Texto refundido de la Ley del ITP y AJD, y en el artículo 122 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo.

Resolución de 12-6-2017
(*BOE* 5-7-2017)
Registro de la Propiedad de Ourense, número 3

HIPOTECA UNILATERAL: CANCELACIÓN. PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL: ORDEN DE CALIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS PRESENTADOS.

La cuestión de fondo se refiere a si es posible cancelar una hipoteca unilateral no aceptada constituida a favor de Agencia Estatal de Administración Tributaria sin que conste el consentimiento del acreedor designado ni el requerimiento a que se refiere el artículo 141 de la LH. La Resolución de 17 de junio de 2013, afirma lo siguiente: «La operatividad de la cancelación de las hipotecas unilaterales no aceptadas se deduce con claridad del régimen establecido en el artículo 141 párrafo segundo de la LH y 237 de su Reglamento: solo puede cancelarse la hipoteca unilateral, a petición del dueño de la finca y expresando su consentimiento en escritura pública, sin necesidad de consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó (y por tanto sin seguir la regla general de consentimiento del titular registral del derecho, que se establece en el art. 82 de la misma Ley), cuando transcurran dos meses desde el requerimiento que le hayan realizado los deudores para que realice la aceptación sin que esta haya tenido lugar. A este respecto, es doctrina de este Centro Directivo (*vid.*, las Resoluciones de 4 de abril de 1991, 23 de octubre de 2008 y 4 de marzo de 2010) que, conforme a los artículos 141 de la LH y 237 del RH, no es bastante el conocimiento de la hipoteca por el acreedor favorecido para que, desde entonces, se empiece a contar el plazo de los dos meses a que estos preceptos se refieren, ya que para que empiece a correr este plazo se necesita una especial intimación o requerimiento en el que se determinará expresamente que transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación, la hipoteca podrá cancelarse a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona en cuyo favor se constituyó. Se trata, con esta cautela, de avisar al favorecido no solo de la existencia de la formalización de la hipoteca sino también del carácter claudicante de esa situación registral».

De la regulación legal y de la doctrina que al respecto ha elaborado esta Dirección General resulta: a) que la hipoteca unilateral existe desde su inscripción; b) que, en caso de no aceptación, la Ley contempla un procedimiento especial para procurar su cancelación, y c) que tal procedimiento exige una solicitud del titular del derecho hipotecado en escritura pública, la práctica de un requerimiento al designado como acreedor en la inscripción, y el transcurso de dos meses desde su práctica sin que resulte del Registro la aceptación de la hipoteca. La regulación administrativa no regula en absoluto ni los requisitos o efectos civiles de las garantías presentadas ante la Administración ni los requisitos ni efectos de su extinción, precisamente por ser cuestiones todas ellas cuya regulación se reserva a normas de orden civil. Procede, en definitiva, la confirmación del defecto y la desestimación del recurso en cuanto a la cuestión de fondo.

Con independencia de si un asiento anterior consta o no prorrogado, la calificación no puede llevarse a cabo sino desde que la situación del Libro Diario lo permite por haber caducado el asiento anterior o por haber sido el documento anteriormente presentado objeto de despacho. El fundamento es el mismo en ambos supuestos: dado que el Registrador debe calificar en función del estado del Registro, hasta que cese la indeterminación derivada de la exis-

tencia de un asiento anterior pendiente de resolución favorable o desfavorable, no puede emitirse decisión respecto al presentado posteriormente. Pero para que así ocurra es imprescindible que el asiento anterior impida, como consecuencia de su contenido, el despacho del posterior o, lo que es lo mismo, que el asiento posterior se refiera a una situación jurídica que resulte incompatible de llevarse a cabo la inscripción del primero. Así resulta de lo establecido en el artículo 17 de la LH.

En el supuesto que da lugar a la presente los asientos de presentación a que se refiere el acuerdo de la Registradora son: en primer lugar, un asiento anterior relativo a la solicitud de cancelación de hipoteca unilateral, asiento que se encuentra en prórroga como consecuencia de la calificación negativa objeto de esta resolución; en segundo lugar, un asiento posterior en virtud del cual el titular registral del dominio constituye derecho real de opción de compra a favor de tercero, con la particularidad de que solo respecto a una de las cinco fincas a que el asiento se refiere existe el asiento anterior de solicitud de cancelación de hipoteca. Solo cuando expresamente se solicite podrá considerarse que queda excluido del tratamiento unitario una parte del documento, bien porque se haya solicitado al tiempo de la presentación (art. 425), bien en un momento posterior por desistimiento parcial (art. 433 del RH). Si el presentante de un documento que se refiera a distintas fincas desea que se practique un asiento de presentación respecto de cada una de ellas debe solicitarlo así expresamente al aportar el título al Registro, circunstancia que no resulta se haya producido en este expediente. La solicitud de cancelación de una hipoteca inscrita no impide la calificación y despacho, en su caso, del documento de opción de compra presentado con posterioridad. Es cierto que el contenido del Registro puede ser determinante para el optante a la hora de contratar, pero no es esta la cuestión que se debate, pues con independencia del estado del Registro al tiempo de la presentación no existe obstáculo registral para su calificación y, en su caso, inscripción. Téngase en cuenta que inscrita la opción de compra las vicisitudes anteriores o posteriores que puedan afectar al contenido del Registro (cancelación de la hipoteca previamente inscrita, por ejemplo), repercutirán, en su caso, en el ejercicio del derecho, pero no en su inscripción.

Resolución de 14-6-2017
(*BOE* 6-7-2017)
Registro de la Propiedad de Altea

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: VIVIENDA HABITUAL DE LOS CÓNYUGES.

En la nota de calificación se manifiesta que según la inscripción 7.ª, de ampliación de hipoteca, «(...) su domicilio se encuentra en Partida Plá de la Lloca calle (....)», compareciendo doña M. S. al objeto de asentir. Este domicilio es coincidente con la finca registral cuya anotación preventiva se pretende. Conforme al artículo 144.5 del RH «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».

En el presente expediente, de la inscripción 7.ª, se deduce registralmente, que la vivienda tiene el carácter de vivienda familiar, por lo que será preciso bien que el embargo haya sido notificado al cónyuge del titular registral embargado, o bien que pese a lo que consta en el Registro, del mandamiento resulte que la vivienda no tiene tal carácter, apreciación de competencia exclusiva judicial, sin que ya el Registrador pueda calificar este extremo.

Resolución de 14-6-2017
(*BOE* 6-7-2017)
Registro de la Propiedad de Marbella, número 3

HIPOTECA: EDIFICACIÓN DESCRITA EN LA ESCRITURA PERO NO INSCRITA.

La única cuestión que plantea el presente recurso consiste en determinar si procede o no inscribir un derecho real de hipoteca que se ha constituido sobre una parcela urbanizada inscrita, sobre la que se indica en la parte expositiva de la escritura de constitución de hipoteca que se ha construido una vivienda unifamiliar aislada; todo ello sin que haya tenido acceso a los libros registrales la correspondiente declaración de obra nueva del edificio construido, ni se declare expresamente la misma en la citada escritura de hipoteca, obra nueva cuyos requisitos de inscripción, por otra parte, tampoco se acreditan.

La cuestión objeto de este expediente ha sido ya abordada, entre otras, por las Resoluciones de esta Dirección General de 6 de febrero de 1986 (edificio no inscrito) y 21 de marzo de 1997 (edificio inscrito solo en construcción), según las cuales se encuentra ya resuelta en el artículo 110.1.º de la LH que al tratar de la extensión de la hipoteca solo excluye de su contenido a las nuevas construcciones de edificios donde antes no los hubiere (respecto de los que exige pacto expreso), pero no a las que ya existieran en el momento de constituirse la hipoteca.

No puede entenderse, como hace el Registrador, que las escrituras de constitución de hipoteca en que concurran las circunstancias mencionadas vulneran el principio de especialidad, porque en ellas se concreta sin lugar a dudas la finca registral sobre la que recae el gravamen y, además, se indica que ya existe una edificación construida identificándola adecuadamente. Tampoco se vulnera el principio de tracto sucesivo, porque la finca hipotecada figura inscrita a favor del constituyente de la hipoteca que, en consecuencia, se encuentra legitimado para su constitución.

El problema, en realidad, no radica en la «extensión objetiva de la hipoteca» (arts. 109 a 113 de la LH), sino en la delimitación o determinación del «objeto inicial hipotecado» en el momento de la constitución del préstamo hipotecario (*ex* art. 106 de la LH). El objeto inicialmente hipotecado es, en realidad, la finca registral tal cual exista en la realidad fáctica (solar más construcción) en el momento de constituirse la garantía, aunque no se encuentre inscrita la edificación ni tampoco se la mencione en la escritura de constitución de hipoteca, porque sería una parte integrante de la finca hipotecada y, además, su existencia anterior se puede probar por medios extrarregistrales, llegado el momento de su sujeción. El carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca se ha de entender referido al contenido del derecho real de hipoteca no a su objeto. El hecho de que el certificado de tasación incluya la valoración de una edificación terminada, no significa que la obra nueva de la misma deba inscribirse obligatoriamente en el Registro de la Propiedad.

En este caso la sociedad tasadora ha constatado como discrepancias entre la finca gravada en la realidad física y su descripción registral que falta la inscripción de la obra nueva de la vivienda unifamiliar, no pone en duda en ningún momento la identidad de la finca, pero es indudable que esa discordancia influye significativamente en la valoración; por lo que condiciona correctamente el valor de tasación a que «queden acreditados registralmente los datos cuantitativos y cualitativos referentes a la edificación que se consideren básicos para su obtención», ya que la falta de inscripción registral de la obra nueva terminada impide que se pueda presumir la legalidad de la edificación y, en consecuencia, su real valor. Por tanto, hasta que no se inscriba la obra nueva o se acredite su realidad fáctica, ese valor de tasación es ineficaz, si bien no es impeditivo de la inscripción de la hipoteca, sino únicamente de la inscripción de los pactos referentes a la ejecución directa de la hipoteca y a su venta extrajudicial. Ahora bien, al afectar el defecto de la falta de tasación a uno de los pactos de carácter esencial de la hipoteca como es la ejecución judicial directa (arts. 1858 del Código Civil, 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 de la LH), no podrá inscribirse la misma mientras el acreedor no consienta expresamente en la inscripción parcial de la hipoteca (arts. 19 bis y 322 de la LH) sin dichas cláusulas, como resulta de la Resolución de 14 de mayo de 2015 y demás citadas en los «Vistos».

Resolución de 14-6-2017
(*BOE* 6-7-2017)
Registro de la Propiedad de Córdoba, número 2

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DOMICILIO Y TASACIÓN.

Esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse en distintas ocasiones sobre la circunstancia de que del contenido de la inscripción de hipoteca no resulte la existencia de los pactos de tasación y/o domicilio a que se refiere el artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las partes son libres de sujetar el ejercicio del derecho real de hipoteca al régimen general previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la LH para su ejecución o bien de pactar que, además, se pueda ejecutar el derecho real por los trámites de la acción directa contra el bien hipotecado y/o por los trámites de la venta extrajudicial ante Notario.

En consecuencia, cualquiera que sea la causa, si la inscripción no contiene un domicilio y/o tasación en los términos expresados en el precepto, la ejecución de la hipoteca no puede llevarse a cabo por los trámites de la ejecución directa. No procede en consecuencia que, como pretende el escrito de recurso, esta Dirección General lleve a cabo pronunciamiento alguno relativo a si la inscripción en su día practicada lo fue correctamente o no. El contenido del asiento está bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 de la LH), por lo que no resultando del mismo los requisitos precisos para el ejercicio de la acción directa (art. 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el Registrador no puede llevar a cabo un trámite de dicho procedimiento como es la expedición de la certificación prevista en el artículo 688 del mismo cuerpo legal y la práctica de la nota marginal, por existir un obstáculo registral (art. 18 de la LH).

Resolución de 15-6-2017
(*BOE* 6-7-2017)
Registro de la Propiedad de Almodóvar del Campo

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La Ley 13/2015 ha introducido un nuevo procedimiento que resulta hábil para obtener la inscripción de rectificaciones descriptivas, como es el regulado en el nuevo artículo 199 de la LH, cuya tramitación se atribuye a los Registradores de la Propiedad, el cual puede ser utilizado para inscribir la representación geográfica de una finca previamente inmatriculada, tanto si la descripción, superficie y linderos que consten en su descripción literaria fueran inicialmente coincidentes con la representación geográfica cuya inscripción se pretende, como si necesitaran ser rectificados para acomodarse a ella, y ello incluso cuando la magnitud de la rectificación superficial excediera del diez por ciento de la superficie inscrita o se tratase de una alteración de linderos fijos, pues, por una parte, la redacción legal no introduce ninguna restricción cuantitativa ni cualitativa al respecto.

Ha sido definido el exceso de cabida en numerosas ocasiones por este Centro Directivo, considerando que el mismo, en relación a su naturaleza y alcance, y en base a los argumentos legales correspondientes, puede configurarse como aquel procedimiento y solución en el que se hace constar en los libros la correcta extensión y descripción de la finca como base del Registro. Tras la reforma operada por la Ley 13/2015 también es indiscutible que para proceder a cualquier rectificación de la descripción es preciso que no existan dudas sobre la realidad de la modificación solicitada. En todo caso, será objeto de calificación por el Registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Por tanto, las dudas 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 se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 de la LH y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016).

En el presente caso, resultan fundadas las dudas de la Registradora en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes inscritas, con posible invasión de las mismas.

Resolución de 19-6-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro de la Propiedad de Borja

DERECHO FORAL DE ARAGÓN: BIENES TRONCALES.

El Código de Derecho Foral de Aragón recoge en los artículos 527 y 528 qué son bienes troncales, que los divide en simples y de abolorio, disponiendo en el artículo 528, que son bienes troncales simples los adquiridos por título gratuito de ascendientes o colaterales hasta el sexto grado, y conforme el 527, son bienes troncales de abolorio todos aquellos que hayan permanecido en la casa o familia del causante durante las dos generaciones anteriores a la suya, cualquiera que sea su procedencia y modo de adquisición inmediatos. Por otro lado, dispone el artículo 528.2 del Código de Derecho civil foral aragonés que: «Se exceptúan

los que el causante hubiera adquirido de uno de sus padres procedentes de la comunidad conyugal de ambos cuando según las reglas de la sucesión no troncal le correspondiera heredar al otro progenitor». La excepción del apartado segundo del artículo 528, supone que dicho precepto no puede aplicarse sino en el caso de proceder el llamamiento sucesorio a favor del padre o madre del causante.

Resolución de 19-6-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro de la Propiedad de Leganés, número 2

TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO INSCRIBIBLE.

Como es sabido, y así ha tenido consideración de pronunciarse al respecto este Centro Directivo, el convenio regulador como negocio jurídico —tanto en su vertiente material como formal— propio y específico, goza de una aptitud privilegiada a los efectos e permitir su acceso a los libros del Registro. Si bien no deja de ser un acuerdo privado, la preceptiva aprobación judicial del mismo y el reconocimiento que se le confiere en los artículos 90 y siguientes del Código Civil, establecen un marco válido para producir asientos registrales definitivos, siempre que las cláusulas del mismo no excedan de su contenido típico y normal, como pudiera predicarse de la liquidación del régimen económico matrimonial. En otro sentido, la mera homologación judicial de un acuerdo privado relativo a un proceso, que iniciado por demanda, acaba en acuerdo transaccional no puede ni debe tener acceso al Registro, tal y como ha consolidado este Centro Directivo en su doctrina más reciente y reiterada, debiendo ser objeto de elevación a escritura pública notarial si se pretende su incorporación a los libros del registro.

Tal y como se ha analizado en el primero de los fundamentos de Derecho, nos encontramos —formalmente— ante un certificado de la Letrada de la Administración de Justicia comprensivo de una sentencia en la que, y transcribiendo el fallo, «estimando parcialmente la demanda (...), se aprueba el acuerdo alcanzado por las partes el día (...) y ratificado a presencia judicial el día (...), a cuyo contenido nos remitimos dada su extensión, y que pasa a formar parte de la presente resolución». De los antecedentes de hecho que sirven de base a la sentencia no resulta en ningún caso la relación de este proceso con el previo de nulidad, separación o divorcio. La evidente falta de conexión entre la acción ahora entablada que conlleva a la liquidación de la sociedad conyugal con una situación de crisis matrimonial despojan a este nuevo documento de su excepcional habilitación para el acceso al Registro del mismo, al no poder ser considerado como parte del convenio inicialmente propuesto pero no realizado.

Resolución de 20-6-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro de la Propiedad de Guadix

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: INMATRICULACIÓN DE UNA CUEVA.

En primer lugar se plantea la posibilidad de inmatricular una edificación que se describe como cueva, manifestando la Registradora dudas al respecto sobre

la titularidad del terreno que se encuentra sobre la misma o de la posibilidad de que se encuentre ubicada bajo caminos públicos. Distintas Resoluciones admiten segregar un volumen edificable en el subsuelo, desconectándolo totalmente de la superficie terrestre, si bien no siempre y necesariamente debe acudirse en tales casos a una segregación de los terrenos subyacentes, sino que puede bastar una mera delimitación del distinto régimen jurídico aplicable a cada volumen.

Lo señalado en las citadas Resoluciones para la segregación es aplicable al caso de pretenderse la inmatriculación de una vivienda cueva como es el caso de este expediente. Para ello será necesario, en respeto del principio de especialidad, la delimitación del volumen al que se contrae el objeto de derecho, lo que podrá hacerse añadiendo a las coordenadas georreferenciadas de los vértices las cotas que determinen la situación exacta en el plano vertical. Asimismo se precisará que tal dominio no resulte contradicho con otro que previamente haya accedido al Registro, como podría suceder si estuviera ya inmatriculada la superficie de suelo existente sobre la cueva sin limitación en cuanto al subsuelo, pues el artículo 205 de la LH solo permite la inmatriculación siempre que no estuvieren inscritos los mismos derechos a favor de otra persona. No constando manifestadas dudas respecto a fincas inmatriculadas que se superpongan a la edificación cueva y al pretenderse la inscripción no solo del volumen subterráneo sino también de la superficie de suelo sobre el mismo (según resulta del recurso y del informe), la cuestión de la configuración de la extensión del dominio en sentido vertical en realidad ha quedado excluida del objeto de este recurso.

En cuanto a las dudas de coincidencia de la finca con caminos, que ni siquiera se determina si son públicos, la Registradora debe actuar c informe ordena el artículo 205 de la LH.

El artículo 205 de la LH exige que «exista identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos a juicio del Registrador y, en todo caso, en la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada al efecto». En el caso de este expediente se actualiza la descripción de la finca en el título inmatriculador sin que la Registradora haya planteado la cuestión relativa a la identidad entre dicho título y el que acredita la previa adquisición. De la certificación catastral resulta una descripción aparentemente coincidente, ya que se expresa una superficie gráfica de 249 m^2 y una superficie construida de la edificación de 64 m^2.

Resolución de 20-6-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro de la Propiedad de Gérgal

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: PURGA DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS INSCRITOS CON POSTERIORIDAD.

Una de las consecuencias directas del procedimiento de ejecución hipotecaria, que resulta de lo establecido en los artículos 134 de la LH y 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es 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. Cuando se concierta un contrato de arrendamiento sobre una finca que consta hipotecada, las partes lo hacen partiendo de

que la titularidad está afectada por un derecho real que puede provocar la pérdida del dominio en caso de ejecución. Una de las causas que la Ley establece como determinante de la extinción del contrato de arrendamiento es precisamente la resolución del derecho del arrendador (art. 24.g). La subrogación «*ex lege*» del adquirente de una finca en la posición del transmitente arrendador que establece el artículo 22.1 de la Ley, requiere una interpretación estricta, en tanto que, en contra de un principio general de nuestro sistema de contratos (cfr. art. 1257 del Código Civil). No resultaría lógico que la ejecución hipotecaria comportara la extinción de verdaderos derechos reales de goce sobre la cosa, constituidos después de la hipoteca ejecutada, como el usufructo, la enfiteusis o la superficie, y que, en cambio, debieran subsistir derechos a los que no corresponde tal carácter.

Por todo ello, los arrendamientos rústicos inscritos después de una hipoteca, no pueden constituir una excepción al principio general de purga de titularidades y cargas posteriores, que constituye uno de los pilares esenciales del derecho real de hipoteca.

Estando el arrendamiento inscrito con posterioridad a la hipoteca, el arrendatario necesariamente va a tener noticia de la ejecución, bien por comunicación del propio Registrador al expedirse la certificación de cargas, bien si accede al Registro el arrendamiento con posterioridad a su expedición, por la nota marginal correspondiente que le permite tener conocimiento de la ejecución hipotecaria en curso. Por lo tanto es en sede del procedimiento donde el arrendatario debe hacer valer sus derechos.

Resolución de 20-6-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro de la Propiedad de Aldaia

TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO INSCRIBIBLE.

Como es sabido, y así ha tenido consideración de pronunciarse al respecto este Centro Directivo, el convenio regulador como negocio jurídico —tanto en su vertiente material como formal— propio y específico, goza de una aptitud privilegiada a los efectos de permitir su acceso a los libros del Registro. Si bien no deja de ser un acuerdo privado, la preceptiva aprobación judicial del mismo y el reconocimiento que se le confiere en los artículos 90 y siguientes del Código Civil, establecen un marco válido para producir asientos registrales definitivos, siempre que las cláusulas del mismo no excedan de su contenido típico y normal, como pudiera predicarse de la liquidación del régimen económico matrimonial. En otro sentido, la mera homologación judicial de un acuerdo privado relativo a un proceso, que iniciado por demanda, acaba en acuerdo transaccional no puede ni debe tener acceso al Registro, tal y como ha consolidado este Centro Directivo en su doctrina más reciente y reiterada, debiendo ser objeto de elevación a escritura pública notarial si se pretende su incorporación a los libros del Registro.

También ha tenido ocasión de señalar esta Dirección General que en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa escritura pública, por aplicación del artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. Resolución de 9 de diciembre de 2010). La protocolización notarial de la partición judicial, siempre y cuando haya concluido sin oposición, viene impuesta como regla general por el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este criterio, además, es compartido unánimemente por la doctrina,

para quienes la referencia a la sentencia firme contenida en el artículo 14 de la LH se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición. En efecto, el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que la aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante decreto del secretario judicial, hoy Letrado de la Administración de Justicia, pero en cualquier caso ordenando protocolizarlas. Este último supuesto es el que ocurre en este expediente, por lo que no cabe sino confirmar el defecto señalado en la nota de calificación.

Resolución de 21-6-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro de la Propiedad de Villajoyosa, número 2

CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS. URBANISMO: AFECCIÓN POR LOS COSTES DE URBANIZACIÓN.

Como ha reiterado en numerosas ocasiones este Centro Directivo (*vid.*, por todas la Resolución de 5 de marzo de 2014), de acuerdo con la exigencia del artículo 258.5 de la LH, la calificación ha de ser unitaria y global como expresión concreta del principio de seguridad jurídica consagrado en nuestra Constitución (art. 9.3). Las consideraciones anteriores no pueden prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral como es el de legalidad, lo que justifica la necesidad de poner de manifiesto los defectos que se observen aun cuando sea extemporáneamente (cfr. art. 127 del RH y Resoluciones de 5 de marzo de 2014 y 7 de septiembre de 2015). La Ley 24/2005, de 18 de noviembre, modificó la redacción del artículo 327 LH de forma que el recurso únicamente debe trasladarse al Notario autorizante, autoridad judicial o funcionario que expidió el título si no fueran estos quienes hubiesen recurrido, por lo tanto no deben tomarse en consideración las alegaciones emitidas, recordándose al Registrador el carácter imperativo de la regulación legal del recurso contra la calificación registral («*ius cogens*»), a cuyo contenido debe ceñirse.

El hecho de que las fincas no queden afectas urbanísticamente por más de siete años previsiblemente se produce porque el legislador consideró que es un plazo suficiente para la ejecución de la urbanización y para exigir las cantidades correspondientes. Bien es cierto que puede ocurrir y más en situaciones de ralentización de la actividad inmobiliaria como la actual, que dicho plazo resulte insuficiente. Este plazo de caducidad hay que computarlo desde la fecha de inscripción de la afección, si bien dicha cancelación no conlleva la extinción de la obligación legal del propietario de hacer frente a los gastos de urbanización puesto que en tanto que el suelo no haya sido objeto de la completa transformación urbanística está vinculado al pago de los gastos de urbanización por imperativo legal. Ahora bien, respecto a los titulares del dominio u otros derechos reales o cargas cuya inscripción o anotación se haya producido sobre las fincas de resultado, sin intervención en el expediente de equidistribución, y que no se hayan subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización, hay que entender que la afección urbanística solo podrá perjudicarles en la medida en que resulte inscrita y no haya caducado. En consecuencia, no cabe aplicar por analogía la norma de la prórroga prevista para las anotaciones preventivas en el artículo 86 de la LH.

Ahora bien, nada obsta a la extensión de una nueva nota de afección, permitida por otra parte en la legislación autonómica, en caso de producirse una

modificación del proyecto de urbanización que implique a su vez la de las cuotas correspondientes a la reparcelación previamente inscrita, pueda extenderse una nueva nota de afección, y ello con independencia de la envergadura de la modificación operada, pues con ello se consigue que el registro se adecue con exactitud a los cambios efectuados. Siempre, claro está, que la alteración del proyecto cumpla las reglas generales previstas al efecto, entre ellas que hayan sido notificados todos los propietarios y titulares de derechos y cargas de las fincas de que se trata y que dichos acuerdos sean son firmes, habiendo puesto fin a la vía administrativa.

Resolución de 22-6-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 21

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del RH y de las Resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro parte de un principio esencial y que constituye un pilar básico en nuestro Derecho hipotecario que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, de la LH). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., las Resoluciones en «Vistos»), la rectificación o cancelación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Resolución de 22-6-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro de la Propiedad de Viver

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la LH, no pueden tenerse en cuanta para la Resolución del recurso documentos que no se presentaron en el Registro de forma que la Registradora pudiera haberlos examinado a la hora de emitir su calificación.

La doctrina de este Centro Directivo que impone que en los casos de herencias yacentes, toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (Resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014 y 5 de marzo de 2015). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que el nombramiento del defensor judicial no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa y debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos

sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el Juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

En consecuencia, dado que conforme a la documentación presentada no se ha seguido el procedimiento de ejecución con persona alguna en concepto de heredero del titular registral y se ha citado a los posibles herederos mediante edictos, no cabe sino confirmar el defecto advertido en la nota de calificación. Ahora bien, de los documentos presentados junto al escrito de recurso resulta que se han llevado a cabo diversas actuaciones tendentes a cumplir la exigencia de averiguación a que se ha hecho referencia anteriormente, si bien para determinar su eficacia subsanatoria deberán ser objeto de calificación por la Registradora tras su oportuna presentación en el Registro de la Propiedad.

Resolución de 26-6-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro de la Propiedad de Linares

SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO: DISPOSICIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA FIDUCIARIA.

Son hechos relevante en este supuesto: — Que no existen derechos de legítima en ninguna de las dos herencias; — Que en las disposiciones testamentarias del primer causante, se establece la institución de heredero en pleno dominio y con libre disposición de los bienes a la esposa de este, sujeta esta institución a un fideicomiso de residuo para el caso de que no llegara a ser heredera o no dispusiere del todo o parte de la herencia por actos «*inter-vivos*» o «*mortis-causa*».

En la sustitución preventiva de residuo, el fiduciario puede disponer libremente tanto por actos «*inter-vivos*» como «*mortis-causa*», por lo que es un verdadero heredero que no tiene limitada ninguna de sus facultades y solo cuando no haya dispuesto de todos los bienes hereditarios en una y otra forma podrán tener derecho a dichos bienes, los sustitutos instituidos. La cuestión es el momento exigido para que el fiduciario otorgue en su caso, la disposición «*mortis-causa*»*:* si basta cualquier testamento del mismo y en cualquier tiempo, incluso el hecho en vida del fideicomitente; si debe serlo después del otorgamiento del testamento del fideicomitente, como sostiene la Registradora; o si debe serlo una vez abierta la sucesión del fideicomitente, esto es una vez fallecido este. El debate sobre cuándo se ha producido la disposición de los bienes del causante, nos llevaría a efectos perniciosos y contrarios a la naturaleza del testamento, puesto que no hemos de olvidar que se trata de una disposición esencialmente revocable, de manera que hasta el fallecimiento, que es cuando se produce la apertura de la sucesión, quedan en suspenso los efectos de la disposición testamentaria. Ciertamente que la disposición «*mortis-causa*» que se efectúa en el testamento de la fiduciaria, no es una disposición propia de los bienes procedentes de la herencia del primer causante, porque esta no podría disponer por actos «*inter-vivos*» de los bienes que aún no ha heredado, toda vez que la cualidad de heredera, solo la adquiere por el fallecimiento del primer causante, pero esta es la particularidad característica de esta institución y también de los testamentos en general, que se puede testar sobre lo que el testador no puede disponer al tiempo del otorgamiento y sí al tiempo de la apertura de la sucesión. Entender otra cosa sería no admitir ninguna disposición testamentaria de la fiduciaria hecha antes de la apertura de

la sucesión del fideicomitente, lo que desnaturalizaría la figura, más aun en este supuesto en el que fideicomitente y fiduciaria han fallecido a avanzada edad y en corto espacio de tiempo.

El hecho de que la heredera instituida en primer lugar otorgara un testamento, e instituyera herederos en este testamento, trae como consecuencia que la llamada a los herederos preventivos de residuo quedó ineficaz, pero no vacía de contenido, porque pudiera haber ocurrido que los llamados por la fiduciaria no hubiesen tenido capacidad para suceder o hubiesen renunciado a la herencia, en cuyo caso hubiese entrado en juego la sustitución preventiva de residuo.

Resolución de 26-6-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro de la Propiedad de Torrelaguna

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS Y ÁMBITO.

En cuanto al primero de los aspectos debe recordarse que queda resuelto en el artículo 236 de la LH al determinar que «los Registradores expedirán las certificaciones que se les pidan, en el más breve término posible, pero sin que este pueda exceder nunca del correspondiente a cuatro días por cada finca, cuya inscripción, libertad o gravamen se trate de acreditar». En el presente expediente queda acreditado mediante copia de la solicitud correspondiente presentada en el Libro Diario que la misma fue solicitada el jueves día 26 de enero de 2017 a las 13:30 horas, siendo expedida la correspondiente certificación el miércoles día 1 de febrero de 2017. Por tanto, debe concluirse que la misma ha sido debidamente emitida dentro del plazo legal máximo de cuatro días hábiles.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la LH y 332 de su Reglamento, que el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes o derechos inscritos, y que dicho interés se ha de justificar ante el Registrador, que es a quien corresponde apreciar la legitimación del solicitante de la información (cfr. SSTS, Sala Tercera, de 16 de junio de 1990 y 7 de junio de 2001). Este interés ha de ser un interés conocido, directo y legítimo. Tal interés legítimo, en el ámbito del Registro de la Propiedad, ha de probarse a satisfacción del Registrador de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. La aplicación de la normativa sobre protección de datos en el ámbito del Registro implica, entre otras cuestiones, que «los datos sensibles de carácter personal o patrimonial contenidos en los asientos registrales no podrán ser objeto de publicidad formal ni de tratamiento automatizado, para finalidades distintas de las propias de la institución registral. Cuando se ajusta a tal finalidad, la publicidad del contenido de los asientos no requiere el consentimiento del titular ni es tampoco necesario que se le notifique su cesión o tratamiento, sin perjuicio del derecho de aquel a ser informado, a su instancia, del nombre o de la denominación y domicilio de las personas físicas o jurídicas que han recabado información respecto a su persona o bienes». Por lo tanto, aun existiendo interés legítimo en el conocimiento del contenido de los libros del Registro, será el Registrador el que decida qué datos, por tener la consideración de sensibles conforme a lo anteriormente expuesto, deberán quedar excluidos de la información suministrada.

La doctrina del Alto Tribunal reconoce la confluencia de distintas obligaciones en la persona del Registrador a la hora de manifestar los libros que forman

parte de su archivo, obligaciones que pueden parecer contradictorias lo que exige la necesidad de cohonestarlas a fin de que la prestación del servicio se haga en la forma ordenada por la ley sin merma de los especiales deberes que el propio ordenamiento atribuye a los Registradores respecto al deber de custodia, conservación e integridad de los libros a su cargo (art. 332.2 del RH) así como al contenido de la publicidad.

Aplicadas las anteriores consideraciones al expediente que nos ocupa, es claro que la interesada tiene derecho a solicitar la exhibición directa del libro en el que conste la finca a que se refiere su interés, pero con la importante matización de que la exhibición no puede ser del libro físico sino de su reproducción, en todo lo que sea necesario para satisfacer el interés legítimo de la solicitante, excluyendo aquellos asientos que no se refieran a la descripción de la finca y los datos personales especialmente protegidos por la Ley de Protección de Datos.

Resolución de 26-6-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 13

TRACTO SUCESIVO: OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN SOCIETARIA.

Como ha tenido ocasión de señalar esta Dirección General en sus Resoluciones de 9 de octubre de 2014 y 17 de mayo de 2016, tales modificaciones estructurales de las sociedades, «a través de las operaciones de fusión, escisión total o parcial o cesión global de activos, producen, en sus respectivos ámbitos, una sucesión universal en un patrimonio, o en partes de patrimonio, de una sociedad por otra (cfr. arts. 22, 68, 69 y 81 de la Ley 3/2009, de 2 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles). En todos estos supuestos la eficacia de la transformación respectiva se produce con la inscripción en el Registro Mercantil (cfr. arts. 47, 73 y 89.2 de la reseñada Ley 3/2009), y con ello el efecto legal de la transmisión en bloque de todos los bienes, derechos y obligaciones de las sociedades absorbidas, extinguidas, y también de las segregadas a favor de las sociedades beneficiarias. En este sentido no hay duda del carácter constitutivo de la inscripción de tales operaciones en el Registro Mercantil, tal y como ha declarado la STS (Sala Tercera) de 21 de mayo de 2012.

Tratándose de sucesiones universales motivadas por operaciones de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles previamente inscritas en el Registro Mercantil, sus requisitos y operativa de inscripción en el Registro de la Propiedad presenta singularidades, especialmente en relación con el título formal inscribible y con la modalización del principio del tracto sucesivo. La trasmisión ya se ha producido en virtud de la inscripción de la operación en el Registro Mercantil. Lo relevante es que el nuevo titular traslade al Registrador de la Propiedad la voluntad de que se practique la inscripción a su favor del concreto bien o derecho de que se trate; que acredite que se trata de un supuesto de sucesión universal, y que identifique de modo claro el título traslativo, con expresión de todas las circunstancias que para la inscripción se reseñan en los artículos 9 de la LH y 51 del Reglamento, relativas a titulares, derechos y fincas (cfr. art. 21, párrafo primero, de la LH), incluyendo los datos de su inscripción en el Registro Mercantil. Por otro lado, en cuanto al requisito del tracto sucesivo, ningún inconveniente existe para aplicar en este ámbito el principio del tracto sucesivo en su modalidad de tracto abreviado o comprimido. En los supuestos de sucesión

de la entidad acreedora tratándose de operaciones societarias realizadas dentro del proceso de modificación de las estructuras de las entidades que integran el sistema financiero español, regulados por los RR.DD.-Ley 11/2010, de 9 de julio, 2/2011, de 18 de febrero, y 18/2012, de 11 de mayo, aquella solución del tracto abreviado ha cobrado carta de naturaleza normativa en virtud de la disposición adicional segunda de la Ley 8/2012, de 30 de octubre.

Que, por tanto, y salvo que concurran alguna de las excepciones previstas en la escrituras de segregación, se ha de entender que «Banco de Sabadell, S.A.», se ha subrogado en la posición jurídica de «Banco Mare Nostrum, S.A.», en la titularidad de todas las relaciones jurídicas resultantes de los activos integrantes del negocio bancario de esta. De acuerdo con ello, se ha de entender necesario que de la escritura a través de la cual «Banco de Sabadell, S.A.», actúe el contenido de derechos inscritos a favor de «Banco Mare Nostrum, S.A.», resulte que la titularidad de tales derechos se halla incluida en el «perímetro de segregación». Tal circunstancia podrá resultar bien por razón del hecho de que ni de la hoja de finca de que se trate, ni del contenido de la inscripción en el Registro Mercantil de las escrituras de segregación, ni del título presentado a inscribir, resulte circunstancia alguna que permita entender que se trata de algún activo excluido de la segregación, o bien, en caso contrario, porque así se acredite con consentimiento tanto de la parte cedente y titular registral, como cesionaria.

Resolución de 27-6-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro de la Propiedad de Sabiñánigo

PACTO DE RELACIONES FAMILIARES DEL DERECHO ARAGONÉS: TÍTULO INSCRIBIBLE.

Bien clara ha sido la doctrina de este Centro Directivo, como se ha señalado con anterioridad, en cuanto a la imposibilidad de incluir en el convenio —en su vertiente como título inscribible, sin entrar a valorar la validez civil del pacto— estipulaciones relativas a otros bienes extraños al propio régimen económico del matrimonio, o cuya consideración en las operaciones de liquidación escapen a una causa matrimonial o familiar, en cuyo caso debería acudirse al correspondiente otorgamiento de escritura pública notarial, no siendo suficiente su inclusión en el convenio privado aprobado por la autoridad judicial, puesto que dicha aprobación no convierte al convenio en propiamente un título judicial.

La regulación de este pacto —de una forma similar al pacto de relaciones familiares aragonés que en breve analizaremos— se encuadra principalmente en los artículos 748 y 769 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que imponen la debida aprobación de las medidas adoptadas en relación al régimen de guarda y custodia de los hijos comunes, con independencia del tipo de filiación existente —matrimonial o no matrimonial— pero cuyo contenido típico no puede extenderse a la eventual liquidación de las comunidades habidas entre los progenitores sin relación alguna al cumplimiento de los deberes de ejercicio de la guarda y custodia.

Debe entrarse a valorar la normativa concreta aplicable. De conformidad con el artículo 77 del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Ley de 22 de marzo de 2011. La norma foral contempla la posibilidad de elaborar un pacto de relaciones familiares regulador de las consecuencias y efectos de

la ruptura de la convivencia de los progenitores, ya se encuentren los padres unidos por vínculo matrimonial, ya no lo estén, y quedando el mismo sujeto a la preceptiva aprobación judicial. Específicamente se configura la posibilidad de incluir dentro de este pacto «la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial», por lo que la similitud con el convenio regulador de los efectos de las crisis matrimoniales antes visto en el artículo 90 del Código Civil en este aspecto es muy elevada, y debido a ello es posible configurar este pacto de relaciones familiares como un documento inscribible cuando en él se contenga dicha liquidación del régimen económico matrimonial. Pero como se deduce de la literalidad del precepto, el pacto de relaciones familiares del artículo 77 se refiere única y exclusivamente al régimen económico-matrimonial, no al no matrimonial.

Resolución de 27-6-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro de la Propiedad de Sueca

DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE: FINCA QUE LO INVADE.

En diciembre de 2016 se presenta la escritura al Registro de la Propiedad, y el Registrador, tras efectuar la pertinente búsqueda en la aplicación informática gráfica registral homologada y en los distintos servicios en línea a que el Registro de la Propiedad tiene acceso, suspendió la inscripción por apreciar posible invasión del dominio público y practicó anotación preventiva por 90 días conforme a la regla 2.ª del artículo 36 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre. Notificó tal extremo al Servicio Periférico de Costas para que certificase si la finca que nos ocupa invadía efectivamente el dominio público marítimo-terrestre y su situación en relación con las servidumbres de protección y tránsito. Recibida comunicación y certificación firmadas por el jefe de la Demarcación de Costas en Valencia —Dirección General de la Sostenibilidad de las Costas y del Mar—, Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, que adjunta ortofotografía de la parcela e inmueble, de ellas resulta que la finca situada en el término de Sueca, con referencia catastral 7660903YJ3476S0001KR, está afectada por la legislación de costas, de acuerdo con el deslinde DL-54-Valencia aprobado por O.M. de 9 de octubre de 2007, según se indica: «Parcela: —Invade el dominio público marítimo-terrestre en 88'15 m^2. — Está afectada parcialmente por la zona de servidumbre de tránsito. —Está afectada totalmente por la zona de servidumbre de protección. Inmueble: Considerando el principio de unidad predial: —El inmueble invade el dominio público marítimo-terrestre en 53'60 m^2. —El inmueble está afectado por la servidumbre de tránsito. —El inmueble está afectado por la servidumbre de protección». En base a ello, el Registrador acuerda denegar la inscripción de la compraventa y cancela la anotación de suspensión practicada.

La cuestión de la protección registral del dominio público marítimo-terrestre en segundas y posteriores inscripciones de fincas colindantes con el dominio público viene regulada en el artículo 36 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas, cuya regla segunda dispone el modo de proceder del Registrador. El eje fundamental sobre el que gira la tutela del dominio público marítimo-terrestre en esta regulación es la incorporación al Sistema Informático Registral de la representación gráfica georreferenciada en la cartografía catastral, tanto de la línea de dominio público

marítimo-terrestre, como de las servidumbres de tránsito y protección, que ha de trasladar en soporte electrónico la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar a la Dirección General de los Registros y del Notariado (apartado 2 del artículo 33). Esta previsión ha de ponerse en necesaria correlación con la aplicación informática para el tratamiento de representaciones gráficas georreferenciadas de que han de disponer todos los Registradores, como elemento auxiliar de calificación, conforme al artículo 9.b) de la LH en su redacción por la Ley 13/2015, de 24 de junio. En el presente caso, el dato de que la finca intersecta con la delimitación del dominio público marítimo-terrestre, o dicho con otras palabras, que lo invade en parte, resulta con claridad de varias fuentes distintas, y todas ellas concordantes.

Por último, respecto de la alegación del recurrente de que O.M. de 9 de octubre de 2007 que aprobó el deslinde DL-54-Valencia no consta publicada en el «Boletín Oficial del Estado», aún en el caso de que tal afirmación fuera veraz, no alteraría la obligada desestimación del presente recurso, pues, aun siendo cierto que tal publicación es preceptiva, también lo es que habiendo indicios más que fundados de que la finca invade en parte el dominio público, y constando un asiento registral e incluso una certificación administrativa que así lo aseveran, el Registrador no debe acceder a la inscripción pretendida.

Resolución de 27-6-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 29

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS.

Son hechos relevantes: a) la finca respecto de la cual se solicita la certificación figura inscrita a nombre de la solicitante; b) sobre dicha finca hubo un proceso ejecutivo seguido contra la titular registral que motivó la anotación letra A, que se cancela por caducidad al expedirse la certificación; c) el testimonio del auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas derivados de dicho procedimiento se presentaron varias veces en el Registro, y fueron objeto de calificación habiendo caducado los asientos de presentación por no haberse subsanado en plazo los defectos indicados en las notas de calificación, y d) como consecuencia de todo lo anterior, la certificación se expide respecto de la titularidad de la finca que figura inscrita a nombre de la solicitante. El Registrador expide la certificación en cuanto a los asientos vigentes, denegándose en cuanto a los no vigentes a que pudiera referirse la instancia presentada por no justificarse el interés legítimo para la publicidad de datos personales y protegidos que constan en los mismos.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la LH y 332 de su Reglamento, que el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes o derechos inscritos, y que dicho interés se ha de justificar ante el Registrador, que es a quien corresponde apreciar la legitimación del solicitante de la información (cfr. SSTS, Sala Tercera, de 16 de junio de 1990 y 7 de junio de 2001). Este interés ha de ser un interés conocido, directo y legítimo. Tal interés legítimo, en el ámbito del Registro de la Propiedad, ha de probarse a satisfacción del Registrador de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. La aplicación de la normativa sobre protección de datos en el ámbito del Registro implica, entre otras cuestiones,

que «los datos sensibles de carácter personal o patrimonial contenidos en los asientos registrales no podrán ser objeto de publicidad formal ni de tratamiento automatizado, para finalidades distintas de las propias de la institución registral. Cuando se ajusta a tal finalidad, la publicidad del contenido de los asientos no requiere el consentimiento del titular ni es tampoco necesario que se le notifique su cesión o tratamiento, sin perjuicio del derecho de aquel a ser informado, a su instancia, del nombre o de la denominación y domicilio de las personas físicas o jurídicas que han recabado información respecto a su persona o bienes». Por lo tanto, aun existiendo interés legítimo en el conocimiento del contenido de los libros del Registro, será el Registrador el que decida qué datos, por tener la consideración de sensibles conforme a lo anteriormente expuesto, deberán quedar excluidos de la información suministrada.

En el presente expediente, debe partirse del hecho de que quien solicita la información registral es la titular registral. Como se desprende del artículo 234 de la LH, pueden expedirse certificaciones relativas a derechos o asientos extinguidos o caducados a solicitud expresa de interesado, pero también en estos casos es preciso que se justifique un interés legítimo en los asientos solicitados. Atendiendo las circunstancias del presente expediente de que quien solicita la certificación de asientos cancelados es el titular registral y en consideración a la finalidad alegada, el recurso debe ser estimado, si bien, el Registrador deberá omitir aquellos datos sensibles de carácter personal, de acuerdo con lo expuesto en los anteriores fundamentos de Derecho.

Resolución de 27-6-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 2

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: EFECTOS.

Procede en consecuencia la confirmación de la apreciación de la Registradora pues requisito básico para que el documento sea reconocido como público y auténtico es que sea convenientemente firmado por quien afirma su autoría.

Estando las fincas inscritas a nombre de una sociedad anónima no puede llevarse a cabo la alteración del contenido del Registro en base a los títulos aportados. En primer lugar, porque, efectivamente, de la documentación judicial presentada no resulta que la sociedad anónima haya sido parte en los procedimientos a que los mismos se refieren. Como puso de relieve la Resolución de 14 de mayo de 2015, tratándose de la inscripción de una sentencia dictada en el ámbito de la jurisdicción civil, como en este supuesto, hay que tener en cuenta el principio de rogación y vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de parte que rige en el ejercicio de acciones civiles, por lo que el contenido de la demanda y la designación de los demandados queda bajo la responsabilidad del demandante. En estos casos, como bien recuerda la Sentencia de la Sala Primera del TS citada anteriormente, el Registrador «...debía tener en cuenta lo que dispone el artículo 522.1 LEC, a saber, todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica. Y como tiene proclamado esta Sala, por todas, la STS núm. 295/2006, de 21 de marzo, "no puede practicarse ningún asiento que menoscabe

o ponga en entredicho la eficacia de los vigentes sin el consentimiento del titular o a través de procedimiento judicial en que haya sido parte"».

Se produce el error en la ejecución de la sentencia que da lugar al presente expediente, pues el cuaderno particional no adjudica el bien ganancial inventariado en la sentencia (el crédito de la sociedad de gananciales contra el demandado), sino que adjudica bienes de la sociedad anónima, que no pueden formar parte del inventario como ha quedado razonado. La confusión entre crédito derivado de la adquisición de bienes a costa del caudal común a favor de tercero (la sociedad anónima), y los propios bienes del tercero, deriva en una patente falta de tracto sucesivo al no haber sido parte en un procedimiento que se ha sustanciado exclusivamente entre los excónyuges (arts. 806 a 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Resta por analizar si la escritura aportada junto con el testimonio del auto y por la que los administradores mancomunados de la sociedad anónima «Cocina Color, S.A.», consienten en la inscripción a favor de la recurrente tiene la virtualidad de provocar la alteración del contenido del Registro. La respuesta es nuevamente negativa. Esta Dirección General ha insistido en numerosísimas ocasiones en que, en nuestro ordenamiento jurídico, el sistema de constitución de derechos reales y de transmisión del dominio sobre bienes inmuebles es de naturaleza causal (arts. 609 y 1095 del Código Civil), lo que conlleva que el negocio jurídico por el que se pretende dicho efecto debe obedecer a una causa verdadera y lícita; consecuentemente, el mero consentimiento formal no puede provocar una modificación de la titularidad ni, por ende, una modificación registral. Lo anteriormente expresado no impide que las partes, que según resulta del expediente agotan el conjunto de intereses presentes, lleven a cabo las operaciones societarias mercantiles que sean precisas para que el pronunciamiento de la Sentencia de fecha 6 de marzo de 2006 sobre la composición del activo de la sociedad de gananciales sea objeto de ejecución, procurando así la inscripción de los bienes inmuebles a que se refiere la presente en términos que no violenten los pronunciamientos del Registro de la Propiedad ni los principios en que se basa su funcionamiento, ni las consecuencias fiscales que dichas transmisiones puedan implicar.

Resolución de 28-6-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro de la Propiedad de Güimar

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: NATURALEZA DEL SUELO EN EL QUE SE UBICA.

Procede, en primer lugar, afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según dicha normativa.

En el caso de la inscripción de escrituras de declaración de obra nueva, como recuerda la Resolución de 30 de mayo de 2016, resulta con claridad la existencia en nuestra legislación de dos vías para lograr su registración, la ordinaria del apartado primero del artículo 28 de la actual Ley de Suelo y la prevista con carácter excepcional en el apartado cuarto, que trata de adecuarse a la realidad de edificaciones consolidadas de hecho por el transcurso de los plazos legales para reaccionar, por parte de la Administración, en restauración de la legalidad urbanística infringida.

El actual artículo 28, apartado 4, del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, tan solo exige, junto a la aportación de los documentos que acrediten «la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título», de los que resulte además, como aclara el artículo 52, apartado b), del Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio, que dicha fecha sea «anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante». La prueba de tal extremo, unida a la constatación sobre «la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate» (así como «que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general») constituyen los únicos requisitos necesarios para el acceso de la obra al Registro. Cumpliendo tales requisitos, ciertamente, puede resultar muy conveniente, pero legalmente no es imprescindible, aportar una prueba documental que certifique por parte del Ayuntamiento, como órgano competente en sede de disciplina urbanística, la efectiva prescripción de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística.

El Registrador, como afirmó la Resolución de 11 de diciembre de 2012, deberá «constatar, por lo que resulte del Registro (y, cabe añadir, del propio título calificado), que la finca no se encuentra incluida en zonas de especial protección», en aquellos casos en que la correspondiente legislación aplicable imponga un régimen de imprescriptibilidad de la correspondiente acción de restauración de la realidad física alterada, pues en tales casos ninguna dificultad existe para que el Registrador aprecie la falta del requisito de la prescripción, dado que su ausencia no queda sujeta a plazo y su régimen resulta directamente de un mandato legal.

Dentro de esta normativa aplicable a considerar por el Registrador en su calificación conforme al artículo 18 LH, se incluye, sin ninguna duda, los concretos planes de ordenación territorial o urbanística en vigor que afecten a la zona en cuestión, cuya naturaleza normativa no cabe discutir. Entre las razones por las que la nueva Ley 13/2015 exige la georreferenciación precisa de la porción de superficie ocupada por cualquier edificación o instalación que se pretenda inscribir en el Registro de la Propiedad, se encuentra que, el permitir que cuando el Registrador efectúe las comunicaciones legalmente procedentes a las distintas administraciones, por ejemplo, al Ayuntamiento, a la Comunidad Autónoma o al Catastro, se incluya también esa información tan relevante para todas ellas como es la concreta georreferenciación de la superficie ocupada por la edificación o instalación.

Constando al Registrador, por los medios de calificación de que dispone, la concreta ubicación geográfica de una edificación o de la finca en la que se ubica, determinante, como se ha dicho, de un particular régimen jurídico aplicable, en este caso, la ordenación territorial y urbanística, no cabe sino afirmar la procedencia de suspender la inscripción de declaraciones de obra efectuadas por la vía del artículo 28,4 de la Ley de Suelo, cuando así resulte de dicha normativa, siempre que el Registrador, de forma motivada, lo justifique en alguno de los presupuestos que previene el citado artículo, como la afectación a suelo demanial, servidumbre de uso público o suelo de especial protección determinante de la imprescriptibilidad de la acción de restablecimiento de legalidad.

Por todo ello, habiéndose acreditado a efectos registrales, por los medios previstos en el artículo 28.4 de la Ley de suelo estatal, en este caso informe técnico, el transcurso del plazo definido en la legislación autonómica aplicable por razón de la

fecha de terminación de la obra, aquí, 4 años, se estima procedente la inscripción de la escritura calificada, con la pertinente comunicación posterior a los órganos administrativos competentes, a quien corresponderá la calificación definitiva, en vía administrativa, de la finca y la edificación declarada y, en su caso, la adopción de las medidas protectoras de legalidad urbanística que sean oportunas.

Resolución de 28-6-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro de la Propiedad de Sabadell, número 4

INMATRICULACIÓN POR CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA: REFORMA DEL ARTÍCULO 206 LH.

Caducado en su día el asiento provocado por la primera presentación del documento, que fue calificado negativamente (arts. 17 y 323 de la LH), dejó de producir efectos con la consiguiente pérdida de su prioridad. La particularidad del supuesto de hecho es que la nueva presentación del documento por el que el Obispado de Terrassa solicita la inmatriculación de una finca al amparo del artículo 206 de la LH se produce una vez que el contenido de dicho precepto ha sido objeto de modificación por la Ley 13/2015, de 24 de junio.

Se establece un periodo transitorio para que todo título público inmatriculador presentado en el Registro de la Propiedad antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio, continuara tramitándose por la normativa anterior, así resulta de la disposición transitoria única de la mencionada Ley al señalar que «todos los procedimientos regulados en el Título VI de la LH, así como los derivados de los supuestos de doble inmatriculación que se encuentren iniciados a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, continuarán tramitándose hasta su resolución definitiva conforme a la normativa anterior. A efectos de la inmatriculación a obtener por el procedimiento recogido en el artículo 205 o en el artículo 206, solo se tendrá dicho procedimiento por iniciado si a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley estuviese presentado el título público inmatriculador en el Registro de la Propiedad».

Resolución de 29-6-2017
(*BOE* 25-7-2017)
Registro de la Propiedad de León, número 1

HERENCIA: LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Centrados en el objeto de este expediente, se dispone en el testamento que instituye heredera fiduciaria a su esposa en cuanto a todos los bienes que tengan la condición de gananciales, con facultad de disponer por actos «*inter vivos*» y a título oneroso de los mismos, o parte de ellos si lo necesitare, quedando a su solo prudente arbitrio la apreciación de tal necesidad; instituye herederas fideicomisarias en cuanto al resto de los bienes que su esposa no haya dispuesto, o en su caso, en la totalidad de los mismos, a sus sobrinas por partes iguales, todos los bienes que tengan la condición de ganancial; en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, o lo que es lo mismo, en cuanto a los bienes privativos del testador, instituye en pleno dominio por partes iguales, a sus her-

manos, por lo tanto, en el testamento hay una institución de heredera fiduciaria, de herederos fideicomisarios en cuanto a los bienes gananciales, y de herederos puros en cuanto a los privativos del causante.

No se aprecia que haya una partición realizada por el testador ni respecto de los bienes gananciales ni respecto de los privativos. Como ha dicho este Centro Directivo, la liquidación de la sociedad de gananciales es una operación previa, independiente y distinta de la partición de la herencia del cónyuge fallecido, suponiendo, dicha liquidación, la de las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos de los esposos, y para la que es imprescindible el consentimiento del cónyuge sobreviviente y el de los herederos del fallecido dada la naturaleza especial de la disuelta sociedad de gananciales.

Debe entenderse en el presente caso que no es precisa la concurrencia de los fideicomisarios en los actos particionales. En el supuesto de este expediente, la viuda por sí sola ha realizado la liquidación de la sociedad de gananciales amparándose en su facultad de disposición concedida por el causante. Pero hay que plantearse si se han respetado los derechos de los herederos respecto de los bienes privativos, ya que todos tienen ciertos intereses dignos de protección tales como la determinación de los haberes líquidos que resultan del avalúo de los bienes gananciales, y la coordinación de créditos y débitos entre bienes privativos y comunes. En la liquidación realizada por la viuda en la escritura de partición, solo se han inventariado los dos bienes que ella considera gananciales, por lo que los restantes herederos no concurrentes, asumirían el resultado negativo de esa coordinación de créditos-deudas.

Resolución de 29-6-2017
(*BOE* 25-7-2017)
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 8

HERENCIA: INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS EN LA PARTICIÓN.

Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de aceptación y adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: concurre al otorgamiento por sí solo el heredero único nombrado, que es esposo de la testadora; se ha citado fehacientemente —lo que se acredita junto con el escrito de recurso— a los dos hijos legitimarios de la causante; a los legitimarios se les hace legado «en pago de los derechos legitimarios que pudieran corresponderles en la herencia de la testadora, la nuda propiedad» de una vivienda situada en Llucmajor; el heredero otorgante, «se compromete por la presente a hacer entrega a los legatarios (...) de los bienes legados, en cuanto le sea solicitado y requerido por parte de dichos legatarios».

Es doctrina de este Centro Directivo que cuando la calificación del Registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla 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.

La primera cuestión es la de determinar si las asignaciones del testador constituyen una partición realizada por el mismo o si, por el contrario, este se limita a establecer normas particionales en el testamento para que luego sean

tenidas en cuenta en la partición que habrían de realizar los herederos una vez fallecido el causante. La cuestión es fundamental a efectos de determinar el título de adjudicación, pues mientras en el primer caso, se trata de una partición que no solo se pasará por ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056 del Código Civil, sino que confiere la propiedad de los bienes adjudicados como cualquier otra partición, conforme a lo dispuesto en el artículo 1068 del propio Código, mientras que si se tratase de meras normas particionales, el título de adjudicación haría tránsito de una pretendida partición del testador a una partición que habrían de realizar todos los herederos y no un solo grupo de ellos, teniendo en cuenta, eso sí, las normas particionales del testador.

Centrados en el supuesto de este expediente, hay que concluir en que siendo un solo heredero, no sería preciso realizar partición si no fuera porque intervienen en la sucesión los herederos forzosos en su calidad de legitimarios, por lo que se hace necesaria la realización de inventario y avalúo a los efectos de determinar su cuota en el haber líquido del caudal relicto. El legado que se ha realizado a favor de los mismos en pago de su legítima, es un legado de cosa con delimitación de cuota, por lo que para determinar si la cosa legada cubre o no su porción legítima se hace necesario ese inventario y avalúo del caudal hereditario. Como afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 1 de marzo de 2006, la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1057.1 del Código Civil), de las que resulte que no se perjudica la legítima de los herederos forzosos.

El presente expediente se resuelve conforme a la normativa contenida en el Código Civil, por ser esta la alegada tanto por el Registrador en su nota de calificación, como por el recurrente. No obstante, a la misma solución se hubiera llegado de aplicarse la normativa propia de Mallorca contenida en el Real Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del Derecho civil de las Islas Baleares.

Resolución de 29-6-2017
(*BOE* 25-7-2017)
Registro de la Propiedad de Lucena, número 2

OBRA NUEVA: REQUISITOS.

En cuanto al primer defecto, relativo al libro del edificio, la LH, reformada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, dispone en el artículo 202 «salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible, deberá aportarse para su archivo registral el libro del edificio, dejando constancia de ello en el folio real de la finca». Con todo, debe insistirse en la doctrina asumida por esta Dirección General basada en la diferenciación entre normas de naturaleza registral, reguladoras netamente de requisitos de inscripción, y cuya competencia estatal no se discute, y normas de carácter material o sustantivo, donde pueden tener aplicación preferente las normas autonómicas, dictadas en ejercicio de sus competencias exclusivas y cuyo régimen propio deberá ser respetado también a efectos de inscripción. Es lo que ocurre en el caso particular del libro del edificio, elevado a requisito exigible a efectos de inscripción de la declaración de obra nueva, pero que deberá matizarse con la normativa propia de cada Autonomía,

en su caso, en ejercicio de sus competencias en materia de vivienda. En este sentido, el depósito del libro del edificio será exigible, salvo que la normativa autonómica exima de depósito.

El artículo 202 de la LH antes transcrito, hace referencia a que deberá aportarse para su archivo registral el libro del edificio con la salvedad de que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible. Esta referencia a la antigüedad comprende indudablemente aquellos supuestos de edificaciones que no están sujetas a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, es decir, edificios existentes y obras de nueva construcción para cuyos proyectos se solicitó la correspondiente licencia de edificación, antes su entrada en vigor, el día 6 de mayo de 2000 (cfr. disposición transitoria primera de la Ley), supuesto que no concurre en este expediente. Asimismo, en el caso de edificaciones declaradas por antigüedad en los supuestos previstos en el apartado 4 del artículo 28 de la Ley de Suelo. Por tanto, en caso de inscribirse la declaración de obra nueva de conformidad con el citado artículo 28.4 de la Ley de Suelo no será exigible el libro del edificio, si bien para ello el interesado debe solicitar proceder de este modo con respeto al principio de rogación.

El artículo 202 también dispone que «la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica», de modo que para inscribir cualquier edificación terminada, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. En el supuesto de este expediente, el acta cumple con lo dispuesto en el artículo 202 de la LH al remitirse en cuanto a las coordenadas de la edificación a las que consten en Catastro.

Procede analizar el tercer defecto, relativo a la falta de autenticidad de la documentación complementaria incorporada al acta. Concretamente, se aportan fotocopias compulsadas de la licencia de primera ocupación y del certificado final de obra. Siguiendo el criterio de esta Dirección General mantenido en la Resolución de 9 de febrero de 2017, aunque los documentos protocolizados no son originales, sino copias compulsadas, no cabe negar autenticidad a dicha copia.

Ha sido constante el criterio de esta Dirección General sobre la cuestión planteada (cfr. Resoluciones de 23 de octubre de 2000, 22 de marzo de 2003 ó 11 de marzo de 2009) en el sentido de que la autenticidad de la firma del técnico es requisito esencial para que el documento que acredita la terminación de la obra tenga la eficacia que se pretende, sin que pueda bastar el visado colegial, útil tan solo para acreditar la cualificación profesional de quien dice firmar, pero no bastante para demostrar que la firma ha sido efectivamente puesta por él.

Resolución de 29-6-2017
(*BOE* 25-7-2017)
Registro de la Propiedad de Callosa d'en Sarriá

REFERENCIA CATASTRAL: REQUISITOS PARA SU CONSTANCIA.

En cuanto a la constancia en el Registro de los datos de identificación catastral, como ya ha señalado esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 6 de mayo y 22 de noviembre de 2016), se trata de una circunstancia más de la

inscripción, conforme al artículo 9.a) de la LH. Para que proceda la pretendida constancia registral de la referencia catastral es preciso que exista correspondencia entre la finca registral y el documento aportado para acreditar dicha referencia catastral, en el caso de este expediente, el recibo del Impuesto de Bienes Inmuebles, en los términos que resultan del artículo 45 de la Ley del Catastro Inmobiliario. La única diferencia es que el apartamento está señalado con el número 20, si bien el resto de la situación sí coincide con la del Registro, correspondiéndole la referencia catastral número 4732602YH5743N0064GK. Es relevante destacar que incluso aparece identificado el número de orden de la división horizontal en el objeto tributario, tal y como apunta el recurrente. Por tanto, no existe duda alguna en cuanto a la localización e identificación de la finca registral con la que figura en Catastro, sin que por otra parte la Registradora haya especificado en la nota los motivos por los que no resulta identificada a su juicio la referencia catastral.

Resolución de 29-6-2017
(*BOE* 25-7-2017)
Registro de la Propiedad de San Sebastián de la Gomera

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

En el supuesto objeto de recurso, se pretende embargar bienes que están a nombre de una sociedad mercantil de las que el demandado es uno de los socios. La constitución de una sociedad mercantil, aun en el caso de que exista un único socio, supone la creación de un nuevo sujeto de derechos y obligaciones aunque en el tráfico se desenvuelva a través de una persona física que sea ese socio único y en este caso, administrador.

En nuestro sistema registral, todo título cuyo acceso al Registro se pretenda ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento dirigido contra él. Por ello, en vía de principio, la anotación preventiva de embargo debe practicarse siempre que la acción se interponga frente al titular registral y suspenderse o denegarse —según los casos— cuando la finca esté inscrita a favor de otra persona. En efecto, el último párrafo del artículo 20 de la LH establece que «no podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la Ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento». Ahora bien, establece la excepción de que «en los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del Juez o Tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento».

La posibilidad de embargar bienes de sociedades de capital —por tanto no solo con personalidad propia sino con limitación de responsabilidad a las aportaciones efectuadas— por deudas de los socios que la integran, exige acudir a la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica. Pero esa decisión, que tiene que tomar el Juez, sobre el levantamiento del velo, no puede adoptarse al margen de un procedimiento civil entablado contra la propia sociedad titular del bien (cfr. arts. 24 de la Constitución Española y 1, 40 y 82 de la LH), salvo en los supuestos legalmente admitidos, que como se ha visto son excepcionales y de interpretación restrictiva.

Resolución de 30-6-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: DETERMINACIÓN DE LAS CUOTAS DE TITULARIDAD *EX* ARTÍCULO 54 RH.

El artículo 54.1 del RH, en aras a la necesaria claridad que impone las exigencias derivadas del principio de especialidad registral, establece que en las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho se precise la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente. El requisito de determinación de las cuotas de cada titular es un requisito para practicar la inscripción, de ahí que sea predicable cualquiera que sea el título en virtud del cual se solicite, ya sea de origen judicial (*vid.,* Resolución de 15 de marzo de 2013), ya de origen administrativo, ya de origen notarial (*vid.,* Resolución de 25 de junio de 2014).

Ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, en base al mismo fundamento legal (por todas, Resoluciones de 23 de diciembre de 2010, 7 de septiembre de 2015, 14 de diciembre de 2016 y 17 de febrero de 2017), que en la tramitación del expediente de recurso no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por el Registrador (y aportados al interponer el recurso).

Resolución de 30-6-2017
(*BOE* 25-7-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 47

BIENES GANANCIALES: ADQUIRIDOS POR EJERCICIO DEL DERECHO DE RETRACTO.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo la sociedad legal de gananciales constituye un régimen económico matrimonial de tipo comunitario, que se articula en torno al postulado que declara comunes las ganancias obtenidas y que atribuye carácter consorcial o ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso con cargo al acervo común, constante su vigencia. Esta última idea expresa lo que se conoce como el llamado principio de subrogación real, enunciado con carácter general en los artículos 1346.3 y 1347.3 del Código Civil («Son bienes gananciales... Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común»). Sin embargo, este principio no es de aplicación universal, pues a él se anteponen otros criterios que el legislador ha considerado como prioritarios para determinar la naturaleza de los bienes, como pueden ser el de la accesión (cfr. art. 1359 del Código Civil), el de la autonomía de la voluntad (cfr. art. 1355 del Código Civil) o el del carácter del propio bien del que deriva el derecho a la adquisición (cfr. arts. 1346.4, 1347.4 o 1352 del Código Civil).

Este criterio se fundamenta y apoya en la dicción y espíritu del apartado 4.º de los artículos 1346 y 1347 del Código Civil, que atribuyen carácter privativo o ganancial a los bienes adquiridos por derecho de retracto de carácter privativo o ganancial, aun cuando lo fueran con fondos de carácter contrario, o del artículo 1.352 del Código Civil cuando considera privativas las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la

titularidad de otros privativos (sin perjuicio del correspondiente reembolso, en su caso), y la doctrina lo extiende a todo supuesto de adquisición preferente, o de adquisición que se derive de una previa titularidad. Por analogía *iuris*, este criterio no solo se ha seguir en los supuestos estrictamente citados en dichas normas (retracto y derecho de suscripción preferente), sino que se debe de aplicar a toda adquisición proveniente del ejercicio de cualquier derecho de adquisición preferente, como el derecho de tanteo u opción, o derivado de una titularidad previa, por razón del denominado desdoblamiento de la cuota, supuesto que tiene lugar en las adquisiciones provenientes de liquidaciones de situaciones de proindivisión.

Ciertamente, respecto de la determinación del carácter ganancial o privativo de la adquisición, la prevalencia del origen o procedencia privativa o ganancial del derecho que fundamenta la adquisición sobre la naturaleza de la contraprestación, o, si se prefiere, la primacía de la natural consecuencia del desenvolvimiento del derecho de cuota, es claramente admitida doctrinalmente cuando, en relación con la aplicación de las reglas que determinan la privatividad y ganancialidad de los bienes adquiridos por derecho de retracto, se entiende que rigen ya cuando se ejercite judicialmente el derecho de adquisición, ya cuando quienes habían de soportar su ejercicio se avengan extrajudicialmente a la adquisición por el retrayente, incluyendo en esta segunda hipótesis el supuesto de enajenación directa a quien es titular de un derecho de retracto (p. ej. un comunero vende a otro comunero), poniendo fin de ese modo a una situación de comunidad que como es bien sabido, y desde tiempo inmemorial, siempre ha sido contemplada con disfavor por el ordenamiento jurídico.

Resolución de 30-6-2017
(*BOE* 25-7-2017)
Registro de la Propiedad de Güimar

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE.

Es objeto de debate en este expediente si procede la inmatriculación de una finca oponiendose la Registradora que, según documento que consta archivado en el Registro, conforme al deslinde vigente en la zona, dicha finca se encuentra ocupando el dominio público y la servidumbre de tránsito.

En el apartado 2 del artículo 15 de la Ley de Costas se prevé que si en la descripción de la finca se expresa que no linda con el dominio público marítimo-terrestre o no se hace declaración alguna a este respecto, como ocurre en el supuesto de este expediente, «el Registrador requerirá al interesado para que identifique y localice la finca en el plano proporcionado al efecto por la Administración del Estado. Si de dicha identificación resultase la no colindancia, el Registrador practicará la inscripción haciendo constar en ella ese extremo. Si a pesar de esa identificación o por no poder llevarse a efecto, el Registrador sospechase una posible invasión del dominio público marítimo-terrestre, pondrá en conocimiento de la Administración del Estado la solicitud de inscripción, dejándola entre tanto en suspenso hasta que aquélla expida certificación favorable». Añade el apartado 3 que «transcurridos treinta días desde la petición de oficio de la certificación a que se refiere el apartado anterior sin que se haya recibido contestación, podrá procederse a la inscripción». Esta disposición se desarrolla

en el Reglamento General de Costas aprobado por el Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre.

Como ya ha tenido ocasión de señalar esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 23 de agosto de 2016, 14 de septiembre de 2016 o 18 de abril de 2017) el eje fundamental sobre el que gira la tutela del dominio público marítimo-terrestre en la regulación del Reglamento General de Costas es la incorporación al Sistema Informático Registral de la representación gráfica georreferenciada en la cartografía catastral, tanto de la línea de dominio público marítimo-terrestre, como de las servidumbres de tránsito y protección, que ha de trasladar en soporte electrónico la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar a la DGRN (apart. 2 del art. 33). Esta previsión ha de ponerse en necesaria correlación con la aplicación informática para el tratamiento de representaciones gráficas georreferenciadas de que han de disponer todos los Registradores, como elemento auxiliar de calificación, conforme al artículo 9.b) de la LH en su redacción por la Ley 13/2015, de 24 de junio.

En los casos en los que las aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas, ya sean las existentes conforme a la normativa anterior a la Ley 13/2015, o ya sean las previstas en dicha Ley, no dispongan de la información correspondiente a la representación gráfica georreferenciada de la línea de dominio público marítimo-terrestre y de las servidumbres de tránsito y protección, por no haberse implantado plenamente el sistema informático previsto en las normas expuestas en el punto anterior, el Registrador no podrá proceder conforme a lo previsto en la citada regla primera del artículo 34 del Reglamento de Costas al faltar el primer presupuesto para su aplicación, como es la determinación de la colindancia o intersección según la repetida representación gráfica del dominio público y las servidumbres legales. Por ello, la única forma de lograr esta determinación será la previa aportación de certificación del Servicio Periférico de Costas de la que resulte la colindancia o intersección así como si la finca invade o no el dominio público marítimo-terrestre y su situación en relación con las servidumbres de protección y tránsito, todo ello según la representación gráfica que obre en tal Administración. Las previsiones de la legislación de costas sobre el modo de actuar en caso de inmatriculación coinciden, además, con lo dispuesto en el artículo 205 de la LH, en la redacción dada por la Ley 13/2015, de 24 de junio.

Aunque el deslinde, según se ha dicho, no consta inscrito, la Registradora suspende la inscripción por invasión del dominio público en base a datos que figuran en documentos archivados en el legajo del Registro, concretamente, una certificación administrativa del Servicio Periférico de Costas de fecha 3 de julio de 2009 que contiene referencia expresa a la invasión del dominio público de la parcela cuya referencia catastral se corresponde con la finca cuya inmatriculación se pretende. Por ello, constando identificada gráficamente la finca en la planimetría catastral y resultando de la citada certificación que obra en el Registro la invasión del dominio público, sin constar inscrito el deslinde, es procedente la suspensión de la inscripción, conforme a la normativa citada en los fundamentos anteriores, si bien, en aplicación de la misma, la Registradora deberá proceder según lo previsto en los artículos 15.2 de la Ley de Costas, 34 de su Reglamento y 205 de la LH.

Finalmente, en cuanto a las alegaciones de la recurrente relativas a la conveniencia de la inaplicación de la vigente legislación de Costas por ser contraria al artículo 33 de la Constitución Española, y a diversas Sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos o acuerdos de las instituciones de la Unión

Europea (que ni siquiera se identifican) hay que recordar la reiterada doctrina de este Centro Directivo sobre el restringido ámbito del recurso.

Resolución de 30-6-2017
(*BOE* 25-7-2017)
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 4

RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH.

El artículo 199 de la LH regula el procedimiento para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro, disponiendo que el titular registral del dominio o de cualquier derecho real sobre finca inscrita podrá completar la descripción literaria de la misma acreditando su ubicación y delimitación gráfica y, a través de ello, sus linderos y superficie, mediante la aportación de la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica. En todo caso, en este procedimiento será objeto de calificación por el Registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas 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 se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria.

Como ha declarado esta Dirección General en reiteradas ocasiones, 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 el presente caso, resultan debidamente justificadas las dudas del Registrador, aunque no con el detalle que sería deseable, tal y como se aprecia en el informe. Dudas que se ven corroboradas con las manifestaciones del propio interesado en el escrito de recurso. Sin que por otra parte sea procedente la inscripción de la ampliación de la edificación en tanto no se inscriba el exceso de cabida, pues la superficie ocupada por la edificación (168 m^2) no cabe físicamente dentro de la finca registral (de 137 m^2). Caso distinto sería si la superficie de suelo ocupada por la obra cupiera en la finca inscrita, pues en tal supuesto ningún defecto se ha expresado para practicar dicha operación registral.

Resolución de 30-6-2017
(*BOE* 25-7-2017)
Registro de la Propiedad de Ferrol

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

En primer lugar es preciso recordar que es continua doctrina de esta Dirección General, 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 LH. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la forma en que se haya practicado la inscripción solicitada. Es igualmente doctrina reiterada que, una vez practi-

cado 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 de la LH). Enlazando con lo anterior, también ha afirmado reiteradamente en base al mismo fundamento legal (por todas, Resoluciones de 23 de diciembre de 2010 y 7 de septiembre de 2015), que en la tramitación del expediente de recurso no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por el Registrador (y aportados al interponer el recurso). Finalmente, es también preciso poner de manifiesto que, siendo el objeto de este recurso el que se ha prolijamente expuesto, no es este el procedimiento adecuado ni para solicitar del Registrador que expida certificaciones con contenido determinado (*vid.*, art. 227 de la LH), ni para solicitar una exención de honorarios o para discutir los ya satisfechos (*vid.*, art. 294 del propio texto legal).

El objeto de la presente se circunscribe a si es posible hacer constar la referencia catastral de un local destinado a garaje, que continúa inscrito como tal a nombre del promotor de la edificación, y del que la recurrente tiene, junto con su esposo, inscrita una tercera parte indivisa concretada en la plaza de garaje número tres y que resulta inscrita en folio independiente. Aporta para ello recibo de pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles expedido a nombre de tercera persona, otro de los copropietarios del local, don A. P. M., titular de un tercio por enajenación de los otros dos restantes. El recurso no puede prosperar porque la falta de tracto sucesivo señalada por el Registrador en su nota, lo impide. El supuesto de hecho es sustancialmente idéntico al que dio lugar la Resolución de 14 de marzo de 2016 cuya doctrina es de plena aplicación al supuesto. De acuerdo con dicha Resolución, la rectificación del contenido del Registro presupone, de acuerdo a los principios generales de nuestro ordenamiento, bien el consentimiento del titular del asiento inexacto o bien la oportuna sentencia firme dictada en juicio declarativo contra él entablado. No altera las conclusiones anteriores el hecho de que la titularidad catastral difiera de la que resulta del Registro de la Propiedad porque es esta la que prevalece a efectos jurídicos.

Resolución de 10-7-2017
(*BOE* 27-7-2017)
Registro de la Propiedad de Torrevieja, número 3

ANOTACIÓN DE DEMANDA: PREFERENCIA CREDITICIA ARTÍCULO 9 LPH.

Como ha dicho reiteradamente esta Dirección General, aunque el ámbito de la anotación preventiva de demanda ha sido ampliado por la doctrina científica, dicho ámbito solo podrá extenderse hasta abarcar aquellas demandas cuya estimación pudiera producir una alteración en la situación registral. Solo puede recaer anotación de demanda sobre aquellos bienes respecto de los cuales verse una acción atinente a la propiedad o a un derecho real sobre el mismo inmueble, de suerte que la estimación de la pretensión del demandante propiciara directamente una alteración registral.

La redacción actual del artículo 9.1.e) de la Ley sobre propiedad horizontal distingue en párrafos separados la afección del bien inmueble respecto al adquirente de un piso o local de la preferencia del crédito de la comunidad respecto a otros créditos sobre el mismo inmueble. Respecto de la preferencia frente a

otros créditos, este Centro Directivo ha admitido que, pese a las dudas doctrinales que se han suscitado sobre su naturaleza, procede la constancia en el asiento de anotación preventiva de demanda del carácter real de dicha preferencia, siempre que resulte de un procedimiento judicial en el que hubieran sido parte todos los interesados. La resolución judicial dimanante del procedimiento fijará el momento desde el que retrotraer la preferencia, concretándolo únicamente en la parte vencida de la anualidad en curso más las que se deban de los tres últimos años inmediatamente anteriores. Y ello porque el reconocimiento de tal carácter preferente del crédito de la comunidad de propietarios podría dar lugar a una anteposición en el rango registral. http://www.boe.es/boe/dias/2017/07/27/pdfs/BOE-A-2017-8900.pdf

Resolución de 10-7-2017
(*BOE* 27-7-2017)
Registro de la Propiedad de Pola de Laviana

ANOTACIÓN DE EMBARGO: SOBRE EL DERECHO HEREDITARIO.

Como ha señalado este Centro Directivo en Resoluciones citadas en los «Vistos», si bien es posible anotar por deudas del heredero bienes inscritos a favor del causante, en cuanto a los derechos que puedan corresponder al heredero sobre la total masa hereditaria de la que forma parte tal bien, es, para ello imprescindible la acreditación de tal cualidad de heredero la cual no está plenamente justificada por el solo hecho de ser el ejecutado hijo del titular registral y aunque se presente certificación negativa del Registro de Actos de Última Voluntad, ya que la relativa eficacia de tal certificación (cfr. art. 78 del RH), y la posibilidad de causas que impidan o hagan ineficaz el hipotético llamamiento de un hijo, hacen que sea imprescindible la presentación del título sucesorio que no puede ser otro que cualesquiera de los que enumera el artículo 14 de la LH.

Resolución de 10-7-2017
(*BOE* 27-7-2017)
Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana, número 1

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR.

Se trata de dilucidar si es inscribible un decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados si en el procedimiento no se ha demandado ni requerido de pago a quien, no siendo deudor del préstamo hipotecario ni hipotecante no deudor, adquirió la finca ejecutada e inscribió su adquisición antes de iniciarse dicho procedimiento.

Conforme a los artículos 132 LH y 685 LEC es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la LH que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. El principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión

procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos, la posibilidad de intervención, en el procedimiento determinante del asiento. De conformidad, pues, con esta doctrina constitucional el tercer adquirente debe ser demandado en el procedimiento hipotecario si antes de la interposición de la demanda tiene su título inscrito quedando suficientemente acreditada frente al acreedor (art. 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) desde el momento que este conoce el contenido de la titularidad publicada.

La adquisición por el nuevo titular se realizó con fecha anterior a la presentación de la demanda interpuesta dado que el procedimiento es de 2012, pero no solo la adquisición fue anterior a la demanda, también y fundamentalmente, su inscripción registral, extendida con fecha 6 de julio de 2009, se produjo con anterioridad a aquélla, por lo que no puede alegarse, en los términos antes expuestos, el desconocimiento de la existencia del tercer poseedor y en todo caso, las anteriores circunstancias se pusieron de manifiesto en la certificación expedida en sede del procedimiento de ejecución. La posterior notificación que sobre la existencia de dicho procedimiento se haya podido realizar al actual titular no puede suplir a la demanda ni al requerimiento de pago.

Resolución de 11-7-2017
(*BOE* 27-7-2017)
Registro de la Propiedad de Granada, número 5

ANOTACIÓN DE EMBARGO: HIPOTECA LEGAL TÁCITA *EX* ARTÍCULO 194 LH Y 78 LGT.

En cuanto a su naturaleza jurídica de la preferencia establecida en los artículos 194 LH y 78 LGT, la generalidad de la doctrina la configuran como hipoteca legal tácita, de afección de bienes con garantía real de eficacia «*erga omnes*» sin necesidad de inscripción registral, si bien referida únicamente al tributo que periódicamente grave el inmueble en cuestión, no otros, y respecto de determinados periodos impositivos.

En base a lo expuesto, el defecto no puede ser mantenido ya que, como señala el recurrente en su escrito, la hipoteca legal tácita del artículo 78 de la Ley General Tributaria constituye una garantía real, cualificada con una preferencia para el cobro con los bienes del obligado tributario, no solo frente a otros acreedores del deudor, sino también frente a cualquier adquiriente de esos bienes. La Ley establece una hipoteca a favor de la Hacienda Pública sin necesidad de inscripción registral (tácita), por lo que no es necesario que el bien se encuentre inscrito a nombre del deudor y faculta persecución «*erga omnes*» y la ejecución forzosa, en caso de que se incumpla con la obligación de pago. Todo con observación del procedimiento establecido por Ley, que incluye el previo requerimiento de pago al adquirente. En el presente expediente consta que se ha practicado requerimiento de pago y ha sido notificada la diligencia de embargo al propietario, don D. G. N.

Resolución de 11-7-2017
(*BOE* 27-7-2017)
Registro de la Propiedad de Pego

CONJUNTO INMOBILIARIO: LICENCIA.

Con independencia de las diversas construcciones dogmáticas o doctrinales que se han venido sucediendo al respecto, tras la reforma de la Ley de Suelo de 2008 por la Ley 8/2013, de 26 de junio, en el último párr. del artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2015, ya se define legalmente lo que deba entenderse por complejo inmobiliario, cuando señala que «a los efectos previstos en este número se considera complejo inmobiliario todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distingan elementos privativos, sujetos a una titularidad exclusiva, y elementos comunes, cuya titularidad corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos».

Por lo tanto, dentro de la categoría general del complejo inmobiliario resultan encuadrables muy diversos supuestos concretos, en función de cual sea la configuración física o incluso arquitectónica de esos concretos inmuebles privativos y de los inmuebles o elementos comunes. Y a todos ellos, con independencia de algunas peculiaridades que luego veremos, resulta de aplicación ese mismo régimen jurídico esencial, formulado tradicionalmente en el artículo 396 del Código Civil desarrollado en la Ley sobre propiedad horizontal. Dado que la regulación vigente admite expresamente se pueda constituir un complejo inmobiliario en el que los elementos privativos sean, no solo ni necesariamente edificaciones, sino también «parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales», carece de fundamento normativo la exigencia de que se describan «*ab initio*» las edificaciones que ulteriormente se construirán en la finca matriz o en cada una de las parcelas independientes.

En el supuesto analizado concurren las notas definitorias de los fraccionamientos de suelo que se realizan bajo la cobertura jurídica del régimen de los complejos inmobiliarios, y en particular, de los contemplados en el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal. En tal caso, resulta de aplicación el artículo 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que establece que «la constitución y modificación del complejo inmobiliario privado, del tipo de los regulados como regímenes especiales de propiedad, por el artículo 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, deberá ser autorizada por la Administración competente donde se ubique la finca o fincas sobre las que se constituya tal régimen, siendo requisito indispensable para su inscripción, que al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida o el testimonio notarial de la misma». Conforme la normativa autonómica de aplicación, el título administrativo habilitante en este caso es la licencia. Por lo que la documentación aportada a este expediente, aun tratándose de un certificado expedido por el secretario con el visto bueno del alcalde, pero que se limita a incorporar los informes técnicos favorables a la actuación calificada, no puede considerarse que cumpla los requisitos básicos que ha de revestir el acto administrativo exigido en este caso, la licencia urbanística. Debe señalarse que la hipotética existencia de una concreta licencia de obras sobre una de las múltiples parcelas independientes que se configuran como elementos independientes en el complejo inmobiliario, podría, a lo sumo, servir como argu-

mento si se pretendiera tan solo la inscripción de la segregación de dicha parcela, pero en ningún caso puede considerarse como autorización administrativa para la constitución del complejo inmobiliario integrado por 26 parcelas privativas y algunas más comunes.

Cabe recordar la doctrina de este Centro Directivo plasmada en la Resolución de 7 de marzo de 2017, que se reitera la doctrina de la Resolución de 17 de octubre de 2014, seguida por las de 5 y 26 de mayo de 2015 y 5 de mayo de 2016, en el sentido de que 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 innecesariedad 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 12-7-2017
(*BOE* 27-7-2017)
Registro de la Propiedad de Portugalete

DERECHO FORAL VASCO: LEGÍTIMA.

En primer lugar, el causante ostentaba vecindad civil foral vasca al tiempo de su fallecimiento, lo que no se discute en la calificación, pues además así lo determina la disposición transitoria séptima de la Ley 5/2015, de 25 de junio, según la cual, la vecindad civil foral vasca se entenderá automáticamente adquirida por todos los vecinos de la Comunidad Autónoma del País Vasco desde la entrada en vigor de esta ley por lo que la sucesión se regulará conforme la legislación civil foral vasca; en segundo lugar, en la presente sucesión está designado un heredero que es hijo y que absorbe la legítima de todos los descendientes, preteridos o no, y siendo además de aplicación el artículo 48 de la Ley 5/2015 en su número 2, con la literal y rigurosa aplicación de las normas, nada pueden reclamar los otros hijos habidos por el causante. Por lo tanto, en este caso se ha respetado la legítima de los descendientes regulada en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, y se llega a la misma conclusión: hay un hijo que en su condición de heredero absorbe la legítima de todos los descendientes.

La interpretación literal y lógica de la disposición testamentaria parece clara: «la legítima estricta que por Ley le corresponda», es decir que se quiere reducir al hijo a lo mínimo que por ley le pueda corresponder. Siendo que conforme el artículo 9.8 del Código Civil, las disposiciones hechas en testamento conforme la ley personal del causante al tiempo del otorgamiento conservan su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, «si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última», será de aplicación la normativa vasca de las legítimas y a lo mínimo exigido por esa legislación se deberá atender. La norma vasca no contempla derecho mínimo alguno al descendiente que no haya sido llamado en cuantía cierta y determinada, lo que ocurre en este expediente en el que se le reduce a lo mínimo que por ley le pueda corresponder. Todo esto, siempre que

haya sido designado como heredero otro hijo o descendiente en la herencia, lo que ha ocurrido en el expediente, por lo que se ha de concluir en que el otro hijo está excluido de la herencia. En consecuencia, con una aplicación literal de la ley vasca, habiendo sido reducido uno de los descendientes a la legítima estricta que por ley le corresponda, y no habiéndola conforme la nueva legislación vasca, se debe entender apartado de la herencia.

Resolución de 12-7-2017
(*BOE* 27-7-2017)
Registro de la Propiedad de Callosa d'en Sarriá

FINCA REGISTRAL: DESCRIPCIÓN.

Siendo la finca el elemento primordial de nuestro sistema registral —de folio real—, por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídico real (cfr. arts. 1, 8, 9, 17, 20, 38 y 243 de la LH y 44 y 51.6 del RH), constituye presupuesto básico de toda actividad registral la identidad o coincidencia indubitada entre la finca que aparece descrita en el título presentado y la que figura inscrita en el Registro. Por ello, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 2 de septiembre de 1991, 29 de diciembre de 1992, 21 de junio de 2004 y 10 y 14 de junio de 2010, entre otras), para su acceso al Registro, los títulos inscribibles han de contener una descripción precisa y completa de los inmuebles a que se refieren, de modo que estos queden suficientemente individualizados e identificados (arts. 9.1 de la LH y 51, reglas 1.a a 4.a, del RH).

Esta doctrina ha sido matizada en relación a los inmuebles ya inscritos cuya descripción ya recoge el conjunto de requisitos establecidos en el ordenamiento hipotecario. En tales casos, la omisión o discrepancia de algunos de los datos descriptivos con que estos figuran en el Registro no constituye en todo caso un obstáculo para la inscripción si su ausencia no impide la perfecta identificación de la finca. Por el contrario, debe entenderse que dicho obstáculo existirá cuando la omisión o discrepancia sea de tal condición que comprometa la correspondencia segura y cierta entre el bien inscrito y el que según el título se transmite. Así las cosas es evidente que la calificación no puede mantenerse. La nota de calificación no cuestiona la identidad de la finca, ni su correspondencia con la inscrita en el folio correspondiente del Registro ni plantea la existencia de discrepancias de las que pueda derivarse la existencia de modificaciones no inscritas y que comprometan su identidad. El único reproche que lleva a cabo es que la descripción contenida en el título es incompleta.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.ª DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 22-5-2017
(*BOE* 9-6-2017)
Registro Mercantil de Murcia II

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. FORMA. 2ª CONVOCATORIA.

La previsión estatutaria sobre la forma de convocatoria de la Junta general debe ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema. Pero en este caso se impone el mantenimiento de la validez de los actos jurídicos, en la medida en que no lesionen ningún interés legítimo. Aun cuando la convocatoria y la desconvocatoria de la Junta general no se han realizado en la forma dispuesta en los estatutos sociales (mediante acta notarial de remisión de documento por correo) sino por correo electrónico la convocatoria y por burofax la desconvocatoria, deben admitirse ambas comunicaciones por haber sido confirmadas por el socio destinatario de las mismas, por lo que no pudo celebrarse una Junta que estaba desconvocada. Se han cumplido las garantías de información que sobre la convocatoria se pretende asegurar por las normas legales y estatutarias. Lo mismo cabe decir respecto a la desconvocatoria de la Junta, por lo que son nulos los acuerdos adoptados en Junta general que se celebre a pesar de mediar desconvocatoria por parte del órgano competente para llevar a cabo la convocatoria.

No es admisible en sede de sociedades de responsabilidad limitada la celebración de Junta en segunda convocatoria. La previsión legal para la adopción de acuerdos que se basa en la exigencia de un determinado porcentaje de votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social implica un *quórum* que exigiría una previsión específica para el caso de que fuese posible una segunda celebración. Y aceptar una segunda reunión no prevista legalmente implicaría la atribución al órgano de administración de unas facultades discrecionales sin distinción de *quórum* requerido y sin limitación en las fechas, lo que conllevaría una pérdida de seguridad jurídica y una amenaza para los derechos del socio.

Resolución de 23-5-2017
(*BOE* 13-6-2017)
Registro Mercantil de Madrid VIII

FUSIÓN. PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO.

La salvaguarda de los intereses que puedan resultar afectados en un modificación estructural como es la fusión requiere el cumplimiento de una serie de requisitos. Pero la legislación contempla la supresión de trámites innecesarios según la mayor o menor complejidad de cada caso. Siempre que estén suficientemente protegidos los intereses de socios de todo tipo, trabajadores y acreedores.

En este caso, tanto la sociedad absorbente como la absorbida son unipersonales y tienen el mismo socio único, que consta en el Registro Mercantil, sin que por otra parte se aumente el capital social. Se trata por tanto de un supuesto asimilable a la fusión de sociedad íntegramente participada, por lo que no se produce una alteración sustancial en el patrimonio de la sociedad absorbente y puede realizarse la operación sin necesidad de que concurran los requisitos del artículo 49.1 Ley 3/2009. No es necesario manifestar ni acreditar por el órgano de administración que el socio único de la absorbida esté participado por la absorbente.

Resolución de 29-5-2017
(*BOE* 22-6-2017)
Registro Mercantil Central, número I

DENOMINACIÓN. IDENTIDAD.

Los conceptos de marca y denominación no se confunden entre sí aunque estén interrelacionados, por lo que el hecho de que la sociedad demandante tenga registrada la marca «X» no le otorga un derecho a obtener una denominación social coincidente con aquella.

La identidad de las denominaciones no se limita al supuesto de coincidencia total entre ellas sino que se proyecta a otros casos no siempre fáciles de precisar por lo que el concepto debe ampliarse a lo que se llama «cuasi identidad» o «identidad sustancial», con la única finalidad de que no se induzca a error sobre la identidad de sociedades.

En el supuesto contemplado no se aprecia que exista identidad sustancial no gramatical ni fonética entre la denominación solicitada —«Kenfilt»— y las ya registradas —«Jemfil» y «Genfil»—.

Resolución de 14-6-2017
(*BOE* 6-7-2017)
Registro Mercantil de Burgos

DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO. REACTIVACIÓN.

Se presenta escritura de que recoge acuerdos de cese y nombramiento de administradores en relación a una sociedad en cuyo objeto social se contienen actividades que, a juicio del Registrador, deben entenderse incluidos en la esfera de la ley de Sociedades Profesionales. Al haber transcurrido el plazo legal para su adaptación a dicha ley, hace constar en la hoja social su disolución y deniega la inscripción del apoderamiento.

La Dirección General ya ha dictado resoluciones en supuestos similares.

La solicitud del recurrente de que se revoque la decisión del Registrador haciendo constar la disolución de pleno derecho, señala que no cabe en vía de recurso decidir sobre el asiento de cancelación ya realizado que está bajo la salvaguarda de los tribunales. El interesado puede acudir a los procedimientos de rectificación y, en su caso al juicio ordinario correspondiente.

Disuelta de pleno derecho la sociedad y cerrada su hoja como consecuencia de la aplicación directa de la previsión legal de la Ley 2/2007, de 15 de

marzo, no procede la inscripción del poder pretendido prescindiendo de dicha situación.

Cuando la sociedad está disuelta *ipso iure* por causa legal o por haber llegado el término fijado en los estatutos ya no cabe un acuerdo social sino que lo procedente, si se desea continuar con la empresa, es la prestación de un nuevo consentimiento contractual por los socios que entonces ostenten dicha condición.

El artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital lejos de imponer una liquidación forzosa contra la voluntad de los socios, se limita a delimitar el supuesto de reactivación ordinaria, al que basta un acuerdo social, de este otro que exige un consentimiento contractual.

El TS ha sentado una doctrina consolidada para los casos en que las actividades incluidas en el objeto social puedan suscitar dudas sobre la sujeción a la Ley de sociedades profesionales, exigiendo en la constitución o modificación del objeto social que se declare expresamente que la sociedad es de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación si la sociedad no es profesional.

La novedad de esta Resolución frente a las anteriores reside en señalar que el Registrador debe actuar con cautela a la hora de apreciar el incumplimiento de la citada disposición transitoria primera de la Ley 2/2007 y practicar en consecuencia la cancelación de la hoja registral. Por ello, solo cuando por los documentos presentados a calificación o por los asientos registrales pueda el Registrador apreciar tales circunstancias, deberá practicar el correspondiente asiento de cancelación de la hoja registral.

Resolución de 15-6-2017
(*BOE* 6-7-2017)
Registro Mercantil de La Coruña

CUENTAS ANUALES. AUDITOR A INSTANCIA DE LA MINORÍA.

De acuerdo con la doctrina continua de la DGRN, existiendo auditor nombrado e inscrito a instancia de la minoría, no puede efectuarse el depósito de las cuentas si no se acompaña el preceptivo informe de dicho auditor.

Resolución de 21-6-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro Mercantil de Sevilla III

FUSIÓN. REQUISITOS.

En los supuestos exentos de complejidad el procedimiento puede simplificarse, pero en cualquier caso la normativa comunitaria y la española imponen la salvaguarda —en distinto grado— de los derechos de los socios, de los trabajadores y de aquellos eventuales acreedores a quienes pueda afectar el proceso. De ahí los requisitos relativos a la información documental que sobre la fusión y la escisión debe ponerse a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y de los representantes de los trabajadores, aun en los casos en que no se publiquen ni depositen previamente tales documentos por haberse adoptado los acuerdos por unanimidad en junta universal. Por ello la escritura deberá contener la declaración sobre el cumplimiento de la obligación

de información impuesta por el artículo 39.1 de la Ley 3/2009 también respecto de los trabajadores. Esas manifestaciones relativas a la información documental pueden estar contenidas en la certificación del acuerdo incorporada, pero debe referirse tanto a la sociedad absorbente como a la absorbida.

La falta de cumplimentación o la cumplimentación defectuosa de la práctica de la publicación o de la comunicación individual del acuerdo de fusión puede dar lugar a la impugnación del proceso de fusión. En cuanto a la forma en que se haya efectuado la comunicación individual, basta que del título presentado resulte que el otorgante certifica que se ha realizado la comunicación a los acreedores prevista en los artículos 43 y 44 de la Ley 3/2009, por escrito y su fecha en que se realizó.

Resolución de 21-6-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro Mercantil de Valencia III

AUDITORES. INFORME. OPINIÓN DENEGADA.

Es competencia del Registrador Mercantil determinar el valor del informe del auditor a los efectos de practicar operaciones en el Registro Mercantil, analizando si con el mismo se cumple o no con la finalidad prevista por la legislación de sociedades y se respetan debidamente los derechos del socio cuando se ha instado su realización. Se pueden expresar cuatro tipos de opiniones técnicas: favorable, con salvedades, desfavorable y denegada.

No hay cuestión cuando el informe contiene una opinión favorable o favorable con salvedades, pues ambos supuestos implican la afirmación del auditor de que el informe que suscribe conlleva que las cuentas analizadas expresan la imagen fiel del patrimonio social, de su situación financiera y, en su caso, del resultado de las operaciones y de los flujos de efectivo (arts. 3.1.c la Ley de Auditoría y 6.1 de su Reglamento). Tampoco es problemática la evaluación del supuesto de informe con opinión desfavorable, pues conlleva la afirmación de que las cuentas no expresan la imagen fiel del patrimonio social.

En el informe con reservas de las que resulte una opinión denegada, supuesto al que se asimila aquel en que el auditor se abstiene de emitir opinión, no puede equipararse la opinión denegada a la desfavorable.

El informe del auditor es una opinión cualificada sobre el grado de fiabilidad de los documentos auditados y puede servir a los socios para la adopción del acuerdo relativo a las cuentas o su impugnación y a los tribunales para resolver sobre la misma, pero no tiene el valor de una resolución judicial firme e inapelable siendo perfectamente posible que otro auditor tenga una opinión técnica distinta.

Esta resolución hace referencia a otras anteriores que han tratado del tema, de todas las cuales se deriva que el Registrador debe analizar el informe del auditor y especialmente las reservas formuladas, por si de las mismas se deriva que pueda quedar frustrado el interés de los socios o de terceros. En el caso contemplado tres de las salvedades hacen referencia a importes concretos relativos a partidas totalmente identificadas y además se cuantifican los efectos de las incorrecciones o incertidumbres; la salvedad relativa a la falta de disponibilidad del libro de actas ya señaló la Resolución de 3 de mayo de 2016 que no era motivo para denegar el depósito; la última salvedad referida al epígrafe aprovisionamientos presenta mayor dificultad pues puede ser muy relevante para la

imagen fiel de las cuentas atendiendo a su importancia en relación con la cifra de negocios, capital, resultados, etc. Pero aun así esta información proporcionada por el auditor puede resultar relevante para socios y terceros por lo que debe admitirse el depósito.

Resolución de 19-7-2017
(*BOE* 21-7-2017)
Registro Mercantil de Vizcaya II

FUSIÓN. ANUNCIOS PUBLICADOS DEL ACUERDO. RECURSO. PLAZO DE INTERPOSICIÓN.

Una vez notificada la calificación negativa comienza a correr el plazo de un mes para interponer el recurso. Si, aportada nueva documentación o subsanada la ya presentada lo es en términos insuficientes a juico del Registrador que calificó en su momento y el interesado decide recurrir, debe hacerlo antes de que se agote ese mes. Lo que ocurre es que en este caso el Registrador ha emitido una nueva nota negativa en la que reproduce en su inciso final el conjunto de recursos que puede interponer el interesado así como el plazo para llevarlos a cabo por lo que ha dado pie, indebidamente, a un nuevo cómputo del plazo de un mes.

Dado que la sucesión universal que se produce como consecuencia de la fusión altera, sin el consentimiento de los acreedores, la persona de su deudor, su protección se articula con base en dos derechos fundamentales: el de información y el de oposición. De ahí la obligación de que en las publicaciones del acuerdo de fusión o en la comunicación individual por escrito sustitutoria enviada a los acreedores se haga constar el derecho que les asiste de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de la fusión, así como el derecho de oposición que les corresponde que pueden ejercitar en el plazo de un mes desde dichas publicaciones o comunicaciones. Esto constituye un requisito que afecta a la validez del proceso de fusión. En el caso analizado si el anuncio no hubiera hecho mención alguna sobre la fecha de celebración de la Junta general en la que se acordó la fusión ningún obstáculo existiría a la inscripción. Pero al haberse expresado una fecha errónea, 8 de febrero, después de la cual no puede haber sido depositado el proyecto de fusión, ello ha podido inducir a error a los acreedores respecto de la posibilidad de ejercicio del derecho de oposición, puesto que tendrían tal derecho los acreedores cuyos créditos hubiesen nacido antes de la fecha de depósito del proyecto en el Registro, 30 de mayo.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Algunas cuestiones sobre los diferentes intentos de elusión del progenitor obligado al pago de alimentos y el interés superior del menor*

Some questions about the different attempts to circumvent the parent forced to pay for food and the best interest of the child

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se está pronunciando continuamente sobre cuestiones diversas que tienen como objetivo fundamental la obligación del progenitor del pago de la pensión de alimentos a los hijos. Son continuos los intentos de evitar dicho pago aludiendo diversas cuestiones, cada vez más creativas.

ABSTRACT: The jurisprudence of the Supreme Court is being pronounced continuously on diverse issues that have as fundamental objective the obligation of the parent of the payment of maintenance to the children. Attempts to avoid such payment are continuous, alluding to various issues, increasingly creative.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del menor. Pago de alimentos.

KEY WORDS: Best interest of the child. Pay of food.

* Este trabajo se integra dentro del marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de Daños. Derecho de la contratación», de cuyo equipo de investigación como codirectora formo parte.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. CALIFICACIÓN DE LOS INGRESOS DEL PROGENITOR Y CUANTÍA DE LA PENSIÓN.—III. INCUMPLIMIENTO GRAVE Y REITERADO DEL PAGO DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS Y PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—IV. LA AUSENCIA DE RELACIÓN AFECTIVA ENTRE PADRE E HIJA COMO CAUSA DE LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Últimamente, son varias las sentencias en las que se pone de relieve cómo los problemas económicos influyen decisivamente en importantes instituciones de orden privado familiar como son las referidas a la patria potestad (específicamente en su privación) y en materia de alimentos, desvirtuando en parte su propia esencia. Todo ello teniendo en cuenta, además, que los momentos de mayor crisis económica y financiera los hemos dejado atrás.

Parece que se nos está olvidando el hecho de que el deber de alimentos corresponde a los progenitores aunque no ostenten la patria potestad sobre sus hijos. Esto quiere decir que el progenitor, por el hecho de serlo, ostenta el deber de alimentos, con independencia de que sea o no titular de la patria potestad. La obligación de prestar alimentos no está vinculada a la patria potestad, sino a la relación de filiación. *De ahí que el progenitor privado de la patria potestad siga obligado a prestar alimentos a sus hijos* (art. 110 del Código Civil)[1]. Cuestiones que tienen cierto tinte moral, se están cuantificando minuciosamente, consecuencia de la modificación y/o evolución de ciertos valores familiares, y de los distintos tipos de modelos familiares.

En estos últimos años han sido importantes las decisiones que se han tomado en esta materia por nuestro más Alto Tribunal. Así, hemos comenzado a ver normal el necesario establecimiento de un *mínimo vital de subsistencia*, como pensión mínima imprescindible para el desarrollo de los hijos en condiciones de suficiencia y dignidad, a fin de garantizar una mínima obligación por parte de los progenitores, con objeto de dar cobertura a las necesidades de alimentación, vestido, educación, ocio, etc. —en cuanto elementos integrantes del concepto jurídico de alimentos— del alimentista[2].

O, la necesidad de un pronunciamiento legal, acerca de que *el nacimiento de nuevos hijos, fruto de otras relaciones posteriores, no es causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación*, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad[3].

Incluso hemos visto como se ha utilizado *la discapacidad de un hijo mayor de edad para eludir la pensión de alimentos,* indicando el Tribunal Supremo que aquella no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos. Pues no hay que olvidar que es obligación de los padres la asistencia de todo orden a sus hijos, no solo menores[4].

Derecho de alimentos cuyo fundamento jurídico deriva directamente del surgimiento de la filiación, teniendo presente que *pueden incluirse dentro de los gastos de crianza y educación del hijo que ha alcanzado la mayoría de edad si no hubieren completado su formación y no tuvieran recursos propios para mantenerse hasta los veintiséis años*[5].

Persistencia del *derecho de alimentos del menor que también existe por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio* y como consecuencia de la *apariencia de paternidad* el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían. De forma que cuando se declara la realidad biológica del menor mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial cesa la obligación, pero no pueden reclamarse los alimentos realizados con carácter retroactivo porque al existir la apariencia de paternidad, el menor tenía derecho a ellos[6].

Y, en mantenimiento del derecho del hijo a tales alimentos, el Tribunal Supremo ha tenido que fijar como doctrina jurisprudencial tal obligación de pagar alimentos a los hijos menores *no se extingue por el solo hecho de haber ingresado en prisión el progenitor que debe prestarlos* si al tiempo no se acredita la falta de ingresos o de recursos para poder hacerlos efectivos[7].

Pues bien, en menos de un mes han sido publicadas *tres sentencias* en sede de Audiencias, que desde diferentes planteamientos tienen como objeto eludir el pago de la pensión.

La primera de ellas, en línea con las cuestiones que antes hemos mencionado, es una sentencia que vuelve sobre la *cuantía de la pensión de alimentos,* y ese ánimo de avaricia (pues realmente la lucha por no incrementar el pago gira en torno a una cantidad muy módica —50 euros al mes de incremento—) que suele tener el progenitor obligado al pago de alimentos del hijo. Nos referimos a la SAP de Asturias, de 9 de marzo de 2017, donde se establece por el juzgador que los *gastos de representación* y *gastos de repostaje de gasolina* son un ingreso que debe computarse a los efectos de fijar la pensión por parte del padre[8].

El supuesto de hecho de la segunda de las sentencias que nos ha llamado la atención es totalmente diferente, aunque también tiene como finalidad evitar el pago de la pensión de alimentos del padre a la hija. Se trata de la Sentencia de la AP de Albacete de 14 de julio de 2016[9], cuyo argumento central invocado reside en que ante la *ausencia de relación afectiva* entre padre e hija, —porque la hija universitaria se niega a mantener ningún tipo de relación con él—, *debe extinguirse la obligación de la pensión alimenticia que el padre viene obligado a satisfacer*. En este caso es el padre el que quiere eludir la pensión de alimentos precisamente por la inexistencia de relación de afecto, motivando su argumentación, como veremos seguidamente, en la causa de desheredación que posibilita la misma cuando no hay relación con el hijo, a lo que adelantamos ya, el Juzgador se opone frontalmente.

Y, la tercera decisión que nos ha hecho reflexionar es la SAP de Cantabria de 16 de mayo de 2017[10] en la que, resumidamente, se acuerda *privar de la patria potestad* a un padre que no ha visto a su hijo en 8 años *ni ha pagado voluntariamente la pensión de alimentos,* como *sanción al grave* incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. Y dice la propia sentencia «todo lo cual conlleva una reducción del riesgo de conflicto entre los progenitores, proporcionando al niño estabilidad y seguridad». Teniendo como objetivo prioritario el principio general del interés del menor[11], para evitar la conflictividad entre los padres por el impago de las pensiones y la ausencia de relación del progenitor con el menor se le sanciona a aquel con la privación de la patria potestad. Aunque, insistimos, el artículo 110 del Código Civil señala que aun estando los padres privados de la

patria potestad están obligados igualmente a la prestación de alimentos, como norma de origen moral.

II. CALIFICACIÓN DE LOS INGRESOS DEL PROGENITOR Y CUANTÍA DE LA PENSIÓN

La SAP de Asturias de 9 de marzo de 2017 acuerda un incremento de la cuantía de la pensión a cargo del padre ya que las cantidades por *gastos de representación* y *gastos de repostaje de gasolina* es un ingreso que debe añadirse a la hora de fijar la contribución del padre a los alimentos de los dos hijos, pues es un dinero que se encuentra mes a mes en la disponibilidad del obligado al abono de la pensión. Imposibilidad de determinar la cuantía de las dietas porque la empresa no ha tenido intención de clarificarla.

El juzgador considera, acertadamente, que es un dinero que se encuentra mes a mes en la disponibilidad del obligado al abono de esta pensión y que cubre no tan solo combustible para sus desplazamientos sino también los gastos de representación, aunque no estén introducidos en el concepto de sueldo.

La propia empresa certifica que esas cantidades que percibe el progenitor se corresponden con dietas para gastos de representación y repostaje de carburante siendo propiedad de Bodegas Gordonzello. Dinero que la empresa pone a su disposición y que debe justificar con los tickets o facturas correspondientes para su contabilidad, pero que indudablemente conforma un ingreso. Señalándose a su vez en la sentencia que «sin que la empresa haya tenido intención en momento alguno de clarificar o al menos valorar cuantitativamente». Y recuerda el Juzgador que el artículo 217 LEC exige a quien tiene la facilidad probatoria acreditar circunstancia como la presente, de manera tal que esta *ocultación de un dato significativo*, exige concluir un defecto probatorio que debe ser tomado en consideración…

III. INCUMPLIMIENTO GRAVE Y REITERADO DEL PAGO DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS Y PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de enero de 2017[12] recuerda «la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella… 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». Se trata el contenido del artículo 154 del Código Civil [13].

En el mismo sentido, previamente que la STS de 9 de noviembre de 2015[14], indicó que «la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total,

requiere, de manera ineludible, la *inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad,* el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (STS de 6 de junio de 2014[15]; de 18 de octubre de 1996[16]; y de 10 de noviembre de 2005[17])» o que «la patria potestad constituye un *offícium* que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor, formulándose las causas de su privación en forma de cláusula general en el artículo 170 del Código Civil, requiriendo que se apliquen en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes».

Por ello la STS de 5 de marzo de 1998[18], dijo que la amplitud del contenido del artículo 170 del Código Civil y la variabilidad de las circunstancias «exigen conceder al Juez una amplia facultad discrecional de apreciación en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor […]»[19].

Y así llegamos a la SAP de Cantabria de 16 de mayo de 2017, donde se examinan las complejas relaciones personales entre los litigantes y la posición económica de cada uno de ellos tras la ruptura de la convivencia en común. No obstante para determinar la privación de la patria potestad se ha probado, como hemos visto que exige la jurisprudencia, que no ha existido comunicación alguna entre el menor y su padre en los últimos ocho años. Y, sobre todo, que el padre en ningún momento ha abonado puntual y voluntariamente las pensiones alimenticias establecidas en favor del niño, habiendo sido *condenado penalmente por esa razón como autor de un delito de abandono de familia.*

La total desatención personal que supone la falta de trato alguno entre un padre y su hijo durante su primera infancia, unido a la desatención patrimonial, únicamente corregida recurriendo a la vía ejecutiva, revelan objetivamente un grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad.

Además, cabe destacar la importancia que conlleva que la privación de la misma, y por lo tanto la exclusión del padre en la toma de decisiones en relación con el menor, además de reducir el riesgo de conflicto entre los progenitores, *asegura al niño una estabilidad y seguridad que ha de redundar en su beneficio* y que formaliza una situación que de hecho es la que ha venido sucediendo durante la mayor parte de su vida.

Desde esta perspectiva, el *interés del menor justifica la procedencia de la privación de la patria potestad* y que obviamente conlleva el *cese de cualquier derecho del padre a relacionarse personalmente con su hijo*, razón por la que no ha lugar a establecer régimen de visitas alguno.

IV. LA AUSENCIA DE RELACIÓN AFECTIVA ENTRE PADRE E HIJA COMO CAUSA DE LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA

En este caso es motivo de atención el argumento alegado por el progenitor que ante la *ausencia de relación afectiva de la hija con él*, quiere evitar el pago de alimentos que viene obligado a satisfacer, calificando dicha conducta de *maltrato de obra, o de injuria grave de palabra, como* conceptos que justifican la desheredación y, por remisión del artículo 152.4 del Código Civil, la extinción de su obligación de alimentos derivado de la patria potestad.

La SAP de Albacete de 14 de julio de 2016[20] acertadamente afirma que dicha conducta de la hija no cabe calificarla como un maltrato psicológico, que precisa de una conducta activa del agente dirigida causal y dolosamente a producir un

menoscabo de la salud mental de su víctima, actuación analizada por la jurisprudencia en los casos de desheredación.

La ausencia de relación afectiva entre padre e hija no puede fundar la extinción de la pensión alimenticia que el padre viene obligado a satisfacer por imperativo del artículo 93 del Código Civil, pues es el Juez, en todo caso, quien determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Por otro lado, entre las faltas que dan lugar a la desheredación, a las que se refiere el artículo 152.4 del Código Civil como causa de extinción de la obligación de satisfacer alimentos, no se encuentra la ausencia de relación afectiva entre alimentante y alimentista.

Las causas de desheredación fijadas en el artículo 853 del Código Civil deben de ser *interpretadas de forma restrictiva* no pueden comprender casos no regulados en la Ley como se señaló en la STS de fecha 4 de noviembre de 1997[21] en la que «los hijos no convivían con el padre, no mantenían relación con él, privaron de su presencia en vida para confortarle de sus dolencias naturales y ni siquiera acudieron a su entierro». Previamente, la STS de fecha 28 de junio de 1993[22] indicó lo mismo al señalar que «la falta de relación afectiva y de comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por este durante su última enfermedad, la ausencia de interés demostrado por la hija en relación con los problemas del padre, etc., *son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al ámbito de la moral,* que *escapan a la apreciación y a la valoración jurídica* y que, en definitiva, solo están sometidas al Tribunal de la conciencia»[23]. Criterio restrictivo que igualmente se mantiene, por ejemplo, en la en la Sentencia de la AP de Málaga de 16 de diciembre de 2002[24] señalando que «esta causa debe ser objeto de interpretación restrictiva, no siendo suficiente la existencia de malas relaciones entre alimentante y alimentista»[25].

V. CONCLUSIONES

Estas tres sentencias escogidas son un ejemplo del *comportamiento gradual en la negativa del progenitor en el pago de alimentos.* Así nos encontramos con esta hipotética clasificación de comportamientos:

El comportamiento más utilizado es el de aquellos progenitores que simplemente «burlan» la cuantía de sus ingresos para que no computen todos a los efectos del pago de la pensión del hijo. En el ejemplo del que hoy nos hemos servido es el de los *gastos de representación* y *gastos de repostaje de gasolina* a los que el juzgador califica de ingresos que deben añadirse a la hora de fijar la contribución del padre a los alimentos.

El segundo tipo de comportamiento es aquel en el que el progenitor desde el inicio de la vida del hijo se desentiende del mismo, y como sanción el Derecho le *priva de la patria potestad al padre incumplidor —que además ha sido condenado como autor de un delito de abandono de familia*, y consiguientemente a tener derecho ni obligación alguno el hijo. En estos casos *se confirma por el Derecho una situación que de hecho se estaba produciendo* en la práctica real diaria.

Y el tercer tipo de comportamiento, también centrado en eludir el pago de la pensión mensual por parte del padre, maneja argumentos que son «utilizables» de algún modo en otras instituciones jurídicas. Nos referimos al supuesto del padre que alega que su hija que se niega a mantener una relación afectiva con

él e intenta aplicarlo analógicamente a una de las causas de desheredación para eludir el pago de la pensión

VI. BIBLIOGRAFÍA

CASTILLO MARTÍNEZ, C. C.: El procedimiento para la privación de la patria potestad, en *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, edición núm. 2, Editorial LA LEY, Madrid, de marzo de 2010. *La Ley* 2011, 5078.

DELGADO ECHEVARRÍA, J.: Las figuras de abandono de familia en sentido estricto, Coordinación de Eva María DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Ediciones Dykinson, Madrid, 2006.

IGLESIA MONJE, M.ª I.: Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y el mínimo vital. Estudio jurisprudencial, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 740, noviembre-diciembre de 2013, 4157-4172.

— Reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 742, marzo-abril de 2014.

— Obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos mayores de edad con discapacidad, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Derecho Civil. 747. Enero-febrero, 355-370.

— Derecho de alimentos versus gastos de crianza y educación de los hijos mayores de edad. Los gastos de crianza como indemnización en los supuestos de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy,* en *RCDI,* Estudios jurisprudenciales. Derecho civil. Año: 2015, núm. 749, mayo-junio, 1533-1550.

— Los alimentos del menor y la apariencia de paternidad. Su reclamación por el padre y el daño moral, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, mayo-junio. 2016, 1553-1568.

ROMERO COLOMA, A. M.: La desheredación del cónyuge por incumplimiento de los deberes paternofiliales (art. 855.2.º y 3.º del Código Civil), en *Actualidad Civil*, 13 de mayo de 2013, Editorial La Ley. Diario La Ley, núm. 8079, Sección Tribuna, 9 de mayo de 2013, Año XXXIV, Ref. D-173, Editorial La Ley. *La Ley* 2013, 2114.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS Y AAPP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 14/2017 de 13 de enero de 2017, Rec. 1148/2016. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS (*La Ley* 2017, 44).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 621/2015 de 9 de noviembre de 2015, Rec. 1754/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. *La Ley* 2015, 158844.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 315/2014 de 6 de junio de 2014, Rec. 718/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA, *La Ley* 2014, 64162.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 564/2014 de 14 de octubre de 2014, Rec. 660/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. *La Ley* 2014, 141924.

- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 900/2005 de 10 de noviembre de 2005, Rec. 1540/1999. Ponente: Clemente AUGER LIÑÁN (*La Ley* 2006, 10099).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 5 de marzo de 1998, Rec. 506/1994. Ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes. (*La Ley* 1998, 6084).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 4 de noviembre de 1997, Rec. 3056/1993. Ponente: Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO, *La Ley* 1997, 11284.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 18 de octubre de 1996, Rec. 1563/1990. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. *La Ley* 1996, 9847.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 28 de junio de 1993. Ponente: Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE. (La Ley 22850-JF/0000).
- SAP de Cantabria, Sección 2.ª, Sentencia 297/2017 de 16 de mayo de 2017, Rec. 309/2017. Núm. de Sentencia: 297/2017. Núm. de Recurso: 309/2017. Ponente: Bruno ARIAS BERRIOATEGORTÚA. Diario La Ley, núm. 9007, Sección Jurisprudencia, 23 de junio de 2017.
- SAP de Albacete, Sección 1.ª, Sentencia 320/2016 de 14 de julio de 2016, Rec. 383/2016. Núm. de Sentencia: 320/2016. Núm. de Recurso: 383/2016. Ponente: Cesáreo Miguel MONSALVE ARGANDOÑA. Diario La Ley, núm. 9013, Sección La Sentencia del día, 4 de julio de 2017.
- SAP de Albacete, Sección 1.ª, Sentencia 320/2016 de 14 de julio de 2016, Rec. 383/2016. Núm. de Sentencia: 320/2016. Núm. de Recurso: 383/2016. Ponente: Cesáreo Miguel MONSALVE ARGANDOÑA. Diario La Ley, núm. 9013, Sección La Sentencia del día, 4 de julio de 2017.
- SAP de Málaga, Sección 6.ª, Sentencia 943/2002 de 16 de diciembre de 2002, Rec. 104/2002. Ponente: José Javier DÍEZ NÚÑEZ (*La Ley* 2002, 210919).
- SAP de Asturias, Sección 1.ª, Sentencia 73/2017 de 9 de marzo de 2017, Rec. 34/2017. Núm. de Sentencia: 73/2017. Núm. de Recurso: 34/2017. Ponente: Guillermo SACRISTÁN REPRESA. Diario La Ley, núm. 8995, Sección Jurisprudencia, 7 de junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

Constitución Española. Artículo 39
Código Civil. Arts. 110, 154…

NOTAS

[1] *El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.*

[2] IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la: Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y el mínimo vital. Estudio jurisprudencial, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 740, noviembre-diciembre de 2013, 4157-4172.

[3] IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la: Reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 742, marzo-abril de 2014).

[4] IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la: Obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos mayores de edad con discapacidad, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Derecho Civil. 747. Enero-febrero, 355-370.

[5] IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la: Derecho de alimentos versus gastos de crianza y educación de los hijos mayores de edad. Los gastos de crianza como indemnización en los supuestos de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy,* en *RCDI,* Estudios jurisprudenciales. Derecho civil. Año: 2015, núm. 749, mayo-junio, 1533-1550.

[6] IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la: Los alimentos del menor y la apariencia de paternidad. Su reclamación por el padre y el daño moral, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, mayo-junio de 2016, 1553-1568.

[7] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 564/2014 de 14 de octubre de 2014, Rec. 660/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. *La Ley* 2014, 141924.

[8] SAP de Asturias, Sección 1.ª, Sentencia 73/2017 de 9 de marzo de 2017, Rec. 34/2017. Núm. de Sentencia: 73/2017. Núm. de Recurso: 34/2017. Ponente: Guillermo SACRISTÁN REPRESA. Diario La Ley, núm. 8995, Sección Jurisprudencia, 7 de junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

[9] SAP de Albacete, Sección 1.ª, Sentencia 320/2016 de 14 de julio de 2016, Rec. 383/2016. Núm. de Sentencia: 320/2016. Núm. de Recurso: 383/2016. Ponente: Cesáreo Miguel MONSALVE ARGANDOÑA. Diario La Ley, núm. 9013, Sección La Sentencia del día, 4 de julio de 2017. *La Ley* 2016, 120109.

[10] La SAP de Cantabria, Sección 2.ª, Sentencia 297/2017 de 16 de mayo de 2017, Rec. 309/2017. Núm. de Sentencia: 297/2017. Núm. de Recurso: 309/2017. Ponente: Bruno ARIAS BERRIOATEGORTÚA. Diario La Ley, núm. 9007, Sección Jurisprudencia, 23 de junio de 2017.

[11] Según indica CASTILLO «en todo procedimiento de privación de patria potestad el verdaderamente afectado por la decisión a adoptar es aquel sujeto con referencia al cual se va a proceder a la aplicación de tal medida en orden al despojo de su titularidad respecto de sus progenitores, en definitiva, el sometido a patria potestad». (CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «El procedimiento para la privación de la patria potestad» en *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, edición núm. 2, Editorial LA LEY, Madrid, de marzo de 2010. *La Ley* 2011, 5078).

[12] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 14/2017 de 13 de enero de 2017, Rec. 1148/2016. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. (*La Ley* 2017, 44). Sentencia de casuismo relevante referente a la privación de la patria potestad sobre su hijo a un hombre condenado por abusar sexualmente de la hija de su pareja. Hay un grave riesgo para el hijo ante la falta trascendental de incumplimiento de las obligaciones de respeto y cuidado por el padre hacia la hija de su pareja. Para la privación de la patria potestad no es necesario que la agresión o incumplimiento de deberes tenga como sujeto pasivo directo al hijo.

[13] Artículo 154 (redactado por el apartado ocho del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, señala que «*Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.*

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º …, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad».

[14] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 621/2015 de 9 de noviembre de 2015, Rec. 1754/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. *La Ley* 2015, 158844. En esta sentencia se atribuye a la madre el ejercicio en exclusiva de la patria potestad sobre la hija menor de los litigantes, siendo privado de ella el demandado. Durante años este ha incumplido de forma grave y reiterada sus obligaciones, con una absoluta dejación de los deberes propios de la institución. En la actualidad no tiene relación alguna con su hija. Tal dejación no es imputable a la madre. Lo más beneficioso para la menor es la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente.

[15] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 315/2014 de 6 de junio de 2014, Rec. 718/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA, *La Ley* 2014, 64162. Este supuesto es diferente porque se declara la privación de la patria potestad de los padres biológicos sobre su hijo

menor, declarado en situación de desamparo y en la actualidad en situación de acogimiento preadoptivo ya que está totalmente integrado con sus padres acogedores. Los padres biológicos han incumplido de forma grave y reiterada sus deberes. El niño estaba incurso en una situación de verdadero riesgo, abandono y desprotección. Sufría lesiones relevantes y poco frecuentes y un severo retraso del proceso madurativo con estado de privación afectiva. La Administración tuvo que intervenir alertada por los servicios médicos.

[16] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 18 de octubre de 1996, Rec. 1563/1990. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. *La Ley* 1996, 9847. En este caso el juzgador considera que no debe privarse de la patria potestad a la menor de 16 años, teniendo en cuenta que «la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual, supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada, y a este respecto, los presupuestos establecidos en las sentencias recaídas en primera y segunda instancia fueron los siguientes: —no consta suficientemente probada una conducta agresiva del demandado hacia la hija, —en cuanto al aspecto económico se ha probado que el padre enviaba a la madre unas cantidades mínimas durante el año 1984, sin que conste si tales entregas continuaron, —consta que la tenía incluida en la cartilla de Seguridad Social, —se ha seguido relacionando con la hija…».

[17] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 900/2005 de 10 de noviembre de 2005, Rec. 1540/1999. Ponente: Clemente AUGER LIÑÁN. (*La Ley* 2006, 10099). «En este caso, las circunstancias de personas y tiempo que describe la sentencia recurrida no pueden ser consideradas como expresión de un incumplimiento que deba ser valorado como causa de privación de la patria potestad y, por tanto, el fallo judicial al desestimar la pretensión de privación de la misma ha aplicado correctamente la norma que se dice infringida».

[18] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 5 de marzo de 1998, Rec. 506/1994. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. (*La Ley* 1998, 6084).

[19] «… procede confirmar la sentencia del Juzgado de Familia, que privó de la patria potestad a Ángel, previa consignación de que "desde el día 31 de agosto de 1988, en que nació la menor, los únicos deberes que ha probado Ángel haber cumplido respecto a su hija son el pago de algunas mensualidades de pensión de junio de 1991 a mayo de 1992, y ello debido a que la madre tuvo que reclamarle judicialmente alimentos para su hija. Tampoco es cierto a tenor de la prueba testifical y aun de su misma confesión, que la madre le haya impedido ocuparse de la hija y visitarla, llegando a manifestar el demandado en su confesión que carece de interés en tratar a la hija, y llegó a proponer a María Jesús renunciar a la patria potestad a cambio de que se le eximiera de pagar la pensión de alimentos, por lo que procede estimar la demanda", conclusiones a las que llega igualmente esta Sala, que considera grave el incumplimiento especificado, que no impide ni el control previsto en el artículo 158 del propio texto legal, reiterado en la Ley de Protección Jurídica del Menor, LO 1/1996 de 15 de enero, ni el derecho del menor a ser oído, ni a su información adecuada, debiendo buscarse su desarrollo integral, de acuerdo con su personalidad, ni las prestaciones alimenticias impuestas al padre que contempla el artículo 110 del Código Civil ya citado, que, sin duda, trasciende a la patria potestad y función familiar, todo ello conforme a las previsiones constitucionales contenidas en su artículo 39: "los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos…" y "los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda", de manera que tampoco resultará inútil recordar la protección familiar contenida en los artículos 226 y 228 CP aprobado por LO 10/1995 de 23 de noviembre, nada de lo cual impedirá en el futuro que, en beneficio o interés de la hija, puedan los Tribunales acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubieren cesado las causas que motivaron la privación (art. 170.2 del Código Civil)…».

[20] SAP de Albacete, Sección 1.ª, Sentencia 320/2016 de 14 de julio de 2016, Rec. 383/2016. Núm. de Sentencia: 320/2016. Núm. de Recurso: 383/2016. Ponente: Cesáreo Miguel MONSALVE ARGANDOÑA. Diario La Ley, núm. 9013, Sección La Sentencia del día, 4 de julio de 2017.

[21] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 4 de noviembre de 1997, Rec. 3056/1993. Ponente: Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO. *La Ley* 1997, 11284. Afirma «la infracción del artículo 853 del Código Civil causas primera y segunda, porque entiende que en tales causas de desheredación incurrieron los hijos desheredados, pues no convivieron con el padre, no mantuvieron relación con él, le privaron al testador de su presencia en vida para confortarle de sus dolencias mortales y ni siquiera acudieron al entierro.

El motivo se desestima, porque los hechos imputados no son subsumibles en el artículo citado (negativa a prestar alimentos, sin motivo legítimo y malos tratos de obra o injurias graves de palabra), la jurisprudencia que interpreta este precepto, por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previstos en la ley. Los desheredados ni negaron alimentos ni maltrataron de obra o palabra al padre, y no demostrada la causa de la desheredación (art. 850) por la parte a quien le incumbe, la desestimación es la única decisión posible».

[22] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 28 de junio de 1993. Ponente: Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE (*La Ley* 22850-JF/0000).

[23] «Hasta aquí la interpretación puramente jurídica de los preceptos que regulan la institución; la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por este durante su última enfermedad, la ausencia de interés, demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc., etc., son circunstancias y hechos que de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva solo están sometidos al tribunal de la conciencia. Por las razones expuestas, procede la desestimación del motivo, y la del recurso en su integridad…».

[24] SAP de Málaga, Sección 6.ª, Sentencia 943/2002 de 16 de diciembre de 2002, Rec. 104/2002. Ponente: José Javier DÍEZ NÚÑEZ. (*La Ley* 2002, 210919). Se reconoce al alimentista la indefensión alegada por las cantidades denegadas en ejecución de sentencia de separación. Las nefastas relaciones paterno-filiales no exoneran al alimentante de su obligación.

[25] «…en relación con el motivo invocado de ser procedente el cese en el pago de la pensión alimenticia a favor del hijo matrimonial como consecuencia de la observancia de lo prevenido por el artículo 152.4 del Código Civil —"cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación"—, es cuestión que debe ser interpretada en forma restrictiva según doctrina jurisprudencial, no siendo bastante pretender quedar exonerado en el pago de alimentos en favor de un descendiente como consecuencia, según se desprende de la documental y restante material probatorio aportado a las actuaciones, de las nefastas relaciones paternofiliales, al parecer, al haber tomado claro partido el hijo en defensa de los intereses de su progenitora materna, no pudiendo tener dicha circunstancia el alcance y repercusión tan extremo pretendido por la recurrente…».

1.2. Derecho de familia

Efectos patrimoniales en el régimen de separación de bienes

Patrimonial effects of the regime of separation of goods

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM.

RESUMEN. El régimen de separación de bienes se caracteriza porque cada cónyuge conserva la titularidad de los bienes adquiridos antes de pactar el régimen o lo que adquiera después vigente el régimen, asimismo, a cada cónyuge le corresponde la administración, goce y libre disposición de los bienes y además, las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad. Durante la vigencia del régimen cada cónyuge contribuirá al sostenimiento de las cargas del matrimonio (arts. 1318 y 1438 del Código Civil) tal como hayan acordado las partes y, a falta de pacto, se procederá a la contribución en proporción a los respectivos recursos económicos, siendo el trabajo para la casa un modo de contribución. A la extinción y liquidación del régimen, que puede ser consecuencia de una crisis matrimonial, el trabajo para la casa podrá dar derecho a compensación. El presente estudio se va a centrar en el análisis de lo que representa el sostenimiento de las cargas del matrimonio, vigente el régimen de separación, y tras su extinción y liquidación los efectos patrimoniales que se derivan del mismo.

ABSTRACT. The regime of separation of goods is characterized because every spouse preserves the ownership of the goods acquired before agreeing on the regime or what he acquires later in force the regime, likewise, to every spouse there corresponds to him the administration, possession and free disposition of the goods and in addition, the obligations contracted by every spouse will be of his exclusive responsibility. During the force of the regime every spouse will contribute to the maintenance of the loads of the married (articles 1318 and 1438 of the Civil Code) as the parts have agreed and, for lack of agreement, one will proceed to the contribution in proportion to the respective economic resources, being the work for the house a way of contribution. To the extinction and liquidation of the regime, which can be a consequence of a matrimonial crisis, the work for the house will be able to give right to compensation. The present study is going to centre on the analysis of that there represents the maintenance of the loads of the marriage, in force the regime of separation, and after his extinction and liquidation the patrimonial effects that stem from the same one.

PALABRAS CLAVE. Régimen de separación de bienes. Cargas del matrimonio. Liquidación del régimen. Reembolsos. Rendición de cuentas. Adjudicación de bienes. Contribución al trabajo doméstico.

KEY WORDS. Regime of separation of goods. Loads of the marriage. Liquidation of the regime. Reimbursements. Surrender of accounts. Adjudication of goods. Contribution to the housekeeping.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL SOSTENIMIENTO DE LAS CARGAS DEL MATRIMONIO: 1. CONCEPTO DE CARGAS DEL MATRIMONIO. 2. LAS CARGAS DEL MATRIMONIO EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.—III. EXTINCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DE SEPARACIÓN DE BIENES: 1. SUPUESTOS Y OPERACIONES LIQUIDATORIAS. 2. LA COMPENSACIÓN POR EL TRABAJO PARA LA CASA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La ordenación de las relaciones económicas y patrimoniales en el matrimonio con efectos *inter partes* y frente a terceros tiene lugar mediante el régimen económico patrimonial que, se reconduce en nuestro ordenamiento a tres tipos: el régimen de sociedad de gananciales caracterizado por la existencia de una masa común de bienes junto a bienes de naturaleza privativa; el régimen de separación de bienes que, cada cónyuge tiene la propiedad de sus bienes y no hay masa común; y, el régimen de participación que, vigente el mismo opera como un régimen de separación —por lo que no hay patrimonio común— y a su liquidación cada cónyuge tiene derecho a participar en las ganancias del otro —como un régimen de comunidad—.

Centrándonos en el régimen de separación de bienes, este tiene lugar como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS cuando «cada uno de los consortes tiene sus propios bienes y su propio patrimonio, de manera que no existe ningún tipo de unión o confusión y tampoco por el mero hecho del matrimonio ningún tipo de comunidad»[1]. En la separación de bienes hay un patrimonio privativo de cada cónyuge separados entre sí. De forma que, a cada uno de los cónyuges le corresponde la propiedad, disfrute, la administración y disposición de sus propios bienes, sin perjuicio de su obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. Si bien, este régimen no excluye la existencia de bienes comunes en régimen de comunidad ordinaria; y asimismo, esa libertad de gestión, administración y disposición de los cónyuges tiene excepciones y limitaciones en aras del interés familiar —*v. gr.* el artículo 1320 del Código Civil exige el consentimiento del cónyuge no titular para realizar actos dispositivos sobre la vivienda habitual y muebles de uso ordinario de la familia—. Así para los matrimonios cuyo régimen económico está sometido al Código Civil, el artículo 1435 establece que existirá separación de bienes entre los cónyuges: 1. Cuando así lo hubieran convenido; 2. Cuando los cónyuges hubieran pactado en capitulaciones matrimoniales que, no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por la que hayan de regirse sus bienes. Se trata del régimen legal supletorio de segundo grado; y 3. Cuando se extinga constante matrimonio la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que la voluntad de los interesados fuese sustituida por otro régimen. Se trata de un régimen que puede pactarse antes o durante el matrimonio[2]. Tal pacto puede contenerse en capitulaciones matrimoniales y constituye el contenido más propio de este —debe formalizarse en documento público tal como disponen los artícu-

los 1315, 1327 y 1280 del Código Civil—. Ahora bien, la titularidad separada de los bienes determina que, pertenecen a cada cónyuge los bienes que tuviesen en el momento inicial del mismo y los que adquiera por cualquier título vigente el mismo (art. 1437 del Código Civil)[3]; si bien, a la liquidación del régimen cabe reembolsos y retribución entre los cónyuges, si se hubiere empleado fondos del otro cónyuge para su adquisición, si bien para los acreedores «únicamente vale la existencia de un título formal de adquisición por el cónyuge deudor»[4]. Si no es posible determinar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponde a manos por mitad en proindiviso (art. 1441 del Código Civil). Se trata de una presunción *iuris tantum* de cotitularidad que, aunque puede entrar en conflicto con las presunciones posesorias, respecto de estas constituye *lex especial*[5]. En consecuencia, no existe entre los cónyuges ningún tipo de comunidad de carácter conyugal —bienes comunes—; lo que no impide que pueda, constituirse alguna cotitularidad sobre bienes concretos, si bien, sería una comunidad ordinaria regida por los artículos 392 y siguientes del Código Civil por lo que, en principio, las cuotas de ambos cónyuges se presumen iguales —por mitad—[6] y, en cualquier momento cualquiera de los partícipes puede solicitar la división de la cosa común[7]. Por otra parte, conforme el artículo 1437 del Código Civil corresponde a cada cónyuge la administración, goce y libre disposición de sus propios bienes; lo que no impide que, uno de los cónyuges administre sus propios bienes y los del otro; al respecto tendrá las mismas obligaciones y responsabilidad que un mandatario y tendrá que rendir cuentas, salvo que se trate de frutos percibidos y consumidos que se invirtieron en el levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1439 del Código Civil). Y, salvo la existencia de disposición legal al respecto como sucede con la vivienda familiar o los muebles de uso ordinario de familia (art. 1320 del Código Civil), cualquiera de los cónyuges puede disponer de sus bienes sin contar con el consentimiento del otro. En este contexto, ni el hecho que exista una titularidad separada de los bienes ni que cada cónyuge gestione y disponga de sus propios bienes, puede condicionar el cumplimiento de la obligación que para ambos consortes impone el artículo 1318 del Código Civil sea cual sea el régimen económico del matrimonio que se pacte; y el artículo 1438 del mismo cuerpo legal para el de separación de bienes.

Lo cierto es que, la regulación concreta de los regímenes económicos conyugales aparece precedida en el Código Civil de unas disposiciones generales —normas de carácter imperativo— que son aplicables a todo matrimonio cualquiera que sea el régimen económico legal o pactado en cuanto pretende garantizar el principio de igualdad conyugal consagrado constitucionalmente en el artículo 32.1 de la Constitución española. Si bien, tales disposiciones, aunque son de índole patrimonial, necesitan coordinarse con el régimen económico específico del matrimonio (arts. 1315 a 1324 del Código Civil). Para LACRUZ BERDEJO se puede definir este régimen primario, como se conoce en la doctrina y por influencia francesa, como «el conjunto de aquellas normas que, refiriéndose a la economía del matrimonio, se aplican a todos y cada uno de los celebrados bajo la disciplina del Código Civil y con independencia de si se rigen por un estatuto de comunidad o por uno de separación de bienes»[8].

De forma que, ambos cónyuges deben contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio y a falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. Asimismo, añade el citado artículo 1438 que, el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas, esto es, las labores domésticas no retribuidas, han de valorarse como recursos económicos del cónyuge que efectivamente las realiza —sea uno de ellos, o sean los dos

(art. 68 del Código Civil)—, al efectos de calcular el montante de su contribución proporcional al levantamiento de las cargas del matrimonio. Pero, además, tales tareas dan derecho a una compensación que, a falta de acuerdo entre los cónyuges, la fijará el Juez al concluir el régimen de separación. Por otra parte, ambos cónyuges responden de las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 1440.2 del Código Civil), incluyendo en esta, los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia «conforme al uso del lugar y circunstancias de la misma» (art. 1319 del Código Civil); de manera que, sobre tal base legal, cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendada a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma, y, con tal finalidad protectora de terceros acreedores, vincula el patrimonio del cónyuge deudor y los comunes (en caso de existir) y subsidiariamente los del otro cónyuge. Por lo que, de las deudas contraídas por uno de los cónyuges para atender a las necesidades ordinarias de la familia, responde frente a los acreedores los bienes del cónyuge que, contraiga la deuda y subsidiariamente los bienes del otro (arts. 1319.2 y 1440.2 del Código Civil)[9]. Todo ello, sin perjuicio de los reembolsos exigibles entre los cónyuges respecto lo aportado de más por cualquiera de ellos. Lo que exceda de la potestad doméstica —del levantamiento de las cargas del matrimonio— solo responde el patrimonio del cónyuge deudor, pues, como regla general, las obligaciones contraídas por los cónyuges serán de su exclusiva responsabilidad (art. 1440.1 del Código Civil)[10].

Por otra parte, en este régimen de separación de bienes rige la regla de la libre contratación entre cónyuges, incluso a título gratuito[11]; si bien, el artículo 1442 del Código Civil remite a la disposición de la ley concursal, cuando sea declarado un cónyuge en concurso; y así el artículo 78.1 de la citada norma concursal presume en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario que, el cónyuge concursado donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por este para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado el año anterior a la declaración del concurso. Esta presunción permite rescindir la adquisición del cónyuge no concursado, con el objeto de integrar tales bienes en la masa activa del concurso. De no probarse la procedencia del dinero con el que se adquirido el bien, se entiende que pertenece a ambos por mitad; y, en consecuencia, rescindir la adquisición e integrar la mitad del bien adquirido en la masa activa. Si bien, como precisa el apartado 2 del citado precepto no regirá esta presunción, cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho.

En este contexto, el artículo 1438 del Código Civil identifica cuatro reglas distintas pero coordinadas entre sí: 1) Que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes; 2) La obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir; 3) Puede contribuirse a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del artículo 32 de la Constitución Española; 4) El trabajo

para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen[12]. A estas cuatro reglas añade GUILARTE MARTÍN-CALERO una más como es que, el trabajo doméstico sirva para determinar la procedencia y el *quantum* de la pensión compensatoria en los supuestos de nulidad, separación y divorcio. En estos casos resulta decisiva la dedicación pasada y futura a la familia para la obtención de esta pensión[13].

Sobre tales bases, la regla general cualquiera que sea el régimen matrimonial elegido, es que cada cónyuge responda de las deudas por él contraídas, pero cuando se trata de cargas del matrimonio, los dos cónyuges deben contribuir a su sostenimiento, con independencia del cónyuge que ha asumido la deuda[14]. Se completa con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1440 del Código Civil relativo a la responsabilidad de los cónyuges frente a terceros en relación con una modalidad de cargas del matrimonio como son las deudas derivadas de la potestad doméstica, indicando cuando se puede dirigir contra el patrimonio del cónyuge contratante o también puede dirigirse en determinadas condiciones contra el patrimonio del consorte que no contrató[15]; y, finalmente, con el artículo 1318 del Código Civil que, declara la sujeción de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio —aunque no exista patrimonio común—, afección de carácter obligacional que, no significa en modo alguno una limitación de las facultades dispositivas del principio de responsabilidad patrimonial universal[16].

El artículo 1438 del Código Civil, pues, constituye una concreción en el régimen de separación de bienes de las normas establecidas en los artículos 1318 y 1319 del Código Civil aplicables a todo matrimonio al margen de cuál sea el régimen matrimonial elegido[17].

Para ÁLVAREZ OLALLA se trata de un deber que no deriva del régimen económico matrimonial sino del principio de colaboración, solidaridad y ayuda entre ambos cónyuges; de tal manera que, el régimen económico matrimonial solo fija el modo en que el deber debe cumplirse[18]. Es una manifestación de los deberes de mutua ayuda y mutuo socorro que imponen los artículos 67 y 68 del Código Civil a los esposos. Se trata, en definitiva, de una plasmación de la comunidad de vida, material y espiritual, de esa unión y solidaridad de los miembros del grupo familiar[19].

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis del sostenimiento de las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes cuya efectividad tiene lugar constante matrimonio y en la extinción y liquidación del mismo y sus consecuencias patrimoniales, haciendo especial referencia a la compensación por el trabajo doméstico.

II. EL SOSTENIMIENTO DE LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. Concepto de cargas del matrimonio

El artículo 1318.1 se caracteriza por ser una norma de carácter general, en tanto se aplica a todo régimen económico matrimonial y sin trascendencia en otras relaciones jurídicas aisladas que, pueden presentarse entre los cónyuges, como la prestación de alimentos, aunque en ocasiones sea difícil fijar el límite[20]. Igualmente, es una norma de carácter imperativo en un doble sentido: por ser una norma que inspira el orden público sistemático, y porque su aplicación es de

obligado e inexcusable cumplimiento en todos los regímenes económicos matrimoniales[21]; no siendo posible un pacto global que tenga por finalidad excluir por completo el contenido de la norma a uno de los cónyuges, aunque sí un pacto o convenio en el que se concrete la cuantía de contribución de cada uno de los cónyuges que, dependerá del régimen matrimonial y de las concretas circunstancias familiares, asimismo la forma de contribución a las cargas, esto es, las medidas y las condiciones de aportación de cada uno, la distribución interna de responsabilidades entre las distintas masas patrimoniales[22] que, podrá constar en capitulaciones matrimoniales, o en otra forma no necesariamente capitular[23]; y, por último, representa un deber de inexcusable cumplimiento que, la ley impone expresamente a los cónyuges[24].

Su fundamento lo encontramos en la necesaria colaboración entre los cónyuges consecuencia del matrimonio como algo sustancial al mismo, y en la convivencia familiar[25]. Ni en el artículo 1438 del Código Civil ni en el artículo 1318 del mismo cuerpo legal se da una definición de cargas del matrimonio.

Se entiende por cargas del matrimonio «todos los gastos necesarios, ordinarios y extraordinarios para el sostenimiento de la familia no atribuible a ninguno de sus miembros». Concepto que se deduce del artículo 1362 del Código Civil referido a los gastos que son de cargo de la sociedad de gananciales y del artículo 142 del Código Civil relativo al derecho de alimentos[26]. Para MONTÉS PENADES «el concepto de cargas del matrimonio debe ser referidos tanto a lo que en la sociedad de gananciales son gastos a cargo del patrimonio ganancial descontando lo que deriva de su mera existencia y necesidad de sostenimiento interno, cuanto los que pueden obtenerse pensando que socialmente se entiende por gastos familiares los provocados por consumo del grupo familiar no atribuibles especialmente a ninguno de sus miembros, así como los específicos de cada uno de ellos que entrarían en el concepto de alimentos». Por lo que de ello resulta para el citado autor que cargas del matrimonio «son sustento, habitación, vestido, y asistencia médica de todo el grupo familiar, educación y alimentación de los hijos comunes, gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo y atenciones de previsión acomodadas a los usos y, a las circunstancias de la familia»[27]. Por su parte, MORENO MOZO las conceptúa como «aquellas necesidades materiales (en el citado sentido de que su satisfacción es susceptible de valoración económica) del grupo familiar, formado por los cónyuges e hijos convivientes —comunes o unilaterales—, sobre las que el citado grupo tiene el deber legal de satisfacerlas o levantarlas, en cuanto que, además de sujetos perceptores, son siempre y al mismo tiempo sujetos contribuyentes»[28], mayoritariamente la doctrina ha estimado que coincide básicamente con lo establecido en el artículo 1362.1 del Código Civil en sede de gananciales, y más concretamente, referido a los gastos que son de cargo de la sociedad de gananciales que, a su vez se integra con la definición amplia de alimentos del artículo 142 del Código Civil. De forma que, frente a quien identifica cargas del matrimonio con el contenido de la potestad doméstica (art. 1319 del Código Civil), del artículo 1362.1 se deduce que son cargas del matrimonio los gastos derivados del sostenimiento ordinario de la familia, esto es, alimentación, alojamiento, vestido, asistencia médica, educación, así como las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia. El nivel económico de la familia es un referente a la hora de determinar la cuantía a la que pueden ascender esos gastos para poder ser considerados carga del matrimonio. Los gastos extraordinarios pueden ser también considerados carga, si son inevitables, incluso aunque superen el nivel de vida de la familia y sus recursos[29]. Asimismo, pueden ser considerados carga

del matrimonio, aquellos otros gastos destinados al consumo de la familia que son considerados como necesarios por acuerdo de los cónyuges[30]. Por lo que, el concepto de cargas del matrimonio es más amplio que el de potestad doméstica —deuda doméstica que se identifica con «necesidades ordinarias de la familia»—; de forma que, no toda carga del matrimonio tiene la consideración de deuda doméstica al existir gastos extraordinarios necesarios para el sostenimiento de la familia que, no entrarían en el marco del artículo 1319 del Código Civil[31]. Desde tal perspectiva, para MONFORT FERRERO cargas del matrimonio o sostenimiento de la familia comprenderá «todo lo que, razonablemente, pueda contribuir al desarrollo y expansión en los diferentes campos ligados a la actividad cultural, intelectual o deportiva que desarrolle cualquiera de estos sujetos, incluidos los desembolsos provenientes del simple recreo o esparcimiento, así como los que deriven del mantenimiento de las conductas sociales que vengan impuestas por la posición económica de la familia o del ejercicio de acciones altruistas que la familia considera legítimas»[32]. Ahora bien, de forma mayoritaria se asimila carga matrimonial al de carga familiar, considerándose ambos términos como sinónimos[33]. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2006[34] señala que, las cargas del matrimonio deben identificarse con el sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges y «abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar».

Si bien, cada cónyuge puede tener cargas familiares que no coinciden exactamente con las cargas matrimoniales, como sucede si se tienen hijos de un anterior matrimonio. Por lo que, el concepto de cargas familiares puede ser más amplio que el de cargas matrimoniales, al estar aquellas basadas en la relación o vínculo paterno-filial, con independencia de si existe o no vínculo matrimonial[35]. A tales efectos, hay que entender que, los miembros de la familia cuyos gastos de mantenimiento tienen la condición de carga matrimonial o familiar son los relativos a los cónyuges e hijos comunes[36]. Respecto a los hijos no comunes que, conviven en la vivienda familiar, en principio, sus gastos no cabe considerarlos como cargas matrimoniales; de manera que, no deben ser atendidos por el cónyuge no progenitor[37]. Por lo que, aunque tales gastos en un régimen de gananciales se abonen con recursos comunes de ambos cónyuges como son los gananciales (art. 1362.1 del Código Civil) al considerarse deudas de la sociedad de gananciales los gastos de sostenimiento del hijo que vive en el hogar familiar; no sucede lo mismo en un régimen de separación de bienes en el que no hay patrimonio común y tampoco los frutos del patrimonio privativo son comunes (art. 1347 del Código Civil); de forma que, no se puede exigir al cónyuge no progenitor que, tenga que atender dichos gastos proporcionalmente con su patrimonio privativo. Supuesto distinto es que exista un eventual acuerdo entre los cónyuges, aunque sea tácito; pero a falta del mismo, como señala ASÚA GONZÁLEZ no puede exigirse jurídicamente al cónyuge no progenitor el abono de los gastos del hijo no común y que para evitarlo la solución sea la separación o el divorcio[38]. Por tanto, considerarlo carga del matrimonio supondría que, las necesidades de un hijo tras la ruptura matrimonial serían atendidas por los progenitores —tengan o no atribuida la guarda y custodia— y, además por el cónyuge de su progenitor; lo que no parece razonable en un régimen de separación de patrimonios[39]. Sin embargo, en la regulación autonómica, el artículo 237.5 del Código Civil catalán determina como gastos familiares los necesarios para el mantenimiento de la familia, de acuerdo con los usos y el nivel de vida familiar, entre los que destaca

los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio. Con respecto a los hijos no comunes que convivan con los cónyuges se incluyen como gastos familiares los alimentos a los que se refiere el artículo 237-1 que dispone que «se entiende por alimentos todo cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido, asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos para la formación si esta es menor, y para la continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le es imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular. Asimismo, los alimentos incluyen los gastos funerarios, si no están cubiertos de otra forma».

2. Las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes

El artículo 1318 del Código Civil con carácter general cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, y el artículo 1438 para la separación de bienes, impone el deber de ambos cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de acuerdo, señala el citado artículo 1438 se hará proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos[40]. Para ÁLVAREZ OLALLA este deber no deriva del régimen económico matrimonial, sino del principio de colaboración, solidaridad y ayuda entre ambos cónyuges, de tal manera que el régimen económico solo fija el modo en que el deber ha de cumplirse[41]. En todo caso, se trata de una norma de distribución entre los cónyuges de los gastos que, origina atender a las cargas del matrimonio.

Por lo que, el propio precepto fija dos criterios para el cumplimiento del deber de contribuir a las cargas del matrimonio: el pactado por los cónyuges y subsidiariamente, el deber de contribución proporcional a los recursos económicos —se aplica el criterio legal de la proporcionalidad—. Ambos operan en la esfera interna al concretar de forma expresa como los cónyuges han de contribuir al pago de los gastos que, tienen la consideración de cargas del matrimonio. Por lo que, no es oponible frente a terceros[42]. Lo importante es como precisa LACRUZ BERDEJO no es quién se obliga y quién responde, sino en cuanto y en cómo se contribuye[43]. Por tanto, en la esfera externa es donde se determina la responsabilidad de los cónyuges frente a terceros; de forma que, cuando se trata de un gasto necesario extraordinario que, no es subsumible en el concepto de deuda doméstica aunque si en el de cargas del matrimonio, responden frente a terceros el cónyuge deudor, quien luego podrá exigir el reembolso al otro cónyuge de las cantidades abonadas que, excedan de lo que proporcionalmente a sus recursos económicos les corresponde[44].

Tal como hemos precisado, en el esquema económico de contribución a las cargas familiares con carácter preferencial se opta por el acuerdo de los cónyuges, pues, ellos son los que mejor conocen las circunstancias concretas y específicas de su matrimonio. En la doctrina actual se admiten estos convenios o pactos considerando la regulación del Código Civil como de derecho dispositivo y no de *ius cogens*[45]. En todo caso, los acuerdos llevados a cabo por los cónyuges en este ámbito deben respetar los límites generales del artículo 1328 del Código Civil. De forma que, en aquellos casos en que esta libertad de pactos encubre o contribuye a una desigualdad entre cónyuges; tal cláusula debe ser considerada nula por ilícita[46].

Así tales acuerdos respetando los límites legales, resultan válidos en las relaciones *inter partes*; siendo inoponibles frente a terceros en lo referente a las

cargas del matrimonio que tengan la consideración de deuda doméstica al tener el artículo 1319 del Código Civil naturaleza imperativa[47]. Para la mayoría de la doctrina los cónyuges van a poder determinar básicamente cómo se van a repartir las cargas, qué cantidad tienen que aportar cada uno y de qué manera se va a ejecutar la obligación de contribuir; de forma que, los pactos a los que pueden llegar las partes serán muy variados: establecimiento de un porcentaje sobre sus ingresos (mitad, un tercio, un cuarto); determinación de una cantidad periódica fija susceptible de actualización, o variable en función de las cargas asumidas en los distintos periodos (constante matrimonio o tras la separación)[48].

En este contexto, admitida la posibilidad de pactos y por tanto, la concreción de los cónyuges de cómo han de subvenir a las cargas del matrimonio, hemos de plantearnos si se exige una determinada forma para estos pactos o acuerdos. Frente a un sector minoritario de la doctrina que, se inclina por exigir la forma pública y más, en concreto, en capitulaciones matrimoniales al suponer una manifestación del régimen económico y como tal debe constar en capitulaciones[49]; la opinión mayoritaria defiende la tesis contraria y entiende que, no es necesario que dichos pactos o convenios reguladores consten en capitulaciones matrimoniales[50]. Aunque nuestra opinión se identifica con este criterio dominante, hemos de precisar que, si el pacto consta en capitulaciones matrimoniales no estamos ante exactamente una estipulación capitular, sino más bien ante un pacto capitular. Como el principio de libertad de forma debe imperar en este campo, tampoco resulta necesario que tales pactos consten en documento público distinto de las capitulaciones matrimoniales ni siquiera en documento privado, incluso puede no constar de forma expresa, sino deducirse del comportamiento cotidiano de los cónyuges —acuerdos tácitos—[51].

Ahora bien, cabe preguntarse sobre la validez de aquellos pactos que exoneran a uno de los cónyuges de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio, fijen la realización de tal contribución de una manera no proporcional; o, en fin, un pacto por el que se establece que uno de los cónyuges aporte todos sus recursos económicos en el levantamiento de las cargas del matrimonio. En el primer caso, solo uno de los cónyuges se responsabiliza y se hace cargo en exclusiva de las cargas del matrimonio. Se trata de aquellos acuerdos por el que uno de los cónyuges queda completamente exonerado de la obligación de satisfacer las cargas del matrimonio; de modo que, su consorte soporte en exclusiva todas las cargas. Sobre esta cuestión, se advierten posiciones doctrinales muy diversas. Así para un sector doctrinal se considera nulo tal pacto por contrariar los principios fundamentales e imperativos como es el de igualdad de los cónyuges proclamado en el artículo 32 de la Constitución española y en el artículo 1328 del Código Civil[52]; o simplemente se duda de su validez[53]. Al respecto señala DE PABLO CONTRERAS que «es muy dudosa la validez del pacto en que uno de los cónyuges no contribuya al levantamiento de las cargas del matrimonio, que algunos autores admiten, al menos, si se realiza en capítulos, bien con meros efectos *inter partes*, pues, aun no considerando obstáculo el tenor del artículo 1328, sí que lo parece el del artículo 1318 que, puesto en relación con los artículos 66 a 68, ha de tenerse como norma imperativa aplicable cual sea el régimen económico del matrimonio»[54]. Sin embargo, otro sector doctrinal se inclina por admitir la validez de estos pactos de exoneración en la esfera interna de las relaciones conyugales sin perjuicio de su eficacia limitada en sus relaciones con terceros[55]. Así, para algunos autores se acepta la viabilidad del acto sin mayores exigencias, entendiendo que los cónyuges tienen libertad para distribuirse responsabilidades conforme a sus propias circunstancias[56]. Otros, sin embargo, solo apoyan la validez de este tipo

de acuerdo cuando se dan determinadas supuestos, por ejemplo, cuando haya causa que lo justifique[57]; o a uno de los cónyuges le sea materialmente imposible contribuir por carecer de recursos económicos[58]; o, en fin, el pacto debe constar en capitulaciones matrimoniales[59]. Como acertadamente, se ha señalado el deber de contribuir a las cargas del matrimonio, es un deber legal pero no de *ius cogens*; los cónyuges pueden regularlo a su arbitrio e *inter partes*, y exonerar a uno de los cónyuges de su cumplimiento[60]. Cosa distinta es que, incumplido cuando es exigible pueda ser reclamado, pudiéndose agredir los bienes de los bienes de los cónyuges, tal como dispone el artículo 1318 del Código Civil que «no deja de ser una concreción del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil, sin que se produzca una afección real de los bienes»[61]. En la línea de admitir la validez de estos pactos exonerativos, LACRUZ BERDEJO precisa que, en ciertos casos estos pactos pueden ser considerados ilícitos[62]; o, en supuestos de completa liberación de un cónyuge por otro, habría una evidente dosis de gratuidad, con la consecuencia jurídica que de ellos deriva (colación, inoficiosidad, etc.)[63]. En todo caso, se considera válido el pacto por el que ambos cónyuges acuerden que el levantamiento de las cargas del matrimonio recaiga exclusivamente en uno de los cónyuges mediante su contribución económica, sin perjuicio de poder cumplir el otro cónyuge su obligación con el trabajo doméstico; si bien, su validez opera en las relaciones intraconyugales. Ciertamente, el poder de autorregulación de los cónyuges en sus relaciones económicas y en concreto, de las cargas familiares, debe ser admitido como una manifestación en la esfera interna de la propia privacidad (intimidad) de la familia y de su poder de actuación[64]. Si bien, tal pacto sería inoponible a tercero en lo referente a las cargas del matrimonio que, tengan la consideración de deudas domésticas, al no poderse evitar la aplicación del artículo 1319 del Código Civil dado su carácter imperativo[65]. Ambos cónyuges tiene la obligación *ad extra* de afrontar las cargas del matrimonio con independencia de cuál sea el régimen económico y lo pactado entre ellos en capitulaciones, pues, se trata de un deber común de ambos esposos que, forma parte del régimen primario[66]. Si se trata de carga matrimonial que no tenga la consideración de deuda doméstica responde el patrimonio del cónyuge deudor (art. 1318 del Código Civil); si, por el contrario, la carga tiene la consideración de deuda doméstica responde el patrimonio del cónyuge deudor y subsidiariamente el del cónyuge no deudor (art. 1319 del Código Civil).

Ahora bien, admitida de forma mayoritaria por la doctrina la validez del pacto o cláusula de exoneración total de uno de los cónyuges, cabe plantearse la validez de los pactos o cláusulas por los que la contribución de ambos cónyuges al levantamiento de las cargas sea realizada por los esposos de forma distinta al criterio de proporcionalidad. Como señala MONTÉS PENADES (1991, 865-866) el convenio de los cónyuges al respecto puede tener un contenido muy variado: por ejemplo, limitar la contribución de uno de los esposos a una cantidad periódica fija e invariable (mensual o anual); o a una porción o porcentaje preestablecido de los ingresos de cada uno de los esposos, o, en fin, limitarla a una porción de los ingresos personales de cada uno de los cónyuges supliendo el otro el resto, etc.[67]. Todas estas posibles combinaciones tienen de común modalizar el *quantum* de la obligación exigible a cada uno de los esposos. De forma que, como se entiende de forma mayoritaria por la doctrina, no ofrece dudas la admisibilidad de cláusulas de este tipo en que la contribución no sea proporcional[68]. Más discutible es entender como admisibles y válidos los acuerdos sobre contribución no proporcional a las cargas del matrimonio de forma tácita, es decir, deducirse del comportamiento

de las partes, pues, ello implicaría legalizar un incumplimiento de tal obligación y supondría un importante obstáculo a la reclamación futura de reintegros por parte del cónyuge que generosamente contribuye en mayor proporción y vetaría el fundamento mismo de la compensación por el trabajo doméstico[69]. No obstante, no faltan quienes admiten este tipo de pactos en cuanto pueden establecerse incluso a través del comportamiento cotidiano de los cónyuges; si bien, se destaca las dificultades que puede entrañar de cara a futuras pretensiones de reembolso entre cónyuges[70]. Ahora bien, aunque, a nuestro entender, no se considera admisible romper la regla de la proporcionalidad mediante un acuerdo tácito; si consideramos acertado, como señala CUENA CASAS la validez de un acuerdo en que se considerase que determinado gasto sea carga del matrimonio cuando se respete el contenido mínimo de las cargas del matrimonio[71].

Además del criterio de lo acordado por los cónyuges, el artículo 1438 consagra la regla de la proporcionalidad a los recursos económicos como subsidiaria de la voluntad de las partes. Lo que, incluye tanto capitales como las rentas, sean estas de trabajo o de capital; y los bienes de los que sean titulares los cónyuges, ya que cada uno de ellos tiene la facultad de disponer libremente de los mismos, como los frutos y rentas que de ellos se derivan[72]. En todo caso, para JIMÉNEZ GALLEGO se refiere esta regla tanto a recursos como al patrimonio, sin diferenciar ni establecer prioridades entre ambos[73].

Tal regla, conviene aclarar, es, igualmente, inoponible a terceros en tanto regla que forma parte de las relaciones internas de los cónyuges[74]. Ahora bien, la proporcionalidad en los respectivos recursos económicos no significa igualdad matemática, ni acudir a un análisis gasto por gasto, sino en términos de gran relatividad, cada cónyuge contribuye al sostenimiento de la familia en proporción a su capacidad económica que puede variar a lo largo de la vida del matrimonio[75]. De forma que, como señala ÁLVAREZ OLALLA se trata de equiparar al cónyuge más débil económicamente respecto a su consorte; de manera que, ambos cónyuges disfrutan del nivel de vida que les permitan los recursos económicos del cónyuge con mejor posición económica; en otras palabras el cónyuge con menores ingresos va a disfrutar de un nivel de vida superior al que corresponde a su propia situación económica[76]. El artículo 1438 del Código Civil habla de proporcionalidad de los recursos económicos —a diferencia de la redacción originaria del citado artículo que se refería a la proporcionalidad de los bienes— englobando rentas del trabajo y de capital, sin establecer un criterio de prioridad o de ordenación entre ambos tipos de recursos, por lo que deben entenderse incluidos los bienes improductivos; de manera que si un cónyuge tiene este tipo de bienes, y el otro solo sus ingresos por trabajo personal, ambos tipos de bienes deben ser tenidos en cuenta para el cálculo de la obligación de contribución de cada uno[77]; llegándose incluso a afirmar que su titular puede ser obligado a venderlos para cumplir su obligación[78]. Todo ello a diferencia de lo que acontece en el artículo 231-6 del Código Civil catalán donde se debe contribuir a los gastos familiares con los recursos procedentes de su actividad, o de sus bienes, en proporción a sus ingresos y si estos son insuficientes en proporción a sus patrimonios. Según este criterio, rentas e ingresos estarían en idéntico nivel de afección y de exposición que los bienes que forman el patrimonio de los cónyuges. De forma que, el cónyuge que no tiene ingresos suficientes estará abocado a vender parte de sus bienes para hacer frente a su obligación de contribuir que, le es exigida, aunque realmente nos sea necesario en términos económicos, si su consorte se basta por sí solo para sufragar todos esas cargas[79]. Ahora bien, puede no ser económicamente rentable la venta del patrimonio improductivo solo para que el cónyuge titular

pueda abonar su parte. Por lo tanto, en las relaciones entre ingresos o rentas y bienes o capital debe resolverse estableciendo una preferencia de los ingresos o rentas como medio idóneo para hacer frente al levantamiento de las cargas del matrimonio. Si bien, frente a quienes consideran que lo razonable es que las rentas de capital se tengan también en cuenta para calcular la parte que corresponde abonar a cada cónyuge[80]; otros, en cambio, entienden que debería ser en proporción a los ingresos o rentas de cada cónyuges como habría de calcularse la proporción, sin tomar en consideración el patrimonio improductivo que solo responde subsidiariamente[81]. En todo caso, si el abono efectivo de los gastos que se deriven de las cargas del matrimonio no puede producirse por falta de liquidez de uno de los cónyuges, el otro deberá satisfacer los gastos, pagando la parte que le corresponde al otro; lo que genera un derecho de reembolso (art. 1319.3 del Código Civil) que, puede hacerse efectiva en la liquidación del régimen, salvo que hubiese sido exonerado del deber de contribución. Solo en caso de falta de liquidez de ambos cónyuges se podría obligar al cónyuge propietario del patrimonio improductivo a proceder a su enajenación.

III. EXTINCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DE SEPARACIÓN DE BIENES

1. Supuestos y operaciones liquidatorias

La extinción del régimen económico de separación de bienes tendrá lugar por acuerdo de los cónyuges y la sustitución de un régimen por otro (art. 1315 del Código Civil)[82]; por el fallecimiento de uno de los cónyuges, o como consecuencia, de la nulidad, separación o divorcio (art. 95.1 del Código Civil)[83]. Si bien, la reconciliación de los cónyuges no altera la separación de bienes establecida (art. 1443 del Código Civil).

A la liquidación del régimen económico matrimonial se refiere el artículo 91 del Código Civil, pues, entre las medidas a adoptar por el Juez en los casos de nulidad, separación o divorcio, está la liquidación del régimen, sin que se distinga entre los diferentes regímenes matrimoniales existentes. En sede de separación de bienes, tal liquidación encuentra apoyo en el artículo 1438 que se refiere a la compensación por el trabajo para la casa «a la extinción del régimen de separación» y, el artículo 1441 ambos del Código Civil en el caso que, no sea posible acreditar a quien pertenece el bien o pertenezca por mitad a ambos. Por lo que la separación de patrimonios no excluye la posibilidad de liquidar el régimen[84].

En todo caso, aunque no tiene el mismo sentido liquidar un régimen de gananciales que, el de separación de bienes, como señala la doctrina hay diversas situaciones que, demuestran las necesidades de una liquidación[85]: la existencia de titularidades conjuntas y habrá, en consecuencia, bienes proindiviso que, deberán adjudicarse a uno u otro cónyuge[86]; reclamación de cantidades[87]; los reembolsos entre cónyuges por deudas satisfechas por uno de ellos a terceros que, deberían ser pagadas por ambos en la misma o distinta proporción según se hubiese convenido[88] o por cantidades invertidas por uno de los cónyuges[89]; aunque algunos de estos créditos tienen relación con el deber de contribuir a las cargas del matrimonio[90]; la existencia de bienes de titularidad dudosa que, se ha de adjudicar a uno u otro cónyuge; la administración o gestión realizada por uno de los cónyuges y la obligación de rendición de cuentas[91]; y, en fin, la compensación por el trabajo para la casa[92].

Como señalamos en líneas precedentes, cuando no es posible determinar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho corresponde a ambos por mitad en pro indiviso, en una suerte de presunción *iuris tantum* de cotitularidad, que adquiere especial relevancia en el momento de extinción y liquidación del régimen económico de separación de bienes, si antes no se ha solicitado la división de la cosa común. Esta presunción también favorece a los acreedores que, pueden actuar sobre la mitad del bien que, pertenece al cónyuge deudor. Por otra parte, aunque la compensación por el trabajo solo puede ser exigible a la extinción del régimen de separación de bienes; sin embargo, los cónyuges no tienen que esperar a este momento para exigirse el uno al otro el cumplimiento de su obligación de contribuir a las cargas del matrimonio, por lo que, vigente el régimen, cada cónyuge puede exigir al otro los correspondientes reembolsos, si, precisamente, uno de ellos hubiera atendido al sostenimiento de las cargas de la familia en mayor proporción[93]. En caso de incumplimiento de tal obligación, se podrá pedir al Juez la adopción de medidas cautelares a las que se refiere el artículo 1319 del Código Civil. Por su parte, de las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica responden ambos cónyuges en la forma determinada en los artículos 1319 y 1438 (art. 1440.2 del Código Civil). Si bien, como indicamos, los acreedores pueden hacer efectivas tales deudas contraídas por uno solo de los cónyuges sobre su patrimonio y subsidiariamente sobre el del otro cónyuge (art. 1319 del Código Civil), sin perjuicio del derecho a exigir al otro tanto la aportación que le corresponde realizar respecto de su obligación de contribuir a las cargas del matrimonio (art. 1438 del Código Civil), como el exceso de aportación realizada por uno de los cónyuges. Si se trata de obligaciones exclusivas de los cónyuges responden de ellas con sus propios bienes. En fin, si uno de los cónyuges ha administrado el patrimonio del otro deberá rendir cuentas, pero no respecto de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que, no los invirtió en el levantamiento de las cargas del matrimonio.

Ahora bien, de la contribución a las cargas del matrimonio, nos hemos referido en el anterior apartado, ahora corresponde analizar la compensación por el trabajo doméstico.

Si bien, antes de proceder a ello, resulta necesario determinar, si el procedimiento especial para la liquidación del régimen económico matrimonial previsto en el artículo 806 a 810 de la LEC se puede aplicar al régimen de separación de bienes. La postura mayoritaria de la doctrina se pronuncia en contra de la aplicación del artículo 806 de la LEC[94]; si bien, no faltan autores que se inclinan por tal aplicabilidad[95]. De todas formas, se puede sustanciar la liquidación en el proceso declarativo correspondiente[96].

2. La compensación por el trabajo para la casa

La compensación por el trabajo doméstico se define por GUILARTE MARTÍN-CALERO como «aquella compensación económica que tienen derecho a percibir el cónyuge que, habiéndose dedicado al cuidado del hogar y de la prole, en exclusiva o en mejor proporción que el otro, de su cónyuge o de los herederos de este, si durante la vigencia del régimen de separación, su patrimonio privativo experimentó un incremento debido a la actividad económica o patrimonial desarrollada por aquel»[97]. Desde tal concepto dos elementos integran el concepto de compensación por el trabajo doméstico: el trabajo para la casa de uno; y el incremento patrimonial procedente de la actividad económica y profesional del

otro. Por su parte, ÁLVAREZ OLALLA considera que, el establecimiento legal de la compensación no es sino una mera concreción o reiteración del derecho de reintegro del artículo 1319.3 del Código Civil, la cual se regirá por las mismas reglas que los reembolsos procedentes en los demás casos de aportaciones desproporcionadas. Habrá de compensar ese trabajo cuando su valor excede de la cuantía en que al cónyuge que la realiza le corresponderá contribuir. Y, asimismo, afirma esta autora que «admitir esa "compensación" al finalizar el régimen al margen de la disciplina de contribución a las cargas supondría la introducción de una verdadero enclave comunitario en el régimen de separación, poco adecuado teniendo en cuenta los principios en los que el mismo se inspira: equiparación del nivel de vida de ambos cónyuges, en tanto existe comunidad de vida, con ausencia de consecuencias patrimoniales ulteriores, derivadas del propio régimen económico»[98]. A la compensación por el trabajo doméstico se refiere el artículo 1438 del Código Civil cuando señala que «el trabajo para la casa dará derecho a obtener una compensación que, el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación. En lo que se refiere a la naturaleza jurídica, hay que señalar que, se trata de una norma de liquidación de bienes cuya finalidad es compensar el desequilibrio patrimonial que provoca el normal funcionamiento del régimen económico matrimonial pactado por los cónyuges[99]. Se trata de «un mecanismo corrector de la independencia patrimonial del régimen de separación de bienes de carácter legal y subsidiario de la previsión de la voluntad de los cónyuges que podrán neutralizar la falta de solidaridad conyugal del régimen con la adquisición conjunta de bienes durante la vigencia del mismo o con la fijación *ex ante* de una compensación por el trabajo para la casa»[100].

Ahora bien, no existe en la doctrina un acuerdo unánime acerca del fundamento de esta compensación. JIMÉNEZ GALLEGO señala que, existen diversas posiciones: «una participación en las ganancias obtenidas por el otro cónyuge, que precisamente las habrá podido obtener porque no ha tenido que dedicarse al cuidado del hogar; una indemnización por el sacrificio de las expectativas profesionales; una compensación por el exceso en la contribución de las cargas, o en su caso, por la mera contribución no excesiva, o sea, una compensación a la que se tiene derecho además de su consideración como contribución a las cargas. Lo primero, aclara el citado autor, convierte el régimen de separación de bienes en un régimen de participación en las ganancias[101]. En la línea de las propuestas expuestas, ÁLVAREZ OLALLA precisa que, procede cuando el valor del trabajo en el hogar excede, según la regla de la proporcionalidad, de las aportaciones realizadas por el otro cónyuge, teniendo en cuenta los recursos económicos de ambos[102]. Para DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ «el espíritu que debe presidir la inteligencia de la norma es evitar las situaciones de sobrecontribución, cuando además de contribuir mediante la realización de un trabajo, se realizan trabajos para la casa, o para otro esposo, sin retribución o con retribución insuficiente. Es decir, una vez rota la regla de la proporcionalidad, lo que persigue la compensación es restablecer el equilibrio, pero no puede pretenderse pese al deseo de muchos y en particular, de numerosos pronunciamientos judiciales convertir la regla en una sobreaportación de la labor de la casa por encima y, en detrimento, de cualesquiera otras formas de contribución»[103]. No faltan quienes consideran que, cuando el cónyuge ha contribuido en exceso a las cargas, es merecedor de una compensación, pero no por el simple hecho de haber contribuido mediante trabajo doméstico. De alguna manera, lo que el legislador ha querido manifestar es que, también el cónyuge que realiza el trabajo doméstico, puede haber con-

tribuido a las cargas del matrimonio por encima de lo que le corresponda y, si esto es así, tiene derecho a ser compensado[104].

También se ha defendido que el derecho a obtener una compensación por el trabajo se funda en la existencia de un enriquecimiento injusto. Así MORENO-TORRES señala que, la finalidad del artículo 1438 del Código Civil es evitar que el cónyuge que ha ejercido durante el régimen de separación una profesión u oficio se enriquezca a costa del que, entretanto, se ha ocupado de atender las necesidades domésticas[105].

Por su parte, ALBALADEJO entiende que, la compensación sería una especie de indemnización por paro que, englobaría también sueldos dejados por percibir[106]. REBOLLEDO VARELA defiende que, se trata de paliar el principal defecto que se ha señalado en el régimen de separación de bienes que, no hace participar a ambos cónyuges de las ganancias del matrimonio, pensándose así en la situación del cónyuge que se dedica al hogar y no realiza actividad remunerada; lo que no justifica que se le reconozca legalmente el derecho a una compensación económica; por lo que se busca solventar, por una vía equivocada, el problema de la desprotección del cónyuge que no tiene ingresos propios, que no participa en las ganancias de su cónyuge y con un sistema sucesorio ideado para la sociedad de gananciales, les confiere una legítima muy reducida; y añade, «los propios cónyuges que han pactado el régimen tienen en sus manos los medios jurídicos suficientes para evitar el principal inconveniente del régimen: la posible situación de precariedad a su extinción del cónyuge que ha permanecido dedicado a las actividades de la casa, y ellos sin necesidad de compensación legal»[107].

También se justifica como fundamento de esta compensación la pérdida de expectativas laborales o profesionales, promoción profesional o laboral y, en definitiva, la pérdida de oportunidades de incrementar con el trabajo o actuación, realizadas fuera del hogar, el patrimonio propio[108]. Así LASARTE ÁLVAREZ señala que, quizá pudiera encontrar explicación la norma «en la generalizada minusvaloración del quehacer doméstico y en la pretensión del legislador de beneficiar a aquel de los cónyuges que sacrifica su capacidad laboral o profesional en favor del otro cónyuge sobre todo cuando existe separación de bienes y por tanto, quien no genera ingresos, no puede participar de las propias de su consorte»[109].

Sobre tales bases, en el ámbito de la jurisprudencia menor se fundamenta la compensación por el trabajo doméstico por algunas resoluciones en una previa contribución en especie al levantamiento de las cargas del matrimonio[110]; asimismo, en la existencia de una desigualdad peyorativa para quien desempeña tareas domésticas con una significativa labor asistencial a favor de la familia, pues su inexistencia supondría denegar la pensión cuando el 100% del salario del otro cónyuge se destina al levantamiento de las cargas del matrimonio[111]; en la necesidad de reequilibrar de forma equitativa la situación del cónyuge más perjudicado y tratar de resarcir de algún modo el tiempo invertido[112]; también en la propia desigualdad que se observa al final del matrimonio, pues, el que ha podido disponer de tiempo para desarrollarse profesionalmente se encuentra en una situación mucho más ventajosa que el cónyuge que se ha dedicado a las tareas domésticas[113]; y, en fin, se dispone que, la exigencia de la dedicación al trabajo debería hacerse de forma exclusiva y excluyente —solo con el trabajo realizado para la casa—, aunque esto implique un incumplimiento del deber del matrimonio de compartir las tareas domésticas (art. 68 del Código Civil), y, excluyéndose, por tanto que, sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge[114].

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2011 —en unificación de doctrina—[115] fija como doctrina jurisprudencial lo siguiente. «El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que, se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge»[116]. Asimismo, en sentencia de este Alto Tribunal de la Sala de lo Civil, de 26 de marzo[117] —Pleno— y, de 14 de abril de 2015[118] se inclinan por el trabajo doméstico con el carácter de exclusivo no excluyente. Lo que impide reconocer el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que le reclama hubiera compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar a tiempo parcial o en jornada completa y no exclusiva; y, asimismo, cuando esta dedicación siendo exclusiva la realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge o con ayuda externa. Al respecto, dispone la citada Sentencia de 14 de abril de 2015, reiterando la doctrina jurisprudencial expresada en las Sentencias de esta Sala, de 14 de julio de 2011, de 31 de enero de 2014 y de 26 de marzo de 2015 que, en la interpretación del artículo 1438 del Código Civil hay que señalar que, «el derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge». Y ante las posibles dudas interpretativas que esta doctrina ha podido suscitar en la decisión en algunas Audiencias Provinciales, ha señalado lo siguiente «por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente («solo con el trabajo realizado para la casa»), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa y no excluirla de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues, la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento, el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen —STS de 14 de julio de 2011—». Añadiendo «es evidente que, con el paso del tiempo, el artículo 1438 ha dejado de tener el sentido que tuvo inicialmente, porque la sociedad ha cambiado a partir de un proceso de individualización y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de un esfuerzo evidente en conciliar la vida familiar y laboral. Pero también lo es que no todos los ordenamientos jurídicos españoles admiten la compensación para el cónyuge que contribuye a las cargas del matrimonio con su trabajo en casa cuando la relación termina (Navarra, Aragón y Baleares) y que aquellos que establecen como régimen primario el de la sociedad de gananciales, que permite hacer comunes las ganancias, no impiden a marido y mujer convenir otro distinto, como el de

separación de bienes, en el que existe absoluta separación patrimonial, pero en el que es posible pactar con igualdad el reparto de funciones en el matrimonio y fijar en su vista los parámetros a utilizar para determinar la concreta cantidad debida como compensación y la forma de pagarla por la dedicación a la casa y a los hijos de uno de ellos, lo que no ocurre en aquellos otros sistemas en los que se impone como régimen primario el de separación de bienes y en el que, salvo pacto, no es posible regular convencionalmente aspectos de este régimen, como el de la compensación, que se establece en función de una serie de circunstancias distintas de las que resultan del artículo 1438 del Código Civil, como es el caso del artículo 232-5 del Código Civil de Cataluña en el que se tiene en cuenta el mayor trabajo de uno de los cónyuges para el caso («sustancialmente»), así como el incremento patrimonial superior, o del artículo 12 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia en el que también se compensa el trabajo para la casa considerando como tal, no solo lo que constituye este trabajo específico, sino "la colaboración o retributiva o insuficientemente retribuida" que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional». Por lo que se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente «el derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge»[119]. Con posterioridad, la Sentencia de este mismo Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015[120] precisa en su *Fundamento de Derecho tercero* que «(…) Lo cierto es que la norma no discrimina entre el mayor o menor patrimonio de los cónyuges, y es evidente que, aplicando la doctrina de esta Sala al caso controvertido, resulta que la esposa que solicita la compensación se ha dedicado de forma exclusiva a las tareas del hogar durante la vigencia del matrimonio, haciéndolo el marido fuera de la casa, bien es cierto que con la ayuda inestimable del servicio doméstico e incluso de un chófer pues a la postre sobre ella recaía, como se dice en el recurso, la "dirección del trabajo doméstico, el interés de la familia y el amor de la prole, que difícilmente forma parte de las tareas domésticas realizadas por el servicio doméstico". Esta Sala ha recordado que, la dedicación debe ser exclusiva, lo que aquí se acredita, pero no excluyente, "pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento", como ocurre en este caso».

Asimismo, en esta línea, señala a su vez la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2015[121] que «se trata de una norma de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación y que pueda hacerse efectiva bien en el proceso conyugal o en un procedimiento independiente».

Sobre tales bases, hay que manifestar que, la Sala Primera ha mantenido una reiterada doctrina jurisprudencial en la que se ha venido exigiendo para el reconocimiento de dicha compensación económica que, la dedicación del cónyuge al trabajo doméstico fuera «exclusiva», esto es, solo con el trabajo realizado para la casa; lo que ha impedido el reconocimiento del citado derecho en aquellos supuestos en el que el cónyuge que lo reclama hubiera compatibilizado el cuidado de la casa y de la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar,

a tiempo parcial o en jornada completa. Doctrina esta que ha sido matizada en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de febrero de 2017[122] en la que se atendió para denegar esta compensación económica a que el trabajo realizado lo era «por cuenta ajena».

De nuevo, el Pleno de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de abril de 2017 se pronuncia para interpretar la expresión «trabajo para la casa del artículo 1438 del Código Civil». Al efecto señala en su *Fundamento de Derecho séptimo* que, la regla sobre compensación contenida en el citado precepto, dirigida a mitigar la desconsideración de que es objeto en el régimen de separación el cónyuge que, se dedica de forma exclusiva al trabajo para la casa, pudo responder en su origen al presupuesto de quien solo se había dedicado al hogar y no había realizado ninguna suerte de actividad remunerada. No obstante, en la realidad social actual (art. 3.1 del Código Civil), más allá de aquella inspiración que movió al legislador a introducir una compensación económica para ese cónyuge, parece oportuno atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa, pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización doméstica y familiar. Y, así en el concreto caso examinado, se destaca por la sentencia que, la esposa trabajó en la casa y, además, en el negocio familiar con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido. Por todo ello, la Sala declara que, la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa a los efectos de la compensación económica del artículo 1438 del Código Civil, mediante una interpretación de la expresión «trabajo para la casa» contenida en el citado precepto, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar.

De la doctrina jurisprudencial expuesta, si un cónyuge asume la dirección de la vida familiar, realizando por sí las tareas domésticas o llevándolas a cabo bajo su dirección, tiene derecho a una compensación. Se exige para ello que, la dedicación a las tareas domésticas sea en «exclusiva». Si bien, se mantiene la compensación cuando el otro cónyuge colabora ocasionalmente en las tareas del hogar sobre la base de lo dispuesto en el artículo 68 del Código Civil, o se ayuda el cónyuge acreedor de un tercero para la realización de las tareas domésticas; lo que puede tenerse en cuenta para la cuantificación de la compensación, pero no en el derecho a percibir tal compensación[123]. Por el contrario, si el cónyuge además de realizar las tareas de la casa, desempeña un trabajo fuera del hogar, no tiene derecho a la compensación. Sin embargo, para la jurisprudencia menor, la *ratio* del artículo 1438 del Código Civil no exige una contribución «exclusiva, excluyente y directa», sino que la desigualdad que, se trata de corregir no solo se da cuando el acreedor se dedica exclusivamente al hogar, sino también cuando lo hace en mayor medida; de ahí que, tendrían derecho a la compensación tanto los primeros como los que compatibilizan dicha actividad familiar con otra económica o laboral.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 14 de julio de 2011, reiterada en la de 31 de enero de 2014 han excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que, debe pagar la compensación del trabajo doméstico; lo que contrasta con lo dispuesto en el artículo 232-5 del Código Civil catalán que,

establece al respecto que, si un cónyuge ha trabajado para la casa más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación, siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen de separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges, o en su caso, del cese efectivo de la convivencia, el otro haya obtenido, precisamente, un incremento patrimonial superior[124], y con alguna resolución judicial que lo fundamenta en tal enriquecimiento[125].

Lo cierto es que, frente a esta posición del Tribunal Supremo, hay que señalar que, ni el trabajo realizado por el cónyuge fuera del hogar, ni que cuente con asistencia doméstica puede ser motivo para la denegación, pues, lo determinante es la alteración en la regla de la proporcionalidad que determina que, la aportación del cónyuge que se dedica en exclusiva a las tareas domésticas o compaginándolas con el trabajo fuera de la casa, supere lo realizado por el otro[126]. La decisión de no realizar una actividad profesional y la de pactar el régimen de separación de bienes es libre. Asimismo, no es incompatible la realización de una actividad profesional con la dedicación a la casa.

Por otra parte, a la extinción del régimen de separación se puede generar un desequilibrio que tiene lugar tanto en el cónyuge que se ocupa de las tareas de la casa únicamente, como el que, además, realiza un trabajo fuera del hogar. De forma que, tal trabajo en el hogar puede suponer una sobreaportación por parte del cónyuge que se dedica a las tareas domésticas que, ha de ser compensado de forma que, cuando la realización del trabajo para la casa realizado por parte de uno de los cónyuges supere la contribución realizada por el otro, de acuerdo con el criterio de proporcionalidad y los recursos económicos de que disponen los cónyuges. Pero este desequilibrio en las aportaciones puede tener lugar tanto si el cónyuge se dedica en exclusiva a las tareas del hogar, como si lo hace compaginándolo con una actividad profesional o empresarial; o simplemente, recibe ayuda de una tercera persona[127]. Reducirlo exclusivamente a cuando el cónyuge acreedor se dedica al trabajo doméstico, como parece operar el Tribunal Supremo, en sus últimas sentencias supone reducir el campo de aplicación de esta compensación en exceso, perjudicando a quienes —que en la actualidad son la mayoría— compagina el trabajo en el hogar con una actividad profesional o empresarial, esto es, además de aportar ingresos, contribuyen al trabajo doméstico. También con esta forma de proceder se perjudica al cónyuge que, destina la totalidad de los ingresos o la mayor parte de los mismos a atender a los gastos familiares, y sin haber tenido un incremento patrimonial a costa de quien atiende en exclusiva las tareas del hogar, tiene que pagar a este una compensación. En la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015, aun teniendo la esposa un importante patrimonio, y viviendo en un chalet de lujo, en una zona exclusiva, con chófer y servicio doméstico, le corresponde la compensación por el trabajo doméstico, ya que se ha dedicado a la casa en exclusiva, y, además, se alude como un segundo criterio proporcional, el hecho del beneficio económico obtenido por el marido por la realización de su trabajo o actividades empresariales o profesionales; de ahí que, la esposa reclamase en la vista una compensación del 5% del valor del patrimonio adquirido por el marido, por medio de sus empresas, constante matrimonio, o lo que es igual una compensación de 733.056 euros por los 3.984 días de convivencia a razón de 184 euros por día —si bien, el Tribunal Supremo la reduce a doscientos cincuenta mil euros—.

En este contexto, lo que resulta criticable es que de asumir libremente cualquiera de las decisiones apuntadas —asumir y llevar a cabo las tareas del hogar en exclusiva o con ayuda de terceras personas—, se entienda que, el trabajo para

la casa además de computar como contribución a las cargas del matrimonio, sea compensable, si no hay razón para ello. Cosa distinta es la existencia de un desequilibrio en cuanto a la contribución del trabajo para la casa que determina en uno de los cónyuges un exceso de aportación que rompa el criterio de proporcionalidad, esto es, cuando el trabajo realizado en exclusiva por parte de un cónyuge supere a la contribución realizada por el otro, dará lugar a una compensación por el trabajo doméstico.

Por otra parte, resulta, asimismo, criticable la matización a esta doctrina jurisprudencial que, el Tribunal Supremo hace en su Sentencia de 28 de febrero de 2017 en la que se deniega esta compensación económica a que el trabajo realizado lo era «por cuenta ajena». Sin embargo, en la línea del Código Civil catalán que, en su artículo 232-5.2 reconoce que, hay derecho a la compensación, cuando el cónyuge ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente, el Tribunal Supremo ha asimilado la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, con el «trabajo para la casa» a los efectos de reconocimiento del derecho a la compensación económica, lo que supone un importante avance[128].

De todas formas, el trabajo para la casa o trabajo doméstico no se reduce exclusivamente a las tareas domésticas típicas, sino que es un concepto más amplio que abarca tareas para cuya realización no sería sustituible el cónyuge por un tercero, tales como la atención a los componentes de la familia, adquisición de bienes para los miembros de la familia, en suma, la tarea de dirección de las gestiones domésticas[129].

Ahora bien, se ha de indicar que, el artículo 1438 del Código Civil no tiene carácter imperativo sino dispositivo, por lo que los cónyuges tiene libertad y autonomía para estipular cómo ha de computarse ese trabajo doméstico, los criterios para su fijación, el *quantum*, las modalidades de pago, para luego concretar el modo o manera de afectar la compensación, la forma y el tiempo. En relación con la cuantía, hay que señalar que, la forma de determinar la misma ofrece algunos problemas. En la citada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2011 se señala que, el artículo 1438 del Código Civil se remite al convenio, o sea a lo que los cónyuges, al pactar el régimen, pueden establecer respecto a los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla. No obstante, esta opción no se utiliza como sería deseable, por lo que corresponderá al Juez la fijación de la misma; si bien, el artículo 1438 del Código Civil no contiene ningún criterio de orientación que, no sea el que resulte de tratarse de una norma especial en el marco del régimen económico matrimonial de separación de bienes. Lo que contrasta con lo previsto en legislaciones forales. Así en el artículo 232-5.3 del Código Civil catalán establece diversos criterios o pautas para determinar la cuantía de la compensación por razón del trabajo como son: la duración e intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia, y concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho de que hay incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges[130].

Por lo que tal labor de concretar los criterios o pautas corresponde a la jurisprudencia, así unas veces se opta por el equivalente al salario mínimo interprofesional, otras por el sueldo que cobraría una tercera persona por realizar ese trabajo; de forma que, se contribuye con lo que se ha dejado de desembolsar o se ha ahorrado por la no necesidad de tener que contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar[131]. Si bien, el legislador catalán establece un límite legal máximo, en concreto, de la cuarta

parte de la diferencia existente entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges, calculada de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 232-6. No obstante, si el cónyuge acreedor prueba que su contribución ha sido notablemente superior, la autoridad judicial incrementar podrá esta cuantía (art. 232-5.4 del Código Civil catalán)[132]. En todo caso, para MORENO-TORRES la cuantía de la compensación no ha de ser la mitad del valor atribuido a los bienes adquiridos por el cónyuge deudor durante la vigencia del régimen, pues, ello conduciría a la misma situación que, si el régimen económico fuese del de participación[133]. De todas formas, nada obsta para que, el Juez utilice otras opciones para fijar finalmente la cuantía de la compensación[134], que, conforme establece el citado artículo 1438 del Código Civil, lo hará equitativamente.

De todas formas, no se duda que, la finalidad del artículo 1438 del Código Civil es compensar el exceso que ha aportado quién se ha ocupado del trabajo en el hogar, y que ha de calcularse con respecto a la proporción de recursos económicos que, le corresponde aportar. Por lo que, la compensación para el hogar solo opera cuando el cónyuge que se ha dedicado a tales tareas de forma exclusiva o no y, ha contribuido en más proporción de lo que le corresponde; si bien, la cuantía no debe superar tal proporción que, efectivamente, no podrá exceder de la mitad del incremento patrimonial originado a lo largo de la vigencia del régimen de separación de bienes. En la cuantificación de la compensación de ese trabajo para la casa, se puede utilizar como referencia el salario que pudiera pagarse a una empleada doméstica. Por tanto, la compensación ha de cubrir el exceso en la aportación y no más. En concreto, el ahorro en costes que supone el trabajo para el hogar realizado por uno de los cónyuges ha de compararse con el que correspondería al otro cónyuge aportar en la cobertura de las cargas del matrimonio, y si resulta excesivo o desproporcionado tal ahorro de costes, ha de compensarse. En esencia, habrá de comprobarse lo que aportó uno y otro, en base a sus recursos económicos y compensar la desproporción que no deja de ser un empobrecimiento injusto, esto es, carente de causa[135]. Ahora bien, la misma libertad que tienen los cónyuges para fijar el *quantum* de la compensación, la tienen para determinar la forma de pago de la compensación. Preferiblemente, habrá de hacerse mediante el pago de una cantidad de dinero en un pago único o a plazo[136], una pensión periódica, en una cantidad a tanto alzado[137], o también mediante la adjudicación de bienes concretos por acuerdo de los interesados[138] o porque lo concede el Juez a petición fundada del acreedor[139].

Respecto a la forma de ese posible acuerdo o convenio de las partes con relación a la compensación puede revestir cualquiera, no es preciso que conste en capitulaciones matrimoniales. En cuanto al tiempo para hacer efectiva la compensación, tal como establece el Código Civil tendrá lugar a la extinción del régimen de separación de bienes. No obstante, los cónyuges pueden acordar tal liquidación en un momento previo a la extinción, como asimismo, en un momento posterior a la misma.

Por otra parte, es posible como contenido del acuerdo o pacto de los cónyuges, la renuncia a tal compensación. Parece existir un criterio mayoritario en su admisibilidad; renuncia que puede producirse durante la vigencia del régimen y también una vez producida la extinción y llegado el momento de práctica la liquidación del régimen[140]. Aunque no faltan quienes consideran la renuncia a tal compensación en capitulaciones como la configuración de un régimen de separación atípico[141]; o simplemente, niegan su viabilidad[142]. En todo caso, sería prudente admitir la ineficacia de tal renuncia, si se acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron y que no podrían razonablemente

preverse en el momento en que se otorgaron, tal como establece el artículo 231-20 del Código Civil catalán en relación con el artículo 232-5 y se admite en derecho común respecto a la renuncia a la pensión compensatoria[143].

Ahora bien, se trata del artículo 1438 del Código Civil, como hemos señalado, de una norma de liquidación del régimen, esto es, que opera cuando se extingue el mismo[144]. Por lo que cabe señalar que, su ámbito de aplicación se extiende a todos los supuestos posibles en los que se extingue el régimen, y no solo en los casos de nulidad, separación o divorcio.

En cuanto al procedimiento para su solicitud, mientras que, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015 se hace en procedimiento ordinario y como única causa de reclamación; en la sentencia de 11 de diciembre de 2015 del mismo ponente José Antonio SEIJAS QUINTANA se concede la acción de compensación durante el procedimiento de divorcio. Por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 29 de febrero de 2016[145] se entiende que no hay ningún inconveniente que, la compensación se pueda solicitar en procedimiento independiente, incluso cuando se reclama cantidad por otro concepto. En este caso, la esposa reclamaba la cantidad por la amortización del préstamo.

Finalmente, señalar que, esta compensación es compatible con la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil que, puede tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación por el trabajo doméstico[146]. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 26 de abril de 2017 a la hora de concretar la naturaleza jurídica de la compensación establecida en el artículo 1438 del Código Civil señala en su *Fundamento de Derecho quinto* que, es preciso distinguir la compensación del artículo 1438 del Código Civil, de la pensión compensatoria establecida en el artículo 97 del Código Civil. Así «mediante la pensión compensatoria se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios la "dedicación pasada y futura a la familia". Por otro lado, la compensación del artículo 1438 del Código Civil tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de las cargas familiares. La pensión compensatoria se puede acordar cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, analizándose el desequilibrio presente y futuro. Por su parte, en base al artículo 1438 del Código Civil solo puede acordarse en régimen de separación de bienes y se analiza la situación existente durante el matrimonio y hasta el momento de la extinción del régimen de separación de bienes, para determinar el valor del trabajo en el hogar. La pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia, pero también valorando la dedicación futura a los hijos, en su caso, para apreciar la posible existencia de desequilibrio económico. Sin embargo, la compensación del artículo 1438 del Código Civil no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, ni a la situación de desequilibrio, sino solo en función de la pasada dedicación a la familia, vigente el régimen económico de separación y hasta la extinción del mismo»[147].

Mientras la pensión compensatoria se cuantifica la pérdida de oportunidades profesionales y se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia y la dedicación futura a los hijos; la compensación del artículo 1438 del Código Civil, por su parte, no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, sino solo en función de la pasada dedicación a la familia y, solo puede acordarse en el régimen de separación de bienes y para determinar el valor del

trabajo en el hogar, se refiere a la situación existente durante el matrimonio y hasta el momento de la extinción del régimen de separación de bienes.

En todo caso, podría resultar conveniente que, se solicitasen conjuntamente la pensión compensatoria y la compensación por el trabajo doméstico; y que se determinase primero la cuantía de la compensación, pues, el abono de esta ha de tenerse en cuenta para fijar la pensión compensatoria[148].

IV. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, M.ª P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes,* Navarra: Aranzadi.

— (2009) Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, (coord.),* 3.ª ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 1671 a 1673.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. IV, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 31-114.

CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil, T. VII,* R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Valencia. Tirant lo Blanch, 10109 a 10130.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia,* J. Rams Albesa (dir.), Madrid: Dykinson.

DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XVIII, vol. 3.º*, Madrid: Edersa, 366 a 381.

DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los regímenes de separación y de participación, *Curso de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de Familia,* 5.ª ed., Madrid: Colex, 295 a 303.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2013). S*istema de Derecho Civil, vol. IV, T. I Derecho de Familia*, Madrid: Tecnos.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *Revista de Derecho de Familia,* núm. 68, 55 a 78.

JIMÉNEZ GALLEGO, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes, *Instituciones de Derecho Privado*, 2.ª ed. Director Víctor Manuel Garrido de Palma, T.IV Familia, vol. 2.º, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra.

LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia*, Madrid: Dykinson.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil, T. VI Derecho de Familia*, décimo quinta edición, Madrid: Marcial Pons, 237-246.

MARTÍNEZ CORTES, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *Instituciones de Derecho Privado, T. IV, Familia, vol. 2.º*, Madrid: Civitas.

MONTÉS PENADES, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *Comentario del Código Civil, T, II,* Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 863-869.

MORENO-TORRES HERRERA, M.ª L. (2011). La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil español, *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 8, diciembre, 107-130.

REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio*, Madrid: Montecorvo.
RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *El régimen económico del matrimonio,* J. Rams Albesa y J. A. Moreno Martínez (coords.), Madrid: Dykinson.
VERDERA IZQUIERDO, B. (2013). Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal, *Derecho Privado y Constitución,* núm. 27, enero-diciembre, 209-250.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 31 de mayo de 2006.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de julio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 31 de enero de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de marzo de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de abril de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 25 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 11 de diciembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de mayo de 2016.
- ATS, Sala de lo Civil, 2 de noviembre de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de febrero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de marzo de 2017.
- STS, Sala de lo Civil (Pleno), 26 de abril de 2017.
- RDGRN, de 30 de noviembre de 2016.
- SAP Navarra, secc. 2.ª, 31 de julio de 2003.
- SAP Sevilla, secc. 5.ª, 17 de marzo de 2004.
- SAP Granada, secc. 3.ª, 20 de julio de 2005.
- SAP Valencia, secc. 10.ª, 15 de abril de 2008.
- SAP Madrid, secc. 22.ª, 3 de junio de 2009.
- SAP Alicante, secc. 4.ª, 10 de junio de 2010.
- SAP Castellón, secc. 2.ª, 11 de diciembre de 2012.
- SAP Madrid, secc. 24.ª, 1 de julio de 2013.
- SAP A Coruña, secc. 5.ª, 17 de enero de 2014.
- SAP Murcia, secc. 4.ª, 26 de junio de 2014.
- SAP Málaga, secc. 6.ª, 27 de enero de 2015.
- SAP Pontevedra, secc. 1.ª, 25 de junio de 2015.
- SAP, Barcelona, secc. 18.ª, 5 de febrero de 2016.
- SAP, Tarragona, secc. 1.ª, 1 de abril de 2016.
- SAP, Asturias, secc. 7.ª, 22 de abril de 2016.
- SAP, Sevilla, secc. 2.ª, 7 de junio de 2016.
- SAP, Barcelona, secc. 18.ª, 29 de junio de 2016.
- SAP, A Coruña, secc. 6.ª, 30 de junio de 2016.
- SAP, Barcelona, secc. 18.ª, 8 de julio de 2016.
- SAP, Barcelona, secc. 12.ª, 27 de julio de 2016.
- SAP, Barcelona, secc. 12.ª, 3 de noviembre de 2016.
- SAP, Barcelona, secc. 18.ª, 13 de diciembre de 2016.

NOTAS

[1] DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2013). *Sistema de Derecho Civil,* vol. IV, T. I Derecho de Familia, Madrid: Tecnos, 215.

[2] DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los regímenes de separación y participación. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia*, 5.ª ed., Madrid: Edisofer, 296 señala que los casos a los que se refiere el precepto son: «1. Los de conclusión por decisión judicial de la sociedad de gananciales o el régimen de participación (art. 1415) por las causas previstas en el artículo 1393 del Código Civil; 2. El de disolución legal de la sociedad de gananciales en caso de que, solicitado por el acreedor el embargo de bienes comunes por deudas propias de uno de los cónyuges, el otro exija que en la traba se sustituyan tales bienes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal (art. 1373 del Código Civil), si bien en este supuesto el cónyuge deudor puede evitar la aplicación del régimen de separación de bienes optando en documento público, en un plazo de tres meses, por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales (art. 1374 del Código Civil)».

[3] La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 1998 *(RJ* 1998, 6799) afirma la propiedad exclusiva de la esposa sobre una finca adquirida en virtud de compraventa, inscrita a su nombre en el Registro, casando la Sentencia de la Audiencia Provincial que consideró que, a pesar de dicha inscripción, la finca correspondía en proindiviso a ambos cónyuges. Por su parte, la Sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2002 *(RJ* 2002, 9098) declaró la propiedad exclusiva de la esposa de bienes comprados con préstamo personal por la esposa e inscritos a su nombre; no admitiendo como título traslativo el reconocimiento de que el 50% pertenecía al marido. No rige el mecanismo de subrogación real debido a la inexistencia de preceptos legales que, en sede de separación de bienes, así lo determinen. Asimismo, *vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6.ª, 14 de septiembre de 2015 *(JUR* 2016, 130007); y, de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.ª, 21 de marzo de 2016 *(AC* 2016, 720).

[4] DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los regímenes de separación y participación, *op. cit.,* 297; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* 217.

[5] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de abril de 1997 *(RJ* 1997, 3407); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 7.ª, 28 de junio de 2001 *(JUR* 2001, 239613); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 3.ª, 4 de diciembre de 2008 *(JUR* 2009, 201493); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 8.ª, 22 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 255507) que, precisa que, la vida en común de los cónyuges puede desdibujar esta regla general de titularidad separada, dando lugar a situaciones de confusión de titularidades, en las que hay dudas razonables o imposibilidad de atribuir la titularidad privativa de un bien o derecho a alguno de los cónyuges. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, 11 de abril de 2005 *(JUR* 2005, 123615).

[6] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 3.ª, 22 de julio de 2000 *(JUR* 2001, 15518); y, de la Audiencia Provincial de León, secc. 3.ª, 19 de abril de 2001 *(AC* 2002, 154).

[7] *Vid.,* las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19 de julio de 2002 *(RJ* 2002, 9098); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 17 de junio de 2004 *(JUR* 2004, 208206); y 2 de marzo de 2004 *(RJ* 2004, 806) en la que, asimismo, se señala que, la atribución judicial del uso no impide la solicitud de la división de la cosa común; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 29 de noviembre de 2010 *(JUR* 2011, 79132) división de la vivienda común y adjudicación a un tercero en subasta pública; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.ª, 30 de junio de 2014 *(JUR* 2014, 236119).

[8] LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al*. (2010). *Elementos de Derecho Civil,* IV Familia, 4.ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA Madrid: Dykinson, 123; MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes. En: J. Fco. Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV Familia, vol. 2.º*, Madrid: Civitas, 201 considera que «se trata de un conjunto de disposiciones generales, relativamente heterogéneas, aplicables cualquiera que sea el régimen económico legal o pactado, al que está sujeto un matrimonio».

[9] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 3.ª, de 11 de marzo de 2005 *(JUR* 2006, 6517); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 11.ª, de 30 de abril de 2007 *(JUR* 2007, 201067).

[10] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.ª, de 2 de marzo de 2005 *(JUR* 2005, 139222); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 6 de abril de 2016 *(JUR* 2016, 97634) cada cónyuge responde de sus deudas. En cuanto a los préstamos hipotecarios deben abonarse conforme a la titularidad plasmada en el correspondiente título al no hallarse ante una carga del matrimonio, sino de deuda.

[11] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5.ª, de 2 de mayo de 2006 *(JUR* 2007, 141258); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 9 de septiembre de 2010 *(JUR* 2010, 343794).

[12] *Vid.,* las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 14 de julio de 2011 *(RJ* 2011, 5122); y, de 31 de enero de 2014 *(RJ* 2014, 813). Asimismo, RIBERA BLANES B. (2005). Del régimen de separación de bienes. En: J. Rams Albesa y J.A. Moreno Martínez (coords.), *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Madrid: Dykinson, 875.

[13] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *Revista de Derecho de Familia,* núm. 68, 59.

[14] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, *T. VII*, Valencia: Tirant lo Blanch, 10109.

[15] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil. En: C. Paz Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovtiz, P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil,* T. II, Madrid: Secretaría General Técnica. Servicio de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 865; DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *T. XVIII, vol. 3.º,* Madrid: Edersa, 367.

[16] DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 367-368.

[17] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 10109; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil. T. VI Derecho de Familia,* 15.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 242. *Vid.,* asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 11 de diciembre de 2012 *(JUR* 2013, 120596).

[18] ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.ª ed., Navarra. Thomson Reuters Aranzadi, 1672.

[19] MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.*, 362.

[20] DE LOS MOZOS, J. L., Comentario al artículo 1318 del Código Civil, *op. cit.,* 103, quien observa al respecto que «situación distinta es la que se plantea en la separación de hecho, al menos por lo que se refiere a la sociedad legal de gananciales, en vista de lo dispuesto por el artículo 1368 del Código Civil, pero no es aplicable por analogía la solución que ofrece el artículo citado fuera de los regímenes de comunidad por faltar un acervo común. Criterios distintos se establecen también por el Código, para regular la contribución a las cargas en los casos de separación, nulidad y divorcio y que cuenta también con normas de efectividad especiales por medio de la intervención judicial».

[21] PASTOR ÁLVAREZ, M.ª del C. (1998). *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 95-96.

[22] PASTOR ÁLVAREZ, M.ª del C. (1998). *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, *op. cit.,* 103-104; PÉREZ SANZ, A. (1985). Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales, *Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. XXVI*, 24.

Aunque para cierto sector doctrinal es posible un convenio de exoneración del deber de contribución a las cargas por alguno de los cónyuges, siempre y cuando exista una causa que lo justifique, esto es, responda a una distribución de responsabilidades respecto del grupo

familiar y conforme a las circunstancias concretas del mismo. En cambio, no se considera válido un pacto mediante el cual se pretenda eludir cargas de cumplimiento imperativo dentro de la familia, o, implique una derogación del principio de contribución a las cargas por ambos cónyuges. Así, DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1974). *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid: Tecnos, Madrid, 267; REBOLLEDO VARELA, A. L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil),* Madrid: Montecorvo, 416-417.

[23] LACRUZ BERDEJO, J. L. (1965). Capítulos matrimoniales y estipulación capitular, *Centenario de la Ley del Notariado, sección 3.ª, vol. II*, Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 119-120; GARRIDO DE PALMA, V. M. (1982). El matrimonio y su régimen económico, *El nuevo Derecho de Familia español*, Madrid: Reus, 426.

[24] ÁLVAREZ OLALLA, M.ª P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Navarra: Aranzadi, 88.

[25] GARCÍA GARCÍA, M. A. (1984). «El deber de actuar en interés de la familia», *Revista de Derecho Privado*, 243-244; QUIÑONERO CERVANTES, E. (1989). Notas sobre el deber de contribución a las cargas de la familia, *Libro Homenaje a Juan Roca Juan*, Murcia, 693; GARCÍA CANTERO, G. (1982). Notas sobre el régimen matrimonial primario, *Documentación Jurídica 1982-1,* núms. 33-36, 304.

[26] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 10110; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes. En: J. Rams Albesa (dir.), *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia,* Madrid: Dykinson, 244. Se define de forma expresa las cargas del matrimonio el artículo 9 de la Ley 10/2007, del régimen económico matrimonial valenciano.

[27] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 864; asimismo, DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 373. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de mayo de 2006 *(RJ* 2006, 3502) considera que «las cargas del matrimonio deben identificase con las de sostenimiento de la familia» y que «abarcan todas las obligaciones y gastos que exijan la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar». Por el contrario «no considera cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues, precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que, excluye cualquier idea de patrimonio común familiar» (Fundamento de Derecho 3.º). *Vid.,* asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.ª, de 1 de febrero de 2001 *(JUR* 2001, 133591).

[28] MORENO MOZO, F. (2008). *Cargas del matrimonio y alimentos*, Granada: Comares, 39-40. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, de 23 de octubre de 1998 *(AC* 1998, 8095), considera cargas familiares «el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar y están regulados en nuestro Código Civil, con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1362 y 1438 del Código Civil), y expresamente como un deber de los cónyuges en algunas legislaciones extranjeras». Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 23 de noviembre de 2005 *(JUR* 2006, 9151), señala que, pueden considerarse las cargas del matrimonio como «el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, reguladas en nuestro Código Civil con referencia a las responsabilidades de los patrimonios conyugales (arts. 1318, 1362, y 1438 del Código Civil), gastos que se produzcan durante el matrimonio en beneficio de la sociedad conyugal, a los que el artículo 1318 del Código Civil afecta a los bienes de las mismas, al expresar que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio.

[29] HERRERO GARCÍA, M.ª J. (1991). Comentario al artículo 1318 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Coderch, *Comentario del Código Civil, T. II*, Madrid: Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 581.

[30] COSTAS RODAL, L. (2009). Comentario al artículo 1318 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil,* 3.ª ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 1563.

[31] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 10110; MORALEJO IMBERNÓN, N. (2013). Comentario al artículo 1318 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, *T. VII*, Valencia: Tirant lo Blanch, 9309.

[32] MONFORT FERRERO, M.ª J. (2011). Comentario al artículo 1318 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil Comentado, vol. III*, Madrid: Civitas Thomson Reuters, 829.

[33] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 864.

[34] *RJ* 2006, 3502. Y añade que «no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes de matrimonio, pues, precisamente, el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que, excluye cualquier idea de patrimonio común» (*Fundamento de Derecho tercero*). Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 6 de abril de 2016 *(JUR* 2016, 97634) señala que, cargas familiares debe entenderse como el conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar, lo que incluye el sustento y la educación de los hijos, la manutención del otro cónyuge y las deudas familiares; lo que comprende los gastos que exige la conservación de los bienes del matrimonio. No se consideran, por tanto, cargas del matrimonio los gastos generados por bienes que aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, al tratarse de un régimen de separación en el que no hay patrimonio común familiar.

[35] MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.*, 364.

[36] REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*, *op. cit.*, 370; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 864; DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 373.

[37] ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 1654; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 864. Por su parte, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.*, 250 señala que, al no existir en el Código Civil disposición similar a lo que se regula en sede de gananciales en el artículo 1362 del Código Civil, resulta aconsejable la existencia de un acuerdo entre los esposos o la posible previsión capitular al respecto. En contra, REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil*), *op. cit.*, 374 y; DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 373 que, estiman que debe seguirse el mismo criterio que establece el artículo 1362 del Código Civil para el régimen de gananciales.

[38] ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dirs), *Tratado de Derecho de la Familia, vol. IV*, Navarra: Thomson-Reuters, 68 y 71; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, op. cit.*, 58.

[39] ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, op. cit.*, 58 precisa, al respecto, que «en el régimen de separación de bienes, o bien se excluirán las cantidades que deba satisfacer el progenitor a su hijo, del cómputo de sus recursos; o bien, si de hecho se va a producir el consumo en común de todos los miembros de la familia, el progenitor deberá aportar al fondo común, destinado a satisfacer los gastos familiares, una cantidad mayor que la que le corresponde teniendo en cuenta el criterio de la proporcionalidad».

[40] RIBERA PLANES, B. (2004). *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 51 señala que, al legislador español debemos aplaudirle el haber sabido concentrar en un precepto lo que el legislador francés ha dispuesto en dos normas distintas, si bien, al primero le recriminamos la ubicación de esta norma.

[41] ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario al Código Civil*, 3.ª ed., Navarra: Aranzadi

Thomson Reuters, 1672, quien, asimismo, dentro del concepto de cargas del matrimonio, incluye «los gastos destinados a satisfacer las necesidades *primarias* (art. 142) de la familia, conforme al nivel de vida de la misma, determinado por sus medios económicos, salvo que los cónyuges acuerden la elevación o disminución del nivel de vida, acuerdo que podrá ser denunciado por cualquier de ellos, en todo momento». Asimismo, añade, «son cargas del matrimonio los gastos destinados a satisfacer necesidades *secundarias* —hobbies, vacaciones, concertación de seguros— en tanto exista acuerdo de los cónyuges al respecto». En esta línea, ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 63.

[42] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 865; REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil*), *op. cit.,* 395.

[43] LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al*. (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia, op. cit.,* 261.

[44] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 10114.

[45] DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 370; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 865.

[46] LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al*. (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia, op. cit.,* 261.

[47] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 866; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los regímenes de separación y de participación, *op. cit.*, 300.

[48] DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil. En: Manuel Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XVIII, vol. 3.º,* Madrid: Edersa, 369; RIBERA PLANES, B. (2004). *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, *op. cit.,* 53-54; REBOLLEDO VARELA, A. L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio*, Madrid: Montecorvo, 414; MONTÉS PENADÉS, V. L. (1984). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *Comentario a las reformas de Derecho de Familia, vol. II*, Madrid: Tecnos, 1937.

[49] REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil*), *op. cit.,* 413 alega que, el pacto supone una modificación del régimen económico matrimonial y, por tanto, debe constar en capitulaciones; no obstante, este mismo autor, reconoce también que los pactos no capitulares pueden funcionar por vía de hecho y los cónyuges modificar su contribución legal o convencional; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, op. cit.,* 101, por su parte, en relación con el pacto de exoneración —o de contribución no proporcional— si no consta en capitulaciones matrimoniales, considera excesivo el otorgamiento del carácter vinculante y derogatorio para el futuro de la regla de la proporcionalidad. Además, entiende que, más que ante un acuerdo, nos hallamos ante una declaración de voluntad unilateral, revocable en el momento en que el cónyuge que la realizó considere oportuno.

[50] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 864; del mismo autor, (1984). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, vol. II*, Madrid. Tecnos, 1937; DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 370; DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Los regímenes de separación y de participación, *op. cit.,* 272; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 249; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero-abril,* 153.

[51] DE LOS MOZOS, J. L. (1985). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 370; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 865; DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Los regímenes de separación y de participación» *op. cit.,* 274; ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 75; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 880. *Vid.,*

asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, de 20 de junio de 2006 *(JUR* 2006, 248627).

[52] ÁLVAREZ-SALA WALTER, J. (1981). Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular, *Revista de Derecho Notarial*, *abril-junio,* 26 señala que, es un pacto nulo de pleno derecho porque se aparta del criterio de la proporcionalidad de los recursos económicos de los cónyuges; por su parte MIRALLES GONZÁLEZ, I. (1986). El deber de contribución a las cargas del matrimonio, *Revista Jurídica de Cataluña*, 600-601 señala que se trata de una quiebra del principio igualitario; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 878-879, asimismo, considera que «la libertad de pacto que deriva del artículo 1438 del Código Civil no puede conllevar en ningún caso la exoneración de uno de los cónyuges de su obligación de contribuir a las cargas matrimoniales, ni siquiera cuando dicho acuerdo conste en capitulaciones matrimoniales, porque precisamente el único límite que el legislador impone a los cónyuges a la hora de concretar el contenido de las capitulaciones es que no se incluya ninguna disposición que sea contraria a las leyes, o a las buenas costumbres, o sea limitativa de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge, pues una estipulación de estas características es nula. Por tanto, si se incluye en capitulaciones matrimoniales un pacto por el que se dispensa a uno de los cónyuges de contribuir a las cargas del matrimonio por los artículos 1318 y 1328 del Código Civil». En definitiva, concluye «la contribución a las cargas del matrimonio es obligatoria para ambos cónyuges y no puede quedar a la libre voluntad de estos».

[53] MONTÉS PENADÉS, V. (1984). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 1937.

[54] DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Los regímenes de separación y de participación, *op. cit.,* 272; sin embargo, CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 10116 señala que, lo que no cabe es un pacto por el que el cónyuge acuerda que se desentiende absolutamente de las tenciones familiares, pacto que iría, contra el orden público (art. 1328 del Código Civil); ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 76-77 dispone que, semejante acuerdo resultaría contrario al orden público matrimonial, entendiendo que algún tipo de contribución forma parte del mismo.

[55] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 866.

[56] DOMENGE AMER, B. (1998). El sostenimiento de las cargas familiares en el régimen de separación de bienes, *Revista Jurídica del Notariado*, 84; GARRIDO DE PALMA, V. (1979). El matrimonio y sus regímenes matrimoniales, *Revista de Derecho Privado*, 426.

[57] REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil*), *op. cit.,* 416-418.

[58] PASTORES ÁLVAREZ, M.ª C. (1998). *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Murcia, 106.

[59] ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, op. cit.,* 101.

[60] DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1974). *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid: Tecnos, 244; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 244; CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 10116.

[61] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 10116.

[62] LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil, IV Familia, op. cit.,* 261.

[63] DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2014). *Sistema de Derecho Civil, vol. IV (Tomo I) Derecho de Familia*, 11.ª ed., Madrid: Tecnos, 218.

[64] MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.,* 371.

[65] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 866; CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 10116.

[66] MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.,* 371-372.

[67] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 865-866.

[68] ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 1673; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 254; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 879, entiende que, el pacto conyugal no tiene que estar únicamente referido a la forma en que cada uno de los cónyuges va a ejecutar su deber de contribución, sino que también puede estar dirigida a determinar el criterio por el que se va a proceder al reparto de cargas entre ellos con la posibilidad de establecer una regla de reparto distinta a la de la proporcionalidad de los recursos económicos de cada cónyuge.

[69] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 10117; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *op. cit.,* 153.

[70] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 866; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, op. cit.,* 68-69; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). «Los regímenes de separación y de participación», *op. cit.,* 301; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 250; RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 880-881 admite los acuerdos tácitos, de modo que, bastaría con el mero acuerdo verbal al que hubieran llegado los cónyuges sin que constase manifiestamente en ningún documento, o incluso implícito que pueda deducirse tácitamente de su comportamiento habitual, esto es, en función del modo en que cada cónyuge ha asumido su deber de contribuir a las cargas del matrimonio.

[71] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 10117.

[72] RIBERA PLANES, B., La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 91-92; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los regímenes de separación y participación, *op. cit.,* 301; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2010). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.,* 218; REBOLLEDO VARELA, A. L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio*, *op. cit.,* 430; MONTÉS PENADÉS, V. L. (1984). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 1937.

[73] JIMÉNEZ GALLEGO, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes. En: Víctor Manuel Garrido de Palma (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, T. IV Familia, vol. 2.º*, Navarra; Civitas Thomson Reuters, 737.

[74] REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil*), *op. cit.,* 395.

[75] MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 866; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, 10.ª ed., Madrid: Edisofer, 193; CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 10115.

[76] ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, op. cit.*, 89.

[77] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, 10.ª ed., Madrid: Edisofer, 193; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *op. cit.,* 148; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 866; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 256 señala al respecto que, los recursos no es solo sinónimo de ingresos o rentas, debiéndose identificar con la capacidad económica de los esposos, incluyendo, por tanto, los bienes que se encuentren improductivos e incluso, la posible capacidad teórica para realizar un trabajo remunerado. Por su parte, RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 888 precisa, al respecto que, «con el término recursos el legislador ha dado cabida no solamente al capital con que cuenta la persona, sino también cualquier tipo de ingresos o valor que puede ser atribuido a los cónyuges».

[78] REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil*), *op. cit.,* 429-430.

[79] MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.,* 376.

[80] ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 1673; CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 10115.

[81] MARTÍNEZ CORTÉS, J. (2002). El régimen económico de separación de bienes, *op. cit.,* 376.

[82] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de abril de 1992 *(RJ* 1992, 10724) al extinguirse la sociedad de gananciales anterior puede someterse el matrimonio al régimen de separación de bienes, si así se acuerda en el convenio regulador.

[83] *Vid.,* el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.ª, de 23 de enero de 2007 *(JUR* 2007, 157577) la extinción del régimen, a falta de acuerdo, ha de sustanciarse en el proceso declarativo correspondiente.

[84] ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 110.

[85] La necesidad de realizar inventario, *vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 27 de mayo de 2015 *(JUR* 2005, 21740) formación de inventario de acuerdo a lo previsto en el artículo 809 de la LEC. Valoración y adjudicación del activo y pasivo en ulterior trámite procesal; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 9 de marzo de 2007 *(JUR* 2007, 314109); y, de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.ª, de 16 de noviembre de 2015 *(JUR* 2015, 297287).

[86] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de enero de 2000 *(RJ* 2000, 247) local y negocio de pastelería propiedad por mitad de los dos cónyuges. Adjudicación a uno de ellos, pagando la mitad de su valor para evitar su desmerecimiento; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, 17 de abril de 2014 *(JUR* 2014, 253862) la división puede ser ejercitada en procedimiento ordinario en el que también pueden ventilarse otras cuestiones patrimoniales pendientes entre ellos.

[87] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 4.ª, de 2 de noviembre de 2002 *(JUR* 2003, 62897); de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1.ª, de 18 de julio de 2014 *(JUR* 2015, 61603) se puede reclamar mediante juicio verbal, pues, en este caso el importe no excede de 6000 euros; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.ª, de 19 de noviembre de 2014 *(JUR* 2015, 40531) reclamación del 50% de un depósito bancario. No procede al haberse acreditado que, pertenece el depósito al demandado y la cuantía del mismo procedía de su salario por lo que solo a él le corresponde la restitución.

[88] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 27 de abril de 2005 *(JUR* 2005, 164305).

[89] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 4.ª, de 16 de mayo de 2011 *(JUR* 2011, 341177) derecho de crédito a favor de esposa por mejoras; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.ª, de 7 de diciembre de 2012 *(JUR* 2012, 59310); y, de la Audiencia Provincial de Asturias. Secc. 6.ª, de 27 de octubre de 2014 *(JUR* 2015, 4990).

[90] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.ª, de 20 de junio de 2005 *(JUR* 2006, 31182).

[91] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de marzo de 1992 *(RJ* 1993, 2051); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 23 de junio de 2000 *(JUR* 2000, 293458).

[92] JIMÉNEZ GALLEGO, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes, *op. cit.,* 802-803; ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 110.

[93] ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 95; DE PABLO CONTRERAS, P. (2016). Los regímenes de separación y participación, *op. cit.,* 301.

[94] JIMÉNEZ GALLEGO, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes, *op. cit.,* 809; ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 110-111. Asimismo, *vid.,* el Auto de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 3.ª, 22 de febrero de 2006 *(JUR* 2006, 130737); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 28 de abril de 2015 *(AC* 2015, 1814).

[95] CARBONELL CRESPÍ, J. A. (2007). La liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes, *Revista Jurídica del Notariado,* número 63, julio-septiembre, 90. *Vid.,* asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 18 de noviembre de 2008 *(JUR* 2009, 74183).

[96] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 26 de julio de 2004 *(JUR* 2004, 217418); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 20 de enero de 2010 *(JUR* 2010, 1368).

[97] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *op. cit.,* 62.

[98] ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, op. cit.,* 105-106.

[99] ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 1673; CUENA CASAS, M. (2013) Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 10121.

[100] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *op. cit.,* 63.

[101] JIMÉNEZ GALLEGO, C. (2015). El régimen económico matrimonial de separación de bienes, *op. cit.,* 738. Asimismo, en esta línea, ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 86.

[102] ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 1673.

[103] DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009). La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 261-262; en esta línea, CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 10121. Como fundamento de la compensación por el trabajo en el hogar en la sobreaportación, *vid.,* las sentencias del Tribunal de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 10 de febrero de 2004 *(RJ* 2004, 2476); y, en las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.ª, 20 de mayo de 2005 *(JUR* 2005, 155745); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 20 de abril de 2006 *(JUR* 2006, 159223); y de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2.ª, 9 de diciembre de 2015 *(AC* 2015, 1078).

[104] RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 900.

[105] MORENO-TORRES HERRERA, M.ª L. (2011). La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil español, *Revista Aranzadi Doctrinal, diciembre*, 114. *Vid.,* en este línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de febrero de 2007 (LA LEY 2007, 2417); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 3.ª, de 23 de septiembre de 1999 (LA LEY 1999, 127291); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 18 de noviembre de 2002 *(JUR* 2003, 61643), de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.ª, de 1 de febrero de 2001 *(JUR* 2001, 133591); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.ª, de 21 de diciembre de 2006 *(JUR* 2007, 221997); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, de 8 de abril de 2009 *(JUR* 2009, 304663); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 5 de junio de 2009 (LA LEY 2009, 143321); y, de la Audiencia provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 7 de mayo de 2010 (LA LEY 2010, 119400).

[106] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia, IV Derecho de Familia,* 10.ª ed., Madrid: Edisofer, 194.

[107] REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil*), *op. cit.,* 435-438.

[108] *Vid.,* las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 28 de febrero de 2005 *(JUR* 2005, 84650); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 9 de febrero de 2010 (LA LEY 2010, 29351).

[109] LASARTE ÁLVAREZ C. (2016). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit*., 244.

[110] *Vid.,* las sentencias de la de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, de 24 de mayo de 2005 *(JUR* 2005, 155542); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 1 de febrero de 2006 *(JUR* 2006, 123531); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 21 de febrero de 2007 *(JUR* 2007, 238845); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 3 de junio de 2009 *(JUR* 2010, 22438); y, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, 14 de octubre de 2014 *(AC* 2015, 1298) que manifiesta al respecto que, la finalidad

no es otra que paliar en lo posible el principal inconveniente que, presenta el régimen de separación de bienes con respecto al cónyuge que, después de dedicarse plenamente a la atención de la casa, no participa de las ganancias que el otro obtiene con su actividad fuera del hogar. La prestación económica a que se refiere el artículo 1438 del Código Civil tiene su fundamento en una previa contribución en especie a las cargas familiares específicamente reguladas en el régimen económico de separación de bienes, que parece destinada a corregir de forma equitativa los posibles desequilibrios que, puede determinar este régimen económico especialmente para el cónyuge carente de actividad laboral que, ha centrado su dedicación en el cuidado de los hijos y del hogar familiar, estimando esta aportación pasada como una prestación susceptible de cuantificación económica que, ostenta un valor estimable al tiempo de proceder a la liquidación del régimen económico de separación de bienes.

[111] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 3 de junio de 2009 *(JUR* 2009, 22438); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 11 de junio de 2009 (LA LEY 2006, 179446); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 26 de junio de 2014 *(JUR* 2014, 279971).

[112] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, de 21 de marzo de 2000 (LA LEY 2000 63974); de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.ª, de 31 de julio de 2007 *(JUR* 2007, 33912); y, de la Audiencia Provincial de Albacete, sec. 1.ª, de 23 de marzo de 2010 (LA LEY 2010, 41281).

[113] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5.ª, de 24 de enero de 2005 *(JUR* 2005, 44414).

[114] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.ª, de 17 de marzo de 2004 *(AC* 2004, 382); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, de 5 de abril de 2006 *(JUR* 2006, 140188); de la Audiencia provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 1 de julio de 2013 *(JUR* 2013, 263637) no puede afirmarse que se dedicara de forma exclusiva al cuidado de los hijos, ni que se le impidiera desarrollar una faceta laboral o profesional, favoreciendo el éxito profesional; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 19 de diciembre de 2013 *(JUR* 2013, 120986); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 14.ª, de 19 de mayo de 2014 *(JUR* 2014, 167678); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, de 20 de octubre de 2014 *(JUR* 2015, 14469); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 27 de enero de 2015 *(JUR* 2015, 196684); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 27 de enero de 2015 *(JUR* 2015, 196684); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 12 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 80720); y de la misma Audiencia y sección, de 25 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 175680). Por su parte, se indica como presupuestos para la compensación que, además que, el régimen económico que rija el matrimonio sea el de separación de bienes, que el trabajo para el hogar se realice de forma exclusiva o mayoritariamente por uno de ellos, así, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9.ª, de 7 de julio de 2001 *(JUR* 2001, 274492); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, de 24 de mayo de 2005 *(JUR* 2005, 15542); y, de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 4.ª, de 12 de abril de 2006 *(JUR* 2007, 20510).

[115] *RJ* 2011, 5122.

[116] En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 2014 *(RJ* 2014, 813) que, en su *Fundamento de Derecho segundo* manifiesta que, esta conclusión de la citada Sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2011, es consecuencia de la concurrencia de tres reglas coordinadas que, hay que tener en cuenta de forma conjunta para decidir: 1.ª. Regla: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir; 2.ª. Regla: puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del artículo 32 CE; 3.ª. Regla: el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen. Por lo demás y en relación con los criterios para la interpretación del último inciso del artículo 1438 del Código Civil, señala la resolución que «deben excluirse, por

tanto, criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que, no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico». Es decir concluye que «la regla de aplicación resulta de una forma objetiva por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa, por lo que es contrario a la doctrina de esta Sala el tener en cuenta otra circunstancia distinta a la objetiva, como es, no el beneficio económico, pero sí que todos los emolumentos se haya dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la sentencia denomina la inexistencia de «desigualdad peyorativa», lo que supone denegar la pensión cuando el 100% del salario se destina al levantamiento de las cargas familiares. Admitirlo supone reconocer lo que la doctrina de esta Sala niega como presupuesto necesario para la compensación, es decir que, el esposo se beneficie o no económicamente. Basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación. Cosa distinta será determinar su importe». A las tres reglas se refiere también, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, 29 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 207569).

[117] *RJ* 2015, 1170. En el caso, son hechos probados de la sentencia que fue doña Amparo la que esencialmente se ocupó de la casa familiar y de la atención de los hijos cuando eran pequeños, ayudada por una empleada, lo cual no fue óbice para que desarrollase una actividad laboral (apertura de una tienda de ropa de niños denominada TACATÁ) y que trabajara antes para la empresa del esposo Rioja Selección hasta que cerró, sin que se haya aclarado si tal empleo fue o no retribuido durante todo el tiempo que lo desempeñó o solo durante parte de ese tiempo (*Fundamento de Derecho segundo número 3*).

[118] *RJ* 2015, 1528. En el caso, son hechos probados de la sentencia que la esposa desde que pactara con su esposo el régimen de separación de bienes a través de capitulaciones vino desarrollando un trabajo en alguna de las empresas de la que era administrador el esposo, y que por este trabajo fuera del hogar percibía una retribución que oscilaba sobre los 800 euros, lo que es incompatible con el derecho a obtener la compensación económica que establece el artículo 1438 del Código Civil (*Fundamento de Derecho tercero*).

[119] En esta línea, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 2017 *(RJ* 2017, 880) que señala al respecto que, la Sentencia de la Audiencia Provincial contradice la doctrina de esta Sala. «En primer lugar, porque toma como argumento para negar la compensación el que expresamente excluye reiterada jurisprudencia de esta Sala, como es el de «la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por el trabajo doméstico». En segundo lugar, porque ha habido una dedicación exclusiva de la esposa al trabajo para la casa, computable como contribución a las cargas. En tercer lugar, porque en ningún caso el artículo 1438 exige que, para ser merecedor de la compensación haya existido una imposibilidad probada y manifiesta, para poder trabajar fuera casa por parte del cónyuge que solicita la compensación. Lo cierto es que esta situación se ha producido, y lo que sostiene la sentencia sobre la crianza de los hijos y su cuidado en función de la edad es simplemente especulativo. Es lo que es y lo que ha sido en esta relación de matrimonio mantenida hasta el divorcio». Asimismo, *vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.ª, de 11 de julio de 2000 *(AC* 2000, 2592); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, de 5 de abril de 2006 *(JUR* 2006, 140188); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 19 de diciembre de 2013 *(JUR* 2013, 120986); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.ª, de 22 de abril de 2016 *(JUR* 2016, 118878); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 7 de junio de 2016 *(JUR* 2016, 224248); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.ª, de 30 de junio de 2016 *(JUR* 2016, 225805); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, de 23 de enero de 2017 *(JUR* 2017, 143160) que ha reconocido a una mujer el derecho a recibir una indemnización de 23.628 euros que habrá de pagar su *ex* marido por el trabajo doméstico que desempeñó durante el periodo de convivencia. La pareja, que se había casado en régimen de separación de bienes, se separó legalmente pero en enero de 2007 reanudó la convivencia, que duró hasta que en de mayo de 2013 se dictó la sentencia de divorcio. Establece la Audiencia Provincial en su sentencia que, durante ese segundo periodo de convivencia la mujer abandonó su trabajo para dedicarse en exclusiva a las labores del hogar «haciendo posible que el marido prescindiera del servicio doméstico remunerado que hubo de contratar cuando

estaban separados». Entiende el tribunal que, el marido ha resultado «beneficiado» por esta situación «ya que el cónyuge que se ha dedicado a trabajar fuera del hogar familiar ha podido con sus ingresos aumentar su patrimonio personal, mientras que, el otro ha dedicado su tiempo y esfuerzo a la atención de la familia, no viendo beneficiada su posición económica al final del régimen de separación de bienes». Por ello, la indemnización que se fija «viene a compensar el tiempo efectivamente dedicado al trabajo en el hogar» y, es que, como recuerda la Audiencia Provincial, el fundamento de esta indemnización que, es compatible con una pensión compensatoria «es la previa contribución en especie —el trabajo doméstico— por parte de uno de los cónyuges al levantamiento de las cargas familiares». Para su liquidación se ha tenido en cuenta el salario mínimo interprofesional reducido en un cincuenta por ciento —dado que «el trabajo prestado también redundó en la satisfacción de las necesidades propias de la actora»—, así como el periodo de convivencia —desde que se dejó sin efecto la separación hasta que se dictó la sentencia de divorcio.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, de 11 de noviembre de 2002 *(AC* 2002, 1767) señala que, no procede la compensación económica, pues, ambos cónyuges han trabajado durante el matrimonio y hay una ausencia de especial dedicación al hogar y no se han menguado sus expectativas profesionales o económicas. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 23 de diciembre de 2014 *(AC* 2015, 591) manifiesta que, no resulta acreditado que haya sido la esposa la única que se ha dedicado a las tareas del hogar ni al cuidado de sus hijos menores, ni que esta dedicación haya sido significativamente más relevante que la del esposo; la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.ª, 30 de junio de 2016 *(JUR* 2016, 225805) señala la falta de prueba de la dedicación esencial o significativa a las tareas domésticas; por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, 16 de abril de 2014 *(JUR* 2014, 189143) no procede la compensación del artículo 1438 pues ambas partes trabajan y ninguno de ellos se ha beneficiado del matrimonio en cuanto a la posible adquisición de un importante patrimonio en total detrimento del otro.

[120] *RJ* 2015, 5322.

[121] *RJ* 2015, 5414. *Fundamento de Derecho tercero*.

[122] *RJA* 2017, 673.

[123] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.ª, 3 de octubre de 2012 *(JUR* 2012, 404433). Asimismo, CUENA CASAS, M. Las "sorpresas" del régimen de separación de bienes: la compensación por el trabajo doméstico, *Blog Hay Derecho,* 5 de enero de 2016, p. 2.

[124] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 5 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 70753) el 15% de la diferencia patrimonial entre los patrimonios de las partes; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 1 de abril de 2016 *(JUR* 2016, 134302); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 29 de junio de 2016 *(JUR* 2016, 213174); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 8 de julio de 2016 *(JUR* 2016, 213986); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 27 de julio de 2016 *(JUR* 2016, 237227) dedicación de la esposa al cuidado de los hijos y a la atención del hogar sustancialmente más que el esposo e incremento patrimonial de este superior en el momento del cese de la convivencia: 61.250 euros; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 3 de noviembre de 2016 *(AC* 2017, 248).

[125] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de febrero de 2005 *(RJ* 2005, 1407); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2.ª, de 2 de junio de 2004 *(JUR* 2004, 258769); y, de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 1.ª, de 22 de marzo de 2013 *(JUR* 2013, 231377).

[126] *Vid.,* las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 11 de febrero de 2005 *(RJ* 2005, 1407) no puede hablarse de la producción de un desequilibrio merecedor de la compensación a que alude al artículo 1438 del Código Civil por cuanto uno y otro cónyuge, tras la extinción del régimen de separación, conservan posiciones y posibilidades económicas análogas a aquellas que tenía durante la vigencia del régimen. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 17 de julio de 2008 *(JUR* 2008, 314504) no concurre situación de desigualdad patrimonial por la consecuencia que las actividades de la esposa para la casa y en el desarrollo de los negocios del esposo, se

entiende suficientemente compensad con las adjudicaciones del patrimonio; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 3 de junio de 2009 *(JUR* 2010, 22438), dispuso de dos empleadas y trabajó durante el matrimonio como pintora; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 10 de junio de 2010 *(JUR* 2010, 396982) dispone de ayuda de servicio doméstico interno para la realización de las labores del hogar y cuidado de los hijos, que no priva a la actora de tiempo necesario para completar sus estudios o desarrollar cualquier actividad laboral fuera del hogar familiar; y, de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 16 de abril de 2014 *(JUR* 2014, 189143) ambos cónyuges tiene trabajos remunerados, y ninguno de ellos se ha beneficiado del matrimonio en cuanto a la posible adquisición de un importante patrimonial en total detrimento del otro.

[127] En este línea de no exigir la dedicación en exclusiva a las tareas del hogar por el cónyuge acreedor, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, de 31 de octubre de 2011 *(RJ* 2012, 2243); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 25 de febrero de 2005 *(JUR* 2005, 84650); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 15 de abril de 2008 *(JUR* 2008, 188408); de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.ª, de 3 de octubre de 2012 *(JUR* 2012, 404433); y, de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 11 de diciembre de 2012 *(JUR* 2013, 120596),

[128] *Vid.,* asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 18 de julio de 2007 *(JUR* 2007, 284431).

[129] CUENA CASAS, M. (2013). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 10119; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 868; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2005). *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia*, *op. cit.,* 194 dispone al respecto que «el trabajo para la casa no debe ser entendida solo pura actividad material encaminada a satisfacer necesidades de mantenimiento alimenticio (como ir a la compra, cocinar), de arreglo del hogar (como limpiar, hacer las camas, ordenar enseres), de atención a los componentes del grupo (como cuidar de los hijos, asearlos, etc.) y, así otras ocupaciones posibles, si son desempeñadas por un esposo. Diferentemente debe estimarse que también es trabajo para la casa la labor de dirección de la misma cuando de verdad ocupa (lo que ciertamente no consiste solo en dar órdenes)». *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.ª, de 5 de diciembre de 2000 *(JUR* 2001, 64637).

[130] En esta línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona secc. 12.ª, de 17 de julio de 2014 *(JUR* 2014, 239752); y de la misma Audiencia, secc. 18.ª, de 30 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 165235). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.ª, de 11 de septiembre de 2009 (LA LEY 2009, 22891) fija como criterios la duración del matrimonio, la falta de cualificación profesional y vida laboral anterior por parte de la esposa; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, de 3 de noviembre de 1997 *(AC* 1997, 2235) se refiere como bases para cuantificar las que establece el artículo 97 del Código Civil.

[131] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* enero-abril, 152 en este sentido, señala la posibilidad de acudir al precio del mercado de dicho trabajo, es decir, acudiendo al precio de mercado de los empleados del hogar. Por su parte, VERDERA IZQUIERDO, B. (2013). Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correlativo de una desigualdad conyugal, *Derecho Privado y Constitución,* número 27, enero-diciembre, 244 atiende al salario mínimo interprofesional. *Vid.,* asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, de 24 de mayo de 2004 *(JUR* 2005, 155542); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3.ª, de 20 de julio de 2006 *(JUR* 2006, 239825); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 6 de noviembre de 2006 *(JUR* 2006, 284978); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.ª, de 16 de mayo de 2007 *(JUR* 2007, 295893); y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 16 de julio de 2014 *(JUR* 2014, 283207); y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, de 30 de abril de 2007 *(JUR* 2007, 241997).

[132] El artículo 232-6 fija como reglas de cálculo de los incrementos de los patrimonios entre cónyuges las siguientes: a) El patrimonio de cada uno de los cónyuges integrado por los bienes que tenga en el momento de la extinción del régimen o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, una vez deducidas las cargas que los afecten y las obligaciones;

b) Deben añadirse al patrimonio de cada uno de los cónyuges el valor de los bienes que haya dispuesto a título gratuito, calculado en el momento de su transmisión, excluidas las donaciones hechas a los hijos comunes y las liberalidades de uso, así como el valor del detrimento producido por actos efectuado con la intención de perjudicar al otro cónyuge; y c) Debe descontarse del patrimonio de cada uno de los cónyuges el valor de los bienes que tenía al comenzar el régimen y que conserva en el momento en que se extingue, una vez deducidas las cargas que los afecten, así como el valor de los adquiridos a título gratuito durante la vigencia del régimen, y las indemnizaciones por daños personales, excluida la parte correspondiente al lucro cesante durante la vigencia del régimen se imputarán a la compensación por el valor que tienen en el momento de la extinción del régimen.

[133] MORENO-TORRES HERRERA M.ª L. (2011). «La compensación por el trabajo doméstico en el Código Civil español», *Revista Aranzadi Doctrinal,* número 8, diciembre, 129.

[134] *Vid.,* las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015 *(RJ* 2015, 5322); y, de 5 de mayo de 2016 *(RJ* 2016, 2219) respecto a este último supuesto, precisa que, el Juez habrá de tener en cuenta que, uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios ni participar en los del otro. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 29 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 207569) la compensación no puede extenderse a la totalidad del importe que un tercero cobraría por realizar ese trabajo del hogar (y cuya cuantía no tiene por qué coincidir con el salario mínimo interprofesional, pues el trabajo del hogar no tiene horario fijo) ya que en este caso no se había contribuido en nada, sino que debe limitarse al exceso que correspondería a cada cónyuge.

[135] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2005, *op. cit.,* 151.

[136] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 6 de noviembre de 2006 *(JUR* 2006, 284978) cuantía que ha de fijarse mediante una suma específica y no como un porcentaje; y, de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, de 9 de febrero de 2009 (LA LEY 2009, 158069).

[137] *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 21 de diciembre de 2009 (LA LEY 2009, 302033).

[138] *Vid.,* la Resolución de la DGRN de 30 de noviembre de 2016 *(RJ* 2016, 5933) en relación con la permuta de varias fincas entre los esposos de carácter privativo todas ellas, en compensación al trabajo doméstico de uno de ellos. Se indica que este acto excede del contenido típico y adecuado al Convenio regulador, teniendo especialidad propia e independiente de este que, exige otorgar la correspondiente escritura púbica notarial. Don J.L.M.M. y Doña A.M.F.F. contrajeron matrimonio en 1987, de cuyo matrimonio tuvieron un hijo, en la actualidad mayor de edad. Dicho matrimonio se rige por el régimen de separación de bienes. Don J.L.M.M. es dueño con carácter privativo de dos viviendas, junto con una plaza de aparcamiento, sitas en el término municipal de Benidorm. Se valora todo ello en 263.854,42 euros. Doña A.M.F.F. es dueña con carácter privativo de 1/314 en una parcela en terreno en Valdefresno de la Sobarrida y el total de otro terrero en igual término, que se valoran en 119.540,88. Acuerdan ambos cónyuges, como hemos señalado, permutar las indicadas fincas y respecto de la diferencia de valor se dice que lo es por compensación que, le corresponde a Doña A.M.F.F. como contribución a las cargas del matrimonio, conforme al artículo 1438 del Código Civil que, se cuantifica en la cantidad de 144.313,54 euros. Por ello, en pago de una deuda generada durante el matrimonio, se adjudica al acreedor tres fincas, mientras que este a su vez transmite al deudor —dentro del mismo negocio jurídico— un inmueble de su propiedad. Al respecto manifiesta el Centro Directivo que, «si bien, es perfectamente posible la incorporación del negocio de dación o adjudicación de uno o varios bienes o derechos en pago de una deuda conyugal dentro de las operaciones inventariadas en un convenio regulador, y esta estipulación puede acceder al Registro, al amparo de lo previsto en el artículo 90 del Código Civil, dicha operación debe ajustarse a lo estrictamente necesario para llevar a cabo la completa liquidación del haber común, así como para el pago de las deudas matrimoniales, pero esta medida, sin embargo, no puede extenderse a actos ajenos a dichas operaciones, por lo que en un caso como el presentado en el que en pago de una deuda se adjudican más bienes de los necesarios para cubrir su

importe, y en exceso la parte acreedora a su vez transmite un bien que le es propio, configura un acto que excede del contenido típico y adecuado para el convenio regulador privado en su vertiente de poder acceder al Registro de la Propiedad, al tener especialidad negocial propia e independiente del convenio, debiendo otorgarse la correspondiente escritura pública notarial para ser susceptible de inscripción. Por ello, el defecto debe mantenerse». En consecuencia, esta Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la Registradora.

[139] RIBERA BLANES, B. (2005). Del régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 903; ÁLVAREZ OLALLA, P. (1996). *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes, op. cit.,* 107, salvo consentimiento del cónyuge deudor; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, de 9 de noviembre de 1999 *(AC* 1999, 2379); y del Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.ª, de 17 de enero de 2014 *(JUR* 2014, 47686), se estima la indemnización ya percibida en forma de copropiedad de tres viviendas adquiridas en Portugal, con dinero procedentes del salario como médico del esposo y tiene a su disposición la cantidad de 22.000 euros que ha retirado de una cuenta común. Asimismo, el artículo 232-8 del Código Civil catalán establece, por un lado, en su apartado 1 que «la compensación debe pagarse en dinero, salvo que las partes acuerden otra cosa. Sin embargo, por causa justificada y a petición de cualquiera de las partes o de los herederos del cónyuge deudor, a autoridad judicial puede ordenar su pago total o parcial con bienes», y añade en su apartado segundo la posibilidad de pagarlo a plazos o aplazar dicho pago, así dispone que «a petición de los cónyuges o de sus herederos, la autoridad judicial puede aplazar el pago de la compensación u ordenar que se haga a plazos, con un vencimiento máximo de tres años y el devengo de interés legal a contar del reconocimiento. La autoridad judicial puede, en este caso, ordenar la constitución, si procede, de una hipoteca, de acuerdo con lo establecido por el artículo 569-36, o de otras garantías en favor del cónyuge acreedor». En contra, ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 96; y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de febrero de 1989 *(RJ* 1989, 836).

[140] REBOLLEDO VARELA, L. (1983). *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil*), *op. cit.,* 439; MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.,* 869; ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2011). El régimen de separación de bienes, *op. cit.,* 97. *Vid.,* la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 29 de octubre de 2002 *(JUR* 2003, 71008). Asimismo, el artículo 232-7 del Código Civil catalán que posibilita pactad el incremento, reducción o exclusión de la compensación económica por razón del trabajo de acuerdo con lo establecido en el artículo 231-30.

[141] EGEA FERNÁNDEZ, J. (2003). Pensión compensatoria y pactos en previsión de ruptura, *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez Picazo,* A. Cabanillas Sánchez (coord.), T. III, Madrid: Thomson-Reuters, 4571.

[142] ROCA i TRÍAS, E. (2006). Autonomía, crisis matrimoniales con ocasión de la crisis*, Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol,* J. M. de Abril de Campoy y M.ª E. Amat Llari (coords.), vol. II, Valencia: Tirant lo Blanch, 2132-2133.

[143] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015). De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual, *op. cit.,* 76.

[144] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2.ª, 31 de julio de 2003 *(JUR* 2003, 275635), y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 3 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 188495).

[145] *JUR* 2016, 61584.

[146] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2015 *(RJ* 2015, 5414) —*Fundamento Jurídico tercero*—; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 1 de febrero de 2006 *(JUR* 2006, 123531); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 18 de enero de 2007 *(JUR* 2007, 235256).

Asimismo, esta compatibilidad se contiene en el artículo 232-10 del Código Civil catalán cuando señala que «el derecho a la compensación económica por razón del trabajo es compatible con los demás derechos de carácter económico que corresponden al cónyuge acreedor y deben tenerse en cuenta para fijar esos derechos y, si procede, para modificarlos». Y añade en cuanto a su reclamación el artículo 232-11 que: "1. En caso de nulidad

del matrimonio, separación o divorcio, la compensación económica por razón del trabajo debe reclamarse en el proceso que causa la extinción del régimen y en caso de resoluciones o decisiones eclesiásticas, en el proceso dirigido a obtener su eficacia civil. Como cuestión previa, la sentencia matrimonial puede pronunciarse sobre el régimen vigente si las partes hacen cuestión de él. 2. En caso de extinción del régimen de separación por muerte, la pretensión para reclamar la compensación económica por razón del trabajo prescribe a los tres años desde el fallecimiento del cónyuge. Sin embargo, si el cónyuge superviviente interpone una demanda al amparo del artículo 233-14.2, debe reclamar la compensación en el mismo procedimiento". De todas formas, también se añade como novedad, que si haya bienes en proindiviso propiedad de ambos cónyuges, pueden solicitar su división. Así el artículo 232-12 señala que "en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad, y en los dirigidos a obtener la eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto a los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. 2. Si existen varios bienes en comunidad ordinaria indivisa, y uno de los cónyuges lo solicita, la autoridad judicial puede considerarlos en conjunto a efectos de formar lotes y adjudicarlos"». Asimismo, *vid.*, el artículo 14.2 de la Ley 10/2007 valenciana.

[147] Asimismo, *vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, de 9 de noviembre de 1999 *(AC* 1999, 2379) después de poner de manifiesto la compatibilidad entre la pensión compensatoria y la compensación económica del artículo 1438 del Código Civil, señala que, parten ambas de una premisa fáctica que, presenta una coincidencia esencial en cuanto a su naturaleza (la expresión «dedicación a la familia» es equivalente en términos esenciales a la de «trabajo para el hogar») el fundamento de una y otra es distinto en esencia. La pensión compensatoria no solo se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia (vigente el régimen económico matrimonial, cualquiera que fuera aquel) sino también en consideración a esa futura dedicación a la familia y se funda esencialmente en la apreciación de la existencia de un desequilibrio económico, sufrido por uno de los cónyuges en relación con la posición económica que ocupa el otro como consecuencia de la crisis matrimonial, confrontando su posición actual y futura con la situación que disfrutaba vigente el matrimonio para sopesar el grado de deterioro experimentado en su posición económica. En este sentido, la pensión compensatoria se configura como un derecho independiente de las cargas y aportaciones al matrimonio y se concibe como un derecho personal del cónyuge que se encuentra en circunstancias que provocan su desequilibrio económico en relación con la situación que gozaba en el matrimonio y que en definitiva conecta con el deber de asistencia y socorro mutuo. En contraposición, la indemnización a la que hace referencia el artículo 1438 no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia ni a la situación de desequilibrio que la crisis matrimonial puede generar para uno de los cónyuges en relación con su situación precedente, sino exclusivamente en función objetiva de la dedicación pasada a la familia vigente el régimen económico de separación hasta la extinción del mismo.

[148] En este sentido, ÁLVAREZ OLALLA, P. (2009). Comentario al artículo 1438 del Código Civil, *op. cit.*, 1673. *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 16 de marzo de y 17 de marzo de 2009 (LA LEY 2009, 148577; y LA LEY 2009, 148576), su fijación ha de ser previa a la pensión compensatoria.

1.3. Derechos reales

Determinación del derecho de habitación

Occupancy and speciality

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Prof. Dra. de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: El derecho de habitación es un derecho real limitado de goce, en cosa ajena, en virtud del cual su titular puede usar con finalidad de vivienda una pieza o habitación en una casa propiedad de otra persona. Este derecho es diferente del derecho de uso, pero guarda semejanzas con él. Se pretende estudiar su concepto, finalidad y peculiaridades delimitadas por la jurisprudencia, deteniéndonos en el examen de su inscripción, de su objeto y los requisitos que se exigen para la misma, derivados fundamentalmente del principio de especialidad registral y en el examen de los problemas que la misma presenta.

ABSTRACT: The occupancy is a limited real right of use on a strange house, through wich the tenant can use for the purpose of housing a room in a house owned by another person. This right is different from the right of use, but has similarities with it. We intend to study its concept, purpose and peculiarities delimited by the jurisprudence; in a particular way, its inscription, its object and the requirements that are demanded from the principle of specialty and the examination of the problems that it presents.

PALABRAS CLAVE: Derecho de habitación. Derecho de uso. Inscripción. Registro de la Propiedad. Especialidad.

KEY WORDS: Occupancy. Property right. Right of use. Registration. Land registry. Specialty.

SUMARIO: I. DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN: CONCEPTOS GENERALES: 1. Fundamento y caracteres. 2. Constitución y régimen jurídico.—II. DERECHO DE HABITACIÓN: 1. Inscripción del derecho de habitación en el Registro: exigencias del principio de especialidad. 2. Determinación de las piezas o habitaciones sobre las que recae el derecho de habitación.—III. CONCLUSIONES.—IV. RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN: CONCEPTOS GENERALES

El derecho de uso es un derecho real de goce sobre cosa ajena que se concede de forma personal al usuario para que obtenga de la cosa los frutos de la cosa

ajena que basten a las necesidades del usuario y de su familia aunque esta se aumente. Mientras que el derecho de habitación procura a su titular la facultad de habitar u ocupar en una casa ajena una o varias piezas dentro de la misma para él y su familia, con la finalidad exclusiva de alojamiento. Se regulan en los artículos 523-529 del Código Civil.

Estos derechos son derechos reales típicos que otorgan a su titular las facultades de obtener frutos de la cosa, o de habitar en ella, pero de forma limitada a diferencia del usufructo, pues en principio solo son posibles en la medida que, satisfacen las necesidades de supervivencia y vivienda del usuario su familia.

Son derechos independientes que, sin embargo, muchas veces se otorgan conjuntamente, porque comparten esa finalidad de procurar, en definitiva, un medio y modo de vida a su titular, y surgieron vinculados al derecho de familia, para solucionar situaciones de protección a familiares, separándose de este modo del propio derecho de usufructo, a cuyas normas hemos de seguir acudiendo de forma supletoria (art. 528 del Código Civil). En este sentido, la STS de 4 de febrero de 1983 señalaba «que el derecho real de uso sobre cosa ajena, participante de la inestabilidad histórica del usufructo, se distinguía del derecho de uso como inherente al dominio por su duración limitada y participó de los avatares del usufructo siendo utilizado para resolver ciertas situaciones, especialmente dentro del derecho de familia, hasta que en la época codificadora se configura como derecho autónomo, apareciendo así en el Código Civil (arts. 523 a 529), rigiéndose supletoriamente por la normativa del usufructo».

Podemos decir que el derecho de uso es más amplio que el derecho de habitación[1], pues permite al usuario utilizar la cosa ajena con distintas finalidades, y obtener los frutos de ella, mientras que el derecho de habitación, que no deja de ser un derecho de uso de una pieza en una casa, es mucho más limitado, pues solo puede tener como finalidad la vivienda.

En cuanto al origen de los mismos, surgieron diferenciándose del usufructo. De este modo, el derecho de uso inicialmente consistía básicamente en un *ius uti* nada más, para separarse del usufructo, sin que al usuario se le concediera el *ius fruendi*, limitándose a usar la cosa. Sin embargo, y ya en la codificación, se incorporó también la posibilidad de obtener ciertos frutos de la cosa, pero sin eliminar su facultad principal de uso —cualquiera— sobre la misma, haciéndose hincapié precisamente en la obtención de frutos para diferenciarlo del usufructo en cuanto a la medida de los frutos que se podían obtener[2]. En cuanto al derecho de habitación, se configuró inicialmente como el derecho a habitar una casa que si bien no se podía ceder o transmitir gratuitamente, sí se podía arrendar; no obstante, esta inicial concepción también se modificó, incorporándose al Código sin la posibilidad de arrendamiento que inicialmente tuvo. Esta idea la recoge bien la STSJ Cataluña de 4 de febrero de 1999: «Es cierto, como dice el recurrente, que la *habitatio* se configuró en Roma como un derecho real que atribuía a su titular la facultad de habitar una casa ajena o de arrendarla —*sed etiam aliis locare*— pero no cederla a título gratuito. Justiniano consideró la habitación como un derecho equidistante e intermedio entre el usufructo y el derecho de uso, siendo más amplio que este y más restringido que aquel. Mientras el *usus* concedía al usuario el derecho de usar la casa o cederla a título gratuito, pero no arrendarla, la *habitatio* concedía ese mismo derecho de uso y el derecho de arrendar la casa, pero no el de cederla gratuitamente».

Si con ellos, como ahora veremos, se pretende dotar de un medio de vida a una persona concreta, y con carácter vitalicio —a pesar de que no es un requisito legal—, podemos decir que normalmente el favorecido y titular de un derecho

de uso y habitación suele tener algún tipo de relación cercana con el propietario que grava su inmueble con estos derechos a favor de tercero. Se pretende que los nuevos y sucesivos propietarios de dichos inmuebles respeten estos derechos del usuario y habitacionista, y le sean oponibles, como en general ocurre con todos los derechos reales. Si bien, aquí, probablemente, su carácter real es más necesario, diferenciándose de una mera obligación de dar alimentos o vivienda a alguien. El constituyente quiere que esa persona no sea privada de su derecho, que tenga plena eficacia real, y por eso se constituyen con tal carácter.

Además, dentro de la familia del usuario o del habitacionista cabe incluir incluso a los parientes a quienes no estén obligados a dar alimentos, siempre que vivan con ellos en el momento de la constitución de uno u otro derecho e incluso a sus descendientes. Por otra parte, están facultados para constituir el uso y la habitación no solo el propietario sino todos los titulares de derechos reales de goce amplio constituidos sobre ellas.

1. Fundamento y caracteres

Como acabamos de anunciar, los derechos de uso y habitación tienen un significado ligado a la superviviencia —«necesidades»—, para procurar tanto el alimento como el vestido del favorecido —y su familia— por estos derechos, de ahí se extraen sus caracteres esenciales[3]: son personales y temporales (carácter vitalicio), y como consecuencia no son transmisibles.

La famosa STS de 4 de febrero de 1983 sintetiza perfectamente los caracteres de estos derechos — bueno del derecho de uso, pero perfectamente aplicables al derecho de habitación, como ha dicho la RDGRN de 5 de octubre de 2015—. Y estos caracteres se resumen en los siguientes:

a) Derecho real de uso y disfrute
b) Limitado a las necesidades del mismo
c) De carácter personal
d) Temporal
e) Régimen jurídico propio derivado de su título constitutivo.

En concreto, esta sentencia afirma que «de la normativa relativa al derecho de uso, aun dentro de su carácter esporádico y asistemático, puede deducirse sin duda que se trata de un derecho real de uso y disfrute recayente sobre un inmueble, limitado a las necesidades de los titulares del mismo, de carácter personal, pero con dos particularidades esenciales que le dan individualidad jurídica, cuales son la temporalidad del uso y su régimen jurídico, que atiende en primer lugar a lo dispuesto en el título constitutivo del mismo, respecto del cual tienen carácter dispositivo las demás normas legales que disciplinen efectos de este derecho real; el carácter temporal deviene esencial e incluso inspirado en norma de orden público, ya que es decisivo para distinguir el uso de la cosa por el propietario, del uso por otras personas no propietarios y sí titulares del derecho real limitado sobre cosa ajena; y el título constitutivo de ese derecho, en el caso ahora contemplado, delimita su contenido tanto en el aspecto personal, limitado a las personas que formen la sociedad de señoras para la enseñanza de niñas, como en el aspecto material, de alcance del uso respecto del inmueble, primero más restringido y después extendido a la totalidad de aquel, previo pago de un precio que se fija en la escritura de 1874; pero no es en modo alguno derecho perpetuo e inextinguible»[4].

El carácter personal de estos derechos ha de entenderse como personalísimo e intrasmisible, pues como afirma el artículo 525 del Código Civil «no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título». En principio estos derechos no pueden transmitirse a terceros porque vienen a cumplir la función de paliar las necesidades del titular y de su familia, entendiendo por «necesidades»: «los contenidos de satisfacción de necesidades primarios o de subsistencia con alcance consuntivo de esos frutos que claramente se recogen en el artículo 527 del Código Civil, el llamado *ad usum quoti dianum*» (STS de 26 de julio de 2001). Y por familia, continúa la misma sentencia, ha de entenderse «como componente parental o dependiente del usuario, por indiscutible vínculo de parentesco, convivencia o dependencia». La STS de 23 de marzo de 1925[5] entendió que dentro de la familia que tenía derecho de habitación se incluían también «las personas que normalmente deban vivir en compañía de los favorecidos por el legado», en referencia en este caso a las personas que tenían a su servicio.

La intransmisibilidad propia de estos derechos, derivada de su carácter personal, es un rasgo comúnmente señalado por la doctrina, al menos tradicionalmente, pero que también ha sido cuestionada[6], en el sentido de entender que si así se pacta en su título constitutivo —no olvidemos que se rigen en primer lugar por lo que en él se dispone, y en su defecto por lo dispuesto en el Código—, es posible un derecho de uso y habitación del que se pueda disponer. En este sentido, FERNÁNDEZ CAMPOS (1999) argumenta a favor de esta tesis, manteniendo que el tradicional derecho de uso y habitación, vinculados a esas necesidades alimentistas, o cuando en su título constitutivo se diga que se constituye a favor de una persona determinada para su uso exclusivo y personalísimo, desde luego, no pueden ser transmisibles, pero admite que nada impide que se constituya un nuevo derecho de uso, diferente de aquel, en el que, en el propio título, se autorice su cesión o transmisión, y considera que esto es posible. Será un derecho de uso con un contenido legal diferente del de los artículos 523 y siguientes del Código Civil, pero un verdadero derecho de uso transmisible, e incluso, —afirma— hipotecable[7]. Aduce en sus argumentos: a) que la finalidad alimentista del precepto puede ser superada y que debe imponerse la nueva realidad social y económica que «induce fuertemente a permitir un derecho de uso que puede ser cedido o transmitido cuando así se ha dispuesto en el propio título constitutivo»[8], b) así como el carácter dispositivo del propio artículo 525 del Código Civil, que puede ser superado y quedar sin efecto por la voluntad de las partes manifestada en el título constitutivo.

Mas recientemente, la STS de 26 de julio de 2001 vino a confirmar de alguna forma la tesis sostenida por FERNÁNDEZ CAMPOS, y admite la posibilidad de nuevos derechos de uso, diferentes del típico contenido en los artículos 523 y sigs. del Código, que pueden ser objeto de transmisión, y con usos muy diversos, lejos de la finalidad alimentista primitiva. Esta sentencia establece que: «conviene especular si en la dogmática moderna en su aplicación a la vida comunitaria y negocial, es posible mantener ese clasicismo en la figura secular del derecho real de uso, o cabe ensanchar su alcance o contenido con previsiones fijadas de antemano en su título constitutivo, que, como en el caso de autos, opera (en especie «*inter vivos*» frente a la general «*mortis causa*») como régimen regulador de los derechos y obligaciones del usuario, y si por ello es posible que, por ese contenido pactado, desaparezcan o se flexibilicen sus elementos más esenciales, que, no se duda, se encuentran tanto en los citados caracteres de derecho personal —artículo 525— y temporal, artículos 529 en relación con el 513-1, aparte, por supuesto, de discernir sobre la persistencia o no de la idea de «necesidad» para

cuya satisfacción se reconoce este derecho sobre cosa ajena —artículo 524— y la de la «familia» como destinatario del fin consuntivo de esa satisfacción o aprovechamiento. Y se subraya al respecto: a) Que si se quiere admitir un derecho de uso conforme a los moldes de legalidad indicados, no es posible desconocer referidas notas de «personal» y «temporal», incluso, para distinguirlo del derecho o «*ius utendi*» que corresponde a todo propietario sobre su propia cosa. Y asimismo en cuanto a los conceptos de «necesidad» y de «familia», parece que la normativa legal reconduce ambos a contenidos de satisfacción de necesidades primarias o de subsistencia con alcance consuntivo de esos frutos que claramente se recoge en el artículo 527, el llamado *ad usum quoti dianum* y noción de «familia» como componente parental o dependiente del usuario, por indiscutible vínculo de parentesco, convivencia o dependencia. El título en estos casos, provendrá de que, respetando esa estructura legal, habilite una u otra forma para ejercitar el derecho o el aprovechamiento en calidad o cantidad de los frutos de la cosa ajena.

b) Ahora bien, cabe meditar si por ese título constitutivo (fuente prevalente de su contenido, *ex* artículo 523, no se olvide), se innoven tales exigencias, y *v. gr.,* se acuerde por el propietario de la cosa a favor de otra, un derecho a usar de su cosa, sin esas limitaciones, de tal forma que ni sea personal —se faculte para su cesión o transmisión—, —se anule la temporalidad con una previsión indefinida— y hasta se incorpore una noción de «necesidad» desprovista de ese designio de subsistencia, y se atiendan otro tipo de necesidades que, dentro de esa libertad constitutiva, propendan a consecuencias o especulativas o de expansión u ocio a favor del usuario, y, por supuesto, que la comunidad destinataria no tenga que encerrarse en ese núcleo familiar. Entonces, cabría afirmar que acaso por el juego negocial —no muy pacífico en la doctrina— se habría conformado un tipo dentro de los *iura in re aliena* innominado, aunque, descolgado de la tipicidad expuesta (la doctrina siguiendo a G. G., se plantee la dualidad entre el *numerus apertus o clausus* en la creación de los derechos reales), lo que conduce que en esa hipótesis de libertad de configuración, se estaría no ante el derecho tipificado, sino ante "una relación jurídica de gravamen sobre una cosa de otro con visos de encuadramiento, acaso, en una servidumbre personal y positiva *ex* artículos 531 y 533-2º del Código Civil"».

2. Constitución y régimen jurídico

Aunque la ley no dice nada de forma expresa, los derechos de uso y habitación pueden tener su origen en un acto *inter vivos* o *mortis causa* (legados), o por prescripción adquisitiva o directamente por ley.

Si bien, parece predominar una constitución voluntaria a través del correspondiente acuerdo o título constitutivo, tal y como se desprende del propio 523 del Código Civil («se regularán por el título constitutivo»), creemos que también pueden surgir de la ley. Hay autores que cuestionan el nacimiento *ex lege* de estos derechos[9], pero, entendemos que existen supuestos de derechos de uso legales en nuestro Código Civil. Por ejemplo, el Código constituye el derecho de uso del local donde hubiese venido ejerciendo su profesión o la vivienda en que el supérstite tuviese la residencia habitual (arts. 1406 y 1407 del Código Civil).

También se constituye el uso de la vivienda familiar en los supuestos de nulidad, separación o divorcio, y de los objetos de uso ordinario que corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. En estos casos nos encontramos ante un derecho al uso de la vivienda familiar, con un carácter un tanto dife-

rente al típico que regula los artículos 523 del Código Civil , pues este derecho, como ha repetido la jurisprudencia[10], es de naturaleza familiar, más que real, constituyéndose a favor de los hijos menores o del cónyuge mas desfavorecido después de una separación.

La constitución voluntaria de estos derechos se hace normalmente a través de un título *mortis causa*, en la mayoría de las ocasiones a través de legados —disposiciones a título particular—, aunque también es posible constituirlo mediante donación, si bien, aquí se puede plantear el problema de si se trata de una donación *mortis causa* (art. 620 del Código Civil), o, por el contrario se trate de una donación *inter vivos* con efectos *post morten*. La cuestión no es baladí puesto que en el primer caso no podrá inscribirse el derecho de habitación allí constituido, ya que, como afirma la reciente RDGRN de 20 de febrero de 2017, la donación *mortis causa* se hace «sin intención de perder el donante la libre disposición de la cosa o derecho que se dona», no transmitiéndose la titularidad el bien o derecho hasta que se produzca la muerte del donante, ya que «la muerte de este, tendría para tal negocio dispositivo, el valor de presupuesto de eficacia o de *conditio iuris*»; no pudiendo en consecuencia inscribirse un derecho que todavía no se ha transmitido a su titular. Mientras que si se trata de una donación con efectos *post morten*, «hay una 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». En este caso, por tanto, sí podrá inscribirse el derecho en cuestión, pues ya se ha transmitido el dominio.

Conviene señalar que, para que se constituyan estos derechos, debe quedar constancia expresa de los mismos en el título constitutivo, no pudiendo inferirse la existencia de un derecho real de uso o habitación, sin mas, de una situación posesoria. Los derechos de uso y habitación tienen eficacia *erga omnes* y son oponibles a terceros, por eso, es preciso que se constituyan de forma expresa. El que los pretenda, deberá probarlo, siendo difícil, no constando tal voluntad en el título constitutivo[11].

También pueden constituirse por prescripción adquisitiva, pero a veces muy difícil poder distinguir, como dice ROVIRA SUEIRO[12], si se está poseyendo por pura tolerancia del dueño o con ánimo de adquirir esos derechos, lo que conduce a que no sea muy frecuente su nacimiento por esta vía.

En definitiva, lo más frecuente es que nazcan por medio de un título constitutivo expreso, donde quede clara la voluntad del propietario de constituirlos, y este título, además de dar lugar a su nacimiento, determina el peculiar régimen jurídico de estos derechos, pues se rigen por él (art. 523 del Código Civil), y en su defecto por las disposiciones del Código Civil (arts. 523-529 del Código Civil), siendo aplicables también a los mismos lo dispuesto para el derecho de usufructo (art. 528 del Código Civil).

Por lo tanto, en ese título se establecerá el contenido del derecho con las facultades y obligaciones de su titular que, solo en defecto de título, se regularán y serán las que describe el artículo 524 del Código Civil (percibir frutos y ocupar piezas en lo que sea necesarios para sí y su familia).

De este modo, y a falta de otra disposición voluntaria, el Código establece que si el usufructuario consumiera todos los frutos de la cosa ajena, o el que tuviere derecho de habitación ocupara toda la casa, estará obligado a los gastos de cultivo, a las reparaciones ordinarias de conservación, y al pago de contribuciones del mismo modo que el usufructuario. Y, por el contrario, si solo percibiera parte

de los frutos o habitara parte de la casa, no deberá contribuir con nada, siempre que quede al propietario una parte de frutos o aprovechamientos bastantes para cubrir los gastos y las cargas. Si no fueren bastantes, suplirá aquel lo que falte (art. 527 del Código Civil).

Por último, y ya en relación a los modos o causas de extinción de estos derechos, el artículo 529 establece que se extinguen por las mismas causas que el usufructo (art. 513 del Código Civil)[13], y además por abuso grave de la cosa o de la habitación. La causa propia o peculiar de extinción de los derechos de uso y habitación es el «abuso grave de la cosa», que debe interpretarse de forma restrictiva, tal y como afirman las SSTS de 28 de noviembre de 1908 y 30 de abril de 1910, ya que no puede entenderse extinguido el derecho de uso y habitación por un no uso, o un mal uso sin más, sino que ese uso abusivo debe causar un perjuicio importante que compense o haga válida de algún modo la sanción asociada, que no es sino la extinción del derecho[14].

II. DERECHO DE HABITACIÓN

Nos centramos ahora en el derecho de habitación como ese derecho real personalísimo que faculta a su titular a ocupar con finalidad de alojamiento una pieza o piezas de casa ajena.

Como hemos dicho es un verdadero derecho real que limita las facultades de uso del propietario del inmueble, y que tiene oponibilidad *erga omnes*, por ejemplo frente a los sucesivos adquirentes del inmueble gravado, por lo que debe, y puede, inscribirse en el Registro de la Propiedad.

La inscripción en el Registro de la Propiedad de ese derecho ha generado algunas dificultades en la práctica que pretendemos poner de relieve en estas líneas, fundamentalmente en cuanto a las exigencias derivadas del principio de especialidad o determinación registral que va a exigir que se concreten consten determinados aspectos.

1. Inscripción del derecho de habitación en el Registro: exigencias del principio de especialidad

El principio de especialidad consiste en definir o especificar todos los elementos de la relación jurídico-registral, entendiendo por esta todas las situaciones jurídicas inscribibles, es decir, aquellas susceptibles de ser inscritas y oponibles. Ello implica que tanto el sujeto (titular registral), como el objeto inscribible (finca y derecho), así como las diversas y múltiples circunstancias particulares que nos sirven para identificar las situaciones inscribibles y diferenciarlas de otras, deben estar perfectamente descritas en el asiento registral.

Se trata, en teoría, de un principio de carácter formal, pero, creemos que tiene un contenido material importante, ya que es el fundamento, el que hace posible, el principio de publicidad registral. Solo si las situaciones inscribibles están perfectamente descritas y detalladas podrán ser conocidas y oponibles frente a terceros[15].

Pues bien, como acabamos de decir, este principio, ya en relación con el derecho de habitación, va a exigir que el mismo quede perfectamente identificado, determinado, en cuanto a su sujeto: titular del derecho, objeto (la descripción del propio derecho y la finca sobre la que recae) y el resto de circunstancias ne-

cesarias. En la práctica la descripción del derecho, como sobre todo de la finca o piezas o habitaciones de la finca sobre las que recae, ha ocasionado alguna dificultad que vamos a tratar de exponer a continuación.

a) Sujeto: El sujeto del derecho de habitación es el habitacionista, la persona que habita en la casa ajena. Como particularidad de este derecho, tenemos que decir que, a diferencia del derecho de uso, usufructo u otros derechos reales, parece que solo una persona física puede ser titular del derecho de habitación, pues si la finalidad del mismo es exclusivamente el alojamiento, esta actividad es propia y exclusiva de los seres humanos. Luego, no podrá inscribirse, ni constituirse previamente, un derecho de habitación a favor de una persona jurídica. Por lo tanto deberá describirse la persona conforme a los requisitos establecidos en el artículo 9.4 LH y 51.9 a) RH.

Cabe preguntarse si el derecho real de habitación puede constituirse solo a favor de una persona o de varias. Entendemos que es posible, al igual que el usufructo, que sean varias simultáneas, en cuyo caso habrá de especificarse cada una de ellas, constituyendo una cotitularidad, o incluso sucesivas, con los límites temporales del usufructo en cuyo caso deberán quedar o determinadas o perfectamente determinables para el caso de personas no nacidas. Pero, cuestión distinta es si el derecho de habitación se otorga a una sola persona, aunque luego habiten con ella «su familia», o incluso, como ya hemos apuntado antes, personas con una relación de dependencia o convivencia con el titular del derecho. En estos casos, y a efectos registrales y de inscripción, el derecho solo se inscribe a favor de una persona concreta: el favorecido con el gravamen, ya que solo él es el titular. Por lo tanto, basta con que se describa su nombre y circunstancias, aunque luego sean, por así decirlo, beneficiaros de este derecho mas personas que son las que constituyen su familia. El número de estas personas puede ocasionar un problema en cuanto al ámbito objetivo del derecho de habitación, ya que a lo mejor debe ampliarse el número de piezas sobre las que recae al aumentar el numero de personas que deban alojarse, pero no supone un problema en cuanto al sujeto del derecho y su inscripción, pues solo uno es el titular del mismo.

b) Objeto: Tenemos que distinguir aquí un doble objeto: el propio derecho de habitación, que debe describirse y la finca o inmueble sobre el que recae.

— Derecho de habitación: Para la perfecta determinación y concreción del derecho de habitación, el primer requisito —consecuencia del principio de especialidad (art. 9.3 LH)— es que así esté determinado y denominado en el propio título constitutivo. Como ocurre con todos los derechos reales, por sus efectos frente a terceros, no podemos presumir o suponer la existencia de un derecho de habitación. Es consustancial a los propios derechos reales su especialidad, y mas aun si se pretenden escribir. Por lo tanto, será necesario que conste y se denomine como tal, de forma expresa, en el título constitutivo que se pretenda inscribir. En este sentido, es gráfica la STS de 30 de noviembre de 1964[16] que afirma que para que se constituya un derecho de habitación debe quedar constancia expresa del mismo en el título constitutivo, no pudiendo inferirse la existencia de un derecho real de habitación de la mera tolerancia en la posesión, sin pagar renta o contraprestación, de un determinado inmueble por su titular. Si no fuera así, si no se dijera expresamente que se constituye el derecho de habitación, se entenderá que el poseedor es un mero precarista y que no existen tales derechos por ser mas gravosos para su titular.

Una vez definido y nominado claramente el derecho, deberán recogerse sobre el mismo las circunstancias que expresa el artículo 9. 2LH y 51.5 y 6 RH.

— Finca sobre la que recae el derecho. En este punto, tanto la ley como el reglamento establecen de manera pormenorizada las circunstancias que de la misma deben recogerse, en los artículos 9.1 LH y 51. 1-4 RH.

Es posible que el derecho de habitación recaiga sobre la totalidad de la finca si así se ha dispuesto en su título constitutivo, pues recordemos que este prevalece sobre las disposiciones legales. Pero, si no se ha dicho esto de forma expresa, no puede entenderse que el derecho de habitación se extienda a la totalidad de la vivienda o inmueble al que se refiera el título, tal y como ha afirmado la SAP Madrid de 24 de julio de 2000[17]. Entendemos que debería prevalecer la dicción del Código en cuanto que el derecho de habitación da derecho a su titular a ocupar «las piezas necesarias para sí y las personas de su familia»; luego no puede extenderse a la totalidad de la finca si previamente no se ha dicho así.

Si se expresa que el derecho de habitación recae sobre todo el inmueble, habrá de especificarse todas las circunstancias que la ley y el reglamento hipotecario determinan para la descripción de las fincas, y así se dará cumplimiento al principio de especialidad.

Pero, si en el título constitutivo no se dice que recae sobre todo el inmueble, no puede deducirse que así sea, por el principio de especialidad, y como no se habrán determinado piezas o habitaciones concretas, tampoco podrá inscribirse el derecho de habitación por falta de determinación del objeto. Este segundo supuesto es el que más problemas da en la práctica y que tratamos de desarrollar a continuación.

2. Determinación de las piezas o habitaciones sobre las que recae el derecho de habitación

¿Puede inscribirse un derecho de habitación cuando no se ha determinado específicamente el objeto (piezas o habitaciones) sobre el que se constituye? La respuesta, en aras del principio de especialidad registral, debe ser negativa. Es preciso que se especifique claramente las habitaciones sobre las que recae este derecho. Veamos varios supuestos reales que pueden darse, siguiendo en este punto los casos recogidos por CASAS, en la web de Notarios y Registradores[18].

a) Constitución de un derecho real de habitación a favor de dos personas sobre «las estancias que sean necesarias para sí», sin señalar cuáles son estas.

No puede inscribirse este derecho de habitación porque no se ha determinado, no se ha dicho sobre qué habitaciones concretas se constituye el mismo. El hecho de especificar «las que sean necearías para sí», no resulta suficiente, pues ese concepto de necesidad puede ser variable. En el caso concreto que se examina, se trata de dos hermanos, varón y mujer, y se dice expresamente que solo serán las piezas que ellos necesiten y nadie más. Pues bien, creemos que deberían haberse especificado —y en este caso era fácil de hacer— las habitaciones concretas que ellos iban a necesitar, y no era difícil al no introducirse la ambigüedad que un aumento de familia puede ocasionar en otros derechos de habitación[19]. En cualquier caso, pese a la facilidad de poder concretarlas, mientras no se haga esa determinación, no se podrá inscribir.

b) Constitución de un derecho de habitación en una escritura de donación de la nuda propiedad a favor de la hija de la donante, reservándose el derecho de

uso y habitación vitalicio en su favor, y el de su cónyuge para el caso de que le sobreviva. No puede inscribirse el derecho de habitación por falta de concreción de las piezas sobre las que se establece, pero además existe una confusión con el propio derecho de usufructo que parece reservarse a favor de la habitacionista, lo que llevaría a extinguirse el derecho de habitación puesto que debe recaer sobre cosa ajena, y por tanto, tampoco podrá recaer sobre un derecho de usufructo de vivienda del propio habitacionista.

c) Constitución de un derecho de habitación sobre cuota indivisa de un piso. No es posible tal inscripción, por falta de determinación. La mitad indivisa del piso es una cuota ideal que carece de una realidad fáctica concreta sobre la que debe recaer el derecho de habitación (piezas). Al no poder concretarse esas piezas, no puede inscribirse el derecho de habitación, amén de que impediría el uso del resto de la vivienda por los otros copartícipes, al que tienen derecho en virtud de los artículos 397 y 394 del Código Civil. En este sentido, la RDGRN de 5 de octubre de 2016 analiza el caso de la inscripción de una escritura de sociedad de gananciales y adjudicación de herencia en la que se adjudica la vivienda habitual del causante en cuanto a la plena propiedad de la mitad indivisa a la viuda, y en cuanto a la otra mitad a los hijos en nuda propiedad, siendo usufructuaria la viuda. Y en virtud de un legado se adjudica a la hija y heredera, además, el derecho de habitación de la mitad indivisa de la vivienda. En este caso, la Registradora denegó la inscripción del derecho de habitación sobre la mitad indivisa, y la DGRN confirmó la nota de la Registradora señalando que sí es posible adquirir una cuota indivisa del derecho de habitación (con los problemas derivados de cualquier cotitularidad) pero no es posible un derecho de habitación sobre una cuota indivisa, «por cuanto el derecho real de habitación al serle consustancial la facultad de ocupar (físicamente) a su titular en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, no es posible que recaiga sobre una mitad indivisa de la casa, lo cual no debe confundirse con la posibilidad de que se le adjudique a doña F. S. C. una mitad indivisa del derecho de habitación de la casa, defecto, no obstante, fácilmente subsanable por el Notario autorizante».

d) Embargo de derecho de habitación. ¿Es inscribible? En principio deberíamos decir que el derecho de habitación si es intransmisible no puede embargarse, y por lo tanto no podría practicarse la correspondiente anotación de embargo, como ocurre con la hipoteca, (que no es posible por la clara dicción del artículo 108.3 LH). Sin embargo, si en su título constitutivo se hubiera pactado su transmisibilidad, parece que, salvado este escollo, sí podría ser objeto de embargo. De nuevo, la determinación y concreción del título constitutivo es fundamental para su inscripción y la de otros asientos derivados.

III. CONCLUSIONES

I. Los derechos de uso y habitación son derechos reales de goce en cosa ajena, que facultan a su titular para obtener frutos de una cosa y ocupar una casa ajena con finalidad de alojamiento; son de carácter personal lo que implica temporalidad y su intransmisibilidad.

II. Sin embargo estos peculiares derechos pueden configurarse de forma distinta en su propio título constitutivo que se convierte en el determinante de su régimen jurídico. De este modo, si en él así se establece, pueden transmitirse a terceros, pueden extenderse a facultades distintas de las estrictamente previstas en el Código y pueden recaer sobre más objetos de lo que la ley afirma.

III. Es decir, su régimen jurídico propio voluntario prevalece de tal forma sobre la ley, que con base en lo que allí hayan acordado las partes, se configuran, a veces, derechos de uso y habitación muy diferentes de los típicos y previstos en nuestro Código Civil.

IV. Por eso, la correcta determinación de los mismos en su título constitutivo y en concreto del derecho de habitación —que es en el que nos hemos detenido, sin que por ello, se excluya de esta conclusión al derecho de uso—, es muy necesaria pues nos lleva ante un derecho más o menos restringido o con diferentes características.

V. La inscripción del derecho de habitación, en consecuencia, está constreñida por los requisitos y exigencias del principio de especialidad que se van a aplicar con rigor, impidiendo la inscripción de aquellos derechos de habitación en los que no se haya determinado su titular, o su objeto.

VI. En cuanto a la determinación del objeto, en primer lugar hay que decir que es preciso que el derecho de habitación se establezca expresamente, y no puede deducirse o presumirse, sin mas, de la existencia de una tolerancia posesoria en una casa ajena; y dos, se hace absolutamente necesaria la concreción de las piezas o habitaciones sobre las que recae, no pudiendo permanecer estas indefinidas o mal dibujadas bajo expresiones vagas del tipo «las que sean necesarias».

VII. La limitación de uso que supone el derecho de habitación para el propietario con el que convive y la prevalencia del título dispositivo sobre las disposiciones legales, hacen especialmente necesarios que se determinen todos sus elementos y en definitiva que se cumplan los dictados del principio de especialidad registral en su configuración e inscripción.

IV. RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Supremo

- STS de 28 de noviembre de 1908
- STS de 30 de abril de 1910
- STS de 23 de marzo de 1925
- STS de 30 de noviembre de 1964
- STS de 4 de febrero de 1983
- STS de 26 de julio de 2001
- STS de 14 de enero de 2010
- STS de 18 de enero de 2010

Tribunal Superior de Justicia

- STSJ Cataluña 4 de febrero de 1999

Audiencia Provincial

SAP Madrid 24 de julio de 2000

Dirección General de los Registros y del Notariado

- RDGRN de 5 de octubre de 2015

- RDGRN de 20 de febrero de 2017
- RDGRN de 5 de octubre de 2016
- RDGRN de 20 de febrero de 2004
- RDGRN de 3 de junio de 200
- RDGRN de 6 de julio de 2007
- RDGRN de 5 de junio de 2008
- RDGRN de 27 de agosto de 2008
- RDGRN de 14 de mayo de 2009
- RDGRN de 18 de noviembre de 2009
- RDGRN de 19 de julio de 2011.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO. M. (1991). *Curso de Derecho civil,* t. III, vol 2.ª. Barcelona: Bosch.

CASAS, J. C., en la web de Notarios y Registradores. Disponible en http://www.Notariosyregistradores.com/web/category/practica/indice-casos-practicos/

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1988). *Derecho civil español común y foral.* T. II, vol. 2.º. Madrid: Reus.

CLEMENTE MEORO, M. (1994). *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral,* (BLASCO GASCÓ y otros). Valencia: Tirant lo Blanch.

DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1997) *Sistema de Derecho civil III*. Madrid: Tecnos.

DÍEZ PICAZO, L. (1990). *Sistema de derecho civil, III*. Madrid: Tecnos.

DORAL GARCÍA, J. A. (1992). Comentarios a los artículos 523 a 529. En: Albaladejo, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, volumen I. Madrid: Edersa.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A. (1999). La transmisibilidad de los derechos reales de uso y habitación (Análisis de los arts. 523 y 525 del Código Civil). *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, núm. 17, 85-123.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (1988). Derecho real de uso y poder de disposición. *RCDI,* 85 y sigs.

GÓMEZ GÁLLIGO, J. (1994). El principio de especialidad registral. *RCDI,* noviembre-diciembre, 2389 y sigs.

— (2007). *Derechos reales. Registros*. Madrid: Editorial Carperi.

GÓMEZ RICO, M. (2000). *Comentarios al Código Civil*. En: Sierra Gil de la Cuesta (coord.), t. III. Barcelona: Bosch.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2005). *El principio de especialidad registral*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, y Mercantiles de España.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (2001). *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales*. Madrid: Dykinson.

NOGUERA NEBOT, T. (2006). El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil. *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 471-488.

PUIG BRUTAU, J. (1979). *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, vol. 2.º. Barcelona: Bosch.

RAMS ALBESA, L. (1987) *Uso, habitación y vivienda familiar.* Madrid: Tecnos.

ROCA SASTRE, M. (1979). *Derecho hipotecario,* t. IV, vol 1.º.Barcelona: Bosch.

ROVIRA SUEIRO, M. (2001). Comentarios a los artículos 467 a 529 del Código Civil. En: Bercovitz Rodriguez-Cano, R., (coord), *Comentarios al Código Civil*. Elcano: Aranzadi, 651-655.

NOTAS

[1] Sobre las diferencias y relaciones entre el uso y la habitación, véase: DÍEZ PICAZO, L. (1990). *Sistema de Derecho civil, III,* Tecnos: Madrid. 435. Considera este autor que el derecho de habitación es una forma de derecho de uso. LACRUZ BERDEJO, J. L. (2001). *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales*. Madrid: Dykinson. 81-82; CLEMENTE MEORO, M. (1994). *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral,* (BLASCO GASCÓ y otros). Valencia: Tirant lo Blanch. 501. Afirma este último autor que no es lo mismo un derecho de uso típico que recaiga sobre una casa que un derecho de habitación, puesto que el usuario puede utilizar la casa para otros fines diferentes a la vivienda, mientras que el habitacionista solo puede tenerla como vivienda propia y de su familia. En el mismo sentido, recoge estas posturas NOGUERA NEBOT, T. (2006). El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil. *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 471-488. También, recoge y explica la diferencia entre ambos derechos FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A. (1999). La transmisibilidad de los derechos reales de uso y habitación (Análisis de los artículos 523 y 525 del Código Civil). *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, núm. 17, 85-123. En concreto en la página 90 afirma que existen dos criterios para diferenciar ambos derechos: uno el objeto, en la habitación es una casa, y el uso puede ser otra cosa, y dos el destino, de forma que la vivienda sobre la que recae el derecho de habitación solo puede destinarse a alojamiento. Sin embargo, otros autores consideran que el derecho de habitación no puede distinguirse del derecho de uso, pues «no ofrece ya ningún carácter propio que merezca hacer de ella un derecho distinto del uso», siendo este el sentido que le ha dado el Código Civil español, según afirma GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2007). Derechos reales. Registros. Madrid: Editorial Carperi. 49-10.

[2] En este sentido, véase FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A. (1999). La transmisibilidad de los derechos reales de uso y habitación (Análisis de los artículos 523 y 525 del Código Civil), *ob. cit.* 88.

[3] Sobre el origen de una finalidad alimentista de estos derechos y vinculados al derecho de familia, véase DORAL GARCÍA, J. A. (1992). Comentarios a los artículos 523 a 529. En ALBALADEJO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, volumen I. Madrid: Edersa. 663. Afirma este autor que «la prohibición —de transmitir— deriva de razones históricas relacionadas con el fin alimentario que cumplía en su origen, en beneficio de una persona determinada para atender una necesidad también determinada».

[4] Recoge esta misma doctrina la STS de 26 de julio de 2001, aunque admite la posibilidad de que coexista con el derecho de uso tradicional, y típico así considerado, un derecho de uso innominado y atípico cuyos caracteres de personal y temporal se vean modificados por la voluntad de las partes, permitiéndose su transmisión y que se elimine la «necesidad» como subsistencia de la persona favorecida por el derecho.

[5] STS de 23 de marzo de 1925: «Como el testamento no contiene reglas prácticas para determinar las condiciones y extensión del legado de habitación, es notorio el acierto con que la sentencia recurrida aplica a este fin ese articulo, porque la facultad de los que tienen a su favor el derecho de habitación de ocupar las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, puede extenderse a favor de personas que normalmente deban vivir en compañía de los favorecidos por el legado».

[6] Defienden la intransmisibilidad de estos derechos, como rasgo o elemento esencial de los mismos: DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1997) *Sistema de Derecho civil III.* Madrid: Tecnos. 433; RAMS ALBESA, L. (1987) *Uso, habitación y vivienda familiar.* Madrid. Tecnos, 1387-1388; PUIG BRUTAU, J. (1979). *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, vol. 2.º. Barcelona: Bosch. 380; ROCA SASTRE, M. (1979). *Derecho hipotecario,* t. IV, vol 1.º. Barcelona: Bosch, 477. En contra del carácter intransmisible y a favor de su transmisión: ALBALADEJO, M. (1991). *Curso de Derecho civil,* t. III, vol 2.ª. Barcelona: Bosch. 99; CASTÁN TOBEÑAS, J. (1988). *Derecho civil español común y foral.* T. II, vol. 2.º. Madrid: Reus. 96-97; FERNANDEZ DEL POZO, L. (1988). Derecho real de uso y poder de disposición. *RCDI,* 98-104; GÓMEZ RICO, M. (2000). *Comentarios al Código Civil*, Sierra Gil de la Cuesta, (coord.) t. III, Barcelona: Bosch. 618.

[7] FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A. (1999). La transmisibilidad de los derechos reales de uso y habitación (Análisis de los artículos 523 y 525 del Código Civil), *ob. cit*. 85-123. Recoge en su artículo un desarrollo completo de esta tesis con las posturas a favor y en contra de la misma.

[8] FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A. (1999). La transmisibilidad de los derechos reales de uso y habitación (Análisis de los artículos 523 y 525 del Código Civil), *ob. cit.,* 123.

[9] En este sentido Albaladejo y Doral.

[10] Numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado declaran que el derecho de uso a la vivienda familiar en casos de separación o divorcio no es un verdadero derecho real, sino que se trata de un derecho de naturaleza familiar, para proteger a los menores, las RRDGRN de 20 de febrero de 2004, 3 de junio de 2006, 6 de julio de 2007, 5 de junio de 2008 y 27 de agosto de 2008, y en términos muy parecidos, rechazan la naturaleza de derecho real y lo califican, asimismo, como familiar, las Resoluciones 14 de mayo de 2009, 18 de noviembre de 2009 19 de julio de 2011. Por último corroboran esta tesis las Sentencias de unificación de doctrina del Tribunal Supremo de 14 y 18 de enero de 2010.

[11] Así lo recoge la STS de 30 de noviembre de 1964 que se comentará luego.

[12] ROVIRA SUEIRO, M. (2001). Comentarios a los artículos 467 a 529 del Código Civil. En: Bercovitz Rodríguez-Cano, R., (Coord.), *Comentarios al Código Civil*. Elcano: Aranzadi. 651-655,

[13] Causas de exención del usufructo: muerte del usufructuario, expirar el plazo o condición; consolidación con nuda propiedad; renuncia del usufructuario,pérdida de la cosa y resolución del derecho del constituyente. Atendiendo también a los plazos especiales para personas jurídicas: 30 años (515 del Código Civil) y de personas sucesivas con los límites del 781 del Código Civil, tal y como recuerda la STS de 4 de febrero de 1983 para un derecho de habitación.

[14] STS de 30 de abril de 1910: «Se impone la necesidad de interpretar este artículo en sentido restrictivo, haciendo la debida distinción de las acciones que de él se derivan para evitar la posibilidad de confundir una medida precautoria para el porvenir que a la vez tiene carácter de sanción penal en el orden civil con responsabilidades de otra naturaleza, y no es dable decretar la caducidad de este derecho, cuya medida envuelve un castigo impuesto a la codicia, a la morosidad o a la negligencia, cuando las responsabilidades derivadas de los supuestos de hecho, apreciados por la pérdida del derecho, tienen remedio en sanciones de orden distinto, que han podido pedirse y utilizarse sin acudir a la extraordinaria de la extinción».

[15] Sobre el principio de especialidad, véase: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (1994). El principio de especialidad registral. *RCDI*. noviembre-diciembre, 2389 y sigs.; GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M. (2005). *El principio de especialidad registral*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

[16] STS de 30 de noviembre de 1964: «Aunque es normal y frecuente que los padres de familia, al casarse alguno de sus hijos, les entreguen una vivienda para que vayan a habitar en ella, lo cierto es que de esa cesión del uso y disfrute, sin señalamiento y exigencia de pago de renta o merced, no puede inferirse, mientras otra cosa no conste, que se establezca un derecho real de habitación, sino solamente que se constituye un verdadero precario, en el sentido técnico con que el Derecho romano le configuraba, que cesará cuando a él quieran ponerle fin el cedente o el cesionario; y lo mismo ocurrirá cuando, una vez realizada la partición entre los herederos, se adjudique a uno de ellos una vivienda ocupada por otro, y sin embargo, no reclama seguidamente su posesión y permite que dicho ocupante continúe en esa misma graciosa posesión, de la cual tolerancia no puede entenderse que surja la constitución de ese especial y gravosos derecho de habitación que se invoca, ya que tal nacimiento requiere un acto expreso y mas o menos solemne, cuya realidad tendrá que probar quien lo alegue: la cesión del uso y disfrute de una vivienda, aun familiar muy allegado, sin señalamiento de renta o merced, se entiende siempre que es constitutiva de un simple precario, que es lo menos gravoso para el concedente».

[17] La SAP Madrid de 24 de julio de 2000, afirma que la falta de determinación en el titulo constitutivo de las piezas o habitaciones sobre las que recae el derecho de habitación,

no puede llevar a presumir que se extiende sobre la totalidad, que sea ilimitado. Es necesario que se concreten las piezas concretas de la vivienda que se tiene derecho a ocupar, a los efectos registrales.

[18] Véase la relación de casos prácticos recogidos por CASAS, J. C. en la web de Notarios y Registradores. Disponible en http://www.Notariosyregistradores.com/web/category/practica/indice-casos-practicos/, que luego se desarrollan en la sección de Casos prácticos del Seminario Carlos Hernández Crespo: Cuadernos del Seminario CHC, núm. 33, disponible en http://www.registradoresdemadrid.org/revista/33/Casos-Propiedad/DERECHO-DE-HABITACION.aspx.

[19] En este sentido se manifiestan en los casos prácticos del Seminario Carlos Hernández Crespo: «Respecto del derecho de habitación en concreto, si bien es cierto que existe una importante dificultad a la hora de fijar su extensión y límites dada la configuración del artículo 524-2 del Código Civil de este derecho como a favor de una persona y los miembros de su familia, lo que determina una extensión objetiva variable pues esta puede aumentar o verse reducida; no lo es menos que la falta de determinación en el título constitutivo de las dependencias de la vivienda sobre las que recae el derecho no implica que el mismo debe presumirse ilimitado en derecho común —ver SAP Madrid de 24 de julio de 2000—. Debiendo a efectos registrales señalarse las concretas piezas de la vivienda que el habitacionista tiene el derecho a ocupar, quedando las restantes de uso para la propiedad, los usufructuarios u otros habitacionistas, sin perjuicio del uso conjunto de las piezas de esta naturaleza».

1.4. Sucesiones

Sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria: su efecto determinativo o especificativo según la jurisprudencia del TS

Legal nature of distribution of the hereditary estate: effect according to the jurisprudence of the Spanish Supreme Court

por

ALEJANDRO TOFIÑO PADRINO

Letrado de la Administración de Justicia
Máster EEES en Derecho de familia y sucesiones
Doctorando en Derecho y ciencias sociales EEES UNED

RESUMEN: Sabido es que mediante la partición se pone fin a la comunidad hereditaria mediante la atribución a los coherederos de la titularidad exclusiva de los bienes concretos que formaban parte de la herencia del causante. Es un hecho incuestionable; posiblemente el único, podría añadirse, en esta materia en la que tanto y profusamente ha sido discutido. El concepto de la partición, en cuanto a la extensión de las operaciones incluidas en ella; el carácter de la propia partición según quién la realice; la forma de entender la comunidad que surge entre los distintos coherederos cuando el patrimonio relicto está compuesto de una diversidad de bienes o derechos; y, en fin, los efectos de la división, constituyen todos ellos los principales puntos en los que se han centrado las controversias doctrinales.

ABSTRACT: The Community inherited finalize with the partition. The attribution to the heirs of the exclusive ownership of specific rights that formed part of the estate of the deceased. It is an unquestionable fact; possibly the only, could be added, in this area in which both and profusely has been discussed.

PALABRAS CLAVES: Partición hereditaria. Comunidad hereditaria. Patrimonio relicto.

KEY WORDS: Distribution of the estate. Hereditary community. Decedent's estate.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO Y VISIÓN PANORÁMICA DE LAS TESIS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PARTICIÓN.—II. GENERALIZACIÓN DE LA TESIS DETERMINATIVA O ESPECIFICATIVA: 1. REVISIÓN DE LA DOC-

TRINA CONTEMPORÁNEA. 2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: CONSAGRACIÓN DE LA TESIS DEL EFECTO DETERMINATIVO O ESPECIFICATIVO DE LA PARTICIÓN.—III. PARTICIÓN DE LA HERENCIA VERSUS DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN.—IV. APLICACIONES PRÁCTICAS DE LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ANEXO JURISPRUDENCIAL.

I. PLANTEAMIENTO Y VISIÓN PANORÁMICA DE LAS TESIS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PARTICIÓN

Con la partición se pone fin a la comunidad hereditaria mediante la atribución a los coherederos de la propiedad exclusiva de los bienes concretos que formaban parte de la herencia del causante. Es un hecho incuestionable; posiblemente el único, podría añadirse, en esta materia en la que tanto y profusamente ha sido discutido. Así, es el caso de las controversias sobre el propio concepto de la partición, la extensión de las operaciones incluidas en ella; el carácter de la propia partición según quién la realice; la forma de entender la comunidad que surge entre los distintos coherederos cuando el patrimonio relicto está compuesto de una diversidad de bienes o derechos; y, en fin, los efectos de la división, constituyen todos ellos los principales puntos en los que se han centrado las controversias doctrinales[1].

Respecto al significado de la expresión *partición de herencia*, señalaba COVIÁN (1910: 336) dos principales: uno amplio, en cuanto comprende todas las actuaciones a que da lugar la sucesión de una persona concurriendo determinadas circunstancias —pluralidad de bienes y de partícipes—; y otro estricto, referido a la operación mediante la cual se pone término a la indivisibilidad de una sucesión, distribuyendo el caudal relicto entre los coherederos y, en su caso, los legatarios y acreedores del difunto, adjudicando a unos y otros la parte que les corresponde conforme al Derecho civil.

Si abordásemos la materia desde el punto de vista del sujeto que practica la partición resulta, de otra parte, que ostenta una tipología diferente. Como expone ROYO MARTÍNEZ (1951: 331), el problema de la naturaleza jurídica no admite solución única, pues la partición será decisión de la autoridad, acto o negocio unilateral privado o acto conjunto plurilateral, según la realicen el Juez, el propio causante o el contador-partidor por él nombrado, o los interesados en sí. En idéntica línea DE BUEN (1981: 681) añade la aprobación judicial del acuerdo de partición entre los interesados, sanción que no varía su naturaleza de verdadero contrato. Sin embargo, si ha de seguirse el correspondiente juicio, por existir oposición de alguno de ellos, la partición tiene el carácter de un acto judicial.

Adicionalmente, concurren otras tesis sobre el tipo de comunidad —romana o por cuotas, germánica o en mano común— y en función de cada una, se atribuirá unas u otras consecuencias en la configuración de la partición hereditaria o, incluso, para negar absolutamente la conexión entre ambas cuestiones. No solo eso, que la comunidad recaiga sobre la totalidad o universalidad del patrimonio del causante o sobre bienes singulares, tendrá notorias repercusiones en los efectos de la partición.

Es probable que sea la discusión acerca del efecto esencial de la partición la principal entre todas las planteadas en la doctrina. Con ella se alude a la clásica oposición entre dos teorías: la de la naturaleza traslativa o constitutiva de derechos y la de la declarativa de derechos. Ambas, así como sus variantes y las adicionales incorporadas con el tiempo y lugar, tienen por objeto dar cumplida

explicación, en un sentido u otro, de las relaciones jurídicas que puedan darse entre el causante de la sucesión con los coherederos y de las existentes entre los propios coherederos y las de estos con terceros.

En términos generales, la primera tesis, la traslativa, estima que es la partición la que atribuye la condición de propietario mediante la transferencia recíproca de las cuotas o porciones de unos coherederos a otros. Para la segunda, la declarativa, el derecho del copartícipe procede directamente del causante y la partición se limita a individualizar o concretar ese derecho, pero sin que se dé transferencia alguna. Ambas posturas implican diferentes consideraciones respecto a los actos de disposición realizados por un coheredero durante el estado de indivisión, con sus implicaciones para los restantes copartícipes y para los terceros que contratan con aquel.

De este modo, para la tesis traslativa, los actos subsisten aunque el bien sobre el que incidan sea atribuido a un coheredero distinto del disponente. Desde luego, para los terceros supone una valiosa garantía, si bien para los demás coherederos constituye un efecto perturbador. Y exactamente lo contrario sucede según la teoría de los efectos declarativos de la partición, esto es, el acto de disposición será válido exclusivamente si el bien en cuestión es incluido en el lote del disponente, generando dicha certeza y certidumbre, únicamente que invirtiendo los protagonistas.

Un aspecto que suele soslayarse en las exposiciones académicas, por limitarse las más de las veces a una mera aproximación a la materia, es el contexto histórico y las razones fiscales y políticas. En otros trabajos, evidenciamos que fueron el detonante del origen de los efectos declarativos de la división. Se reitera como una pauta que fue el sistema jurídico romano el que otorgó carácter traslativo a la partición hereditaria equiparándola a la venta o permuta y que el Código Civil francés de 1804 consagró, en su artículo 883, la reacción a tal configuración, implantando el sistema opuesto.

Resulta habitual estimar que el Derecho romano se decantó indubitadamente por tal eficacia al priorizar la protección de los acreedores del coheredero singular, y que el francés pretendió ante todo la tranquilidad de los otros copartícipes frente a los actos dispositivos de uno de ellos que pudieran repercutir en los bienes que, por virtud de la partición, les son otorgados con cargas o gravámenes por ellos no concertados. Empero, cada vez son más los estudiosos que cuestionan estas premisas: respecto al Derecho romano porque es contrario al sistema de casos propio de la jurisprudencia clásica, reacia a teorizar apartándose de los supuestos acaecidos en la realidad mediante soluciones adaptadas a las circunstancias concretas; y en cuanto al Derecho francés porque el efecto declarativo tiene un trasfondo nada desdeñable de lucha contra la organización impositiva feudal. En efecto, las adquisiciones mediante compraventa y demás actos asimilados, entre ellos la sucesión *mortis causa* según la concepción romana, estaban sujetos al pago de laudemios a favor del señor feudal. Obviamente, el cambio de orientación, esto es, considerar que la partición no implica transferencia alguna de propiedad, supone eliminar el hecho imponible y con ello la propia imposición. Es fácil comprender entonces la importancia de la nueva teoría que, con esta sutileza, se convierte en instrumento de oposición, y no el menos importante, contra los antiguos privilegios feudales. De aquí que hayamos, en otros estudios, subrayado los antecedentes históricos, con especial atención a las posturas revisionistas de los textos jurídicos romanos y, a la vista del Derecho común, cómo se fraguó la teoría declarativa en la doctrina y jurisprudencia francesas entre los siglos XVI y XVIII.

Ya centrados en nuestro Código Civil resulta que no existe en su articulado precepto alguno, al modo del artículo 883 del *Code Napoléon*, que deje meridianamente expuesta su opción. La mencionada función se asigna, más bien es atribuida por Tribunales y tratadistas, al artículo 1068, de cuyos términos —*La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*— se ha defendido, ya desde el comienzo de la entrada en vigor del texto, que el Código atribuye efectos traslativos a la partición hereditaria. El citado artículo se apropia, casi en exclusiva, del peso de las argumentaciones expuestas en defensa de la tesis traslativa. Por el contrario, los adalides de la tesis declarativa pretenderán minimizar la relevancia del artículo 1068, cuestionando el significado de sus propios términos y acudiendo a otros preceptos del Código, especialmente los artículos 399 y 450, con la finalidad de acreditar que la partición produce un efecto meramente declarativo.

Del análisis de los exponentes de ambas tesis es evidente que, hasta no hace tanto tiempo, los «traslativistas» dominaban en la doctrina española. Sin embargo, pronto surgieron opiniones denunciando que ninguna de las teorías consideradas clásicas se ajusta a la realidad de las cosas. Y esto sucede no solo en nuestro país; en Italia, donde la naturaleza declarativa parece resultar evidente por el tenor literal de su normativa, también aparecieron voces contrarias ofreciendo nuevas concepciones.

Ciertamente, toda exposición con un mínimo de rigor, ha de unir a la literatura jurídica las decisiones de los órganos judiciales sobre esta materia. Como muestra de la importancia de la jurisprudencia nos permitimos reproducir las siguientes palabras de LLEDÓ YAGÜE (1993: 45): «[…], el completo esclarecimiento de esta cuestión solo se lograría a base de precisar lo que han resuelto los Tribunales cuando ha sido alegada la infracción de los preceptos que, según hemos visto, entran en la discusión. Como siempre que la obra del legislador deja dudas o problemas, el Derecho es lo que resuelven los Tribunales». Coincidiendo con este profesor en el fondo de su reflexión, no podemos sin embargo compartir la sensación de confianza que deja entrever en la posición dirimente de la jurisprudencia, en el sentido de decantarse definitivamente por una u otra postura, declarativa o traslativa, pues a la indeterminación del legislador nuestros Tribunales han respondido con oscilaciones, no solo sucesivas en el tiempo a modo de péndulo, también coetáneas. Quizá asista la razón a quien justifica esta situación aduciendo que el Tribunal Supremo, que es el que establece la doctrina jurisprudencial (art. 1.6 del Código Civil), resuelve casos concretos distintos mediante la interpretación y aplicación de las fuentes del Derecho adaptadas a esos supuestos. Esta atención individualizada a las circunstancias propias de cada controversia da lugar a pronunciamientos en apariencia diferentes que en puridad no lo son, pues se limitan a ofrecer una solución adaptada a las circunstancias concurrentes, no siempre iguales. Así, ORDUÑA MORENO (1992: 664-665) puntualiza que las referencias al carácter traslativo de la partición que realizan las sentencias generalmente aducidas en defensa de tal naturaleza «no se deben a criterios de preferencias doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la partición, sino de coherencia en la fundamentación del fallo respecto de las pretensiones que se suscitaron en las meritadas sentencias».

Por fin, incorporamos las distintas apreciaciones entre las acciones de división de la cosa común y de la comunidad hereditaria; el otro, referido a ciertas cuestiones de carácter procesal o de otro tipo afectadas o influidas, de forma ya directa ya contingente, por la naturaleza de la partición hereditaria. En ambos casos, calificamos la exposición de oportuna y necesaria. Pese a las concomitancias

existentes entre las acciones de división de las comunidades, ordinaria y hereditaria, y a la remisión general que el artículo 406 del Código Civil realiza a las reglas concernientes a la división de la herencia, los dos tipos de pretensión presentan peculiaridades que las distancian, como la legitimación para ejercitar la correspondiente acción (los comuneros en la división de cosa común, los coherederos y legatarios de parte alícuota en la partición de herencia) o el objeto sobre el que recaen (respectivamente, un único bien y un conjunto patrimonial o *universum ius*). Hacemos igualmente referencia a la capacidad exigida para la división hereditaria y si constituye un acto de administración o disposición, cuestión esta última que, por ejemplo, condiciona la amplitud del poder de representación del mandatario para intervenir en nombre de un coheredero (art. 1713 del Código Civil).

II. GENERALIZACIÓN DE LA TESIS DETERMINATIVA O ESPECIFICATIVA

1. Revisión de la doctrina contemporánea

Entre la doctrina más autorizada VALLET DE GOYTISOLO (1984: 841), contradice a quienes ven en la ley 1.ª, tít. 15, de la Partida VI y en el artículo 1068 la consagración legal de la partición como título de propiedad distinto e independiente de la herencia, pues ni las palabras de las *Partidas* —«*e tiene se cada uno, por pagado con su parte*»— ni el verbo *confiere* del artículo 1068, son suficientemente expresivas. Según el *Diccionario de la Lengua Española*, «*conferir*» puede significar conceder, o bien asignar a uno facultades o derechos. En el caso de la partición parece más ajustado a derecho, el significado de asignar, que bien puede excluir acto traslativo propiamente dicho.

Para el mencionado Maestro (1984: 846), siguiendo la doctrina de la subrogación, es preciso distinguir: en el proceso sucesorio, delación y partición se complementan, y juntas producen el efecto *traslativo* al heredero de la titularidad exclusiva de bienes concretos y determinados; respecto de la situación de comunidad hereditaria, la partición ponen fin a dicha comunidad, con naturaleza y eficacia *determinativa*, al subrogar la cuota indivisa de cada comunero por bienes concretos y determinados.

Esta variante de la tesis determinativa expuesta por el ilustre Notario, es considerada por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1991: 2508) acertada y puede admitirse, aunque con algunas puntualizaciones: 1) La controversia acerca del carácter de la partición tiene sentido respecto de la partición realizada por contadores partidores, la contractual y la judicial, pero no en cuanto a la partición testamentaria, pues en esta lo característico es la transmisión *recta viae* del causante a los herederos de los bienes adjudicados por el testador a cada uno de ellos. 2) No hay razón alguna para negar que, en algunos aspectos, la partición surta efectos retroactivos. La adquisición hereditaria encuentra su fundamento en el título sucesorio y por ello resultaría contradictorio no ver en la partición un acto complementario en cuanto a los bienes que se adjudican a cada heredero. Los actos de disposición realizados antes de la partición por un heredero quedan o deben quedar automáticamente convalidados si el bien objeto del acto se adjudica al heredero disponente. No existe, además, obstáculo que impida aplicar a la partición de la herencia el contenido de los artículos 399, referido a la comunidad en general, y 440, 442 y 450 del Código, con todas sus importantes consecuencias. Tampoco quiere esto decir que la comunidad se borre retroactivamente por efecto de la partición, debiéndose distinguir las relaciones con terceros y las de los coherederos entre sí. 3) La naturaleza de la partición, en lo que se refiere a

las relaciones entre los coherederos cuando son estos los que la practican, no puede quedar limitada a discernir si se trata de un acto traslativo, declarativo o especificativo. Para percatarse del tema en su total dimensión es preciso recordar la vieja contraposición entre negocios de disposición y negocios obligatorios, de una parte, y entre actos de administración (ordinaria o extraordinaria) y actos de riguroso dominio. En el primer sentido, esto es, en la medida en que la partición implica la modificación del contenido del derecho que corresponde a cada partícipe estamos ante un negocio de disposición. En el segundo, depende. Si la partición se atiene al principio de igualdad cualitativa, aun dentro de la relatividad de este principio, puede considerarse acto de administración; en otro caso, se aproxima a los actos de riguroso dominio.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (1997: 607) consideran que la partición no es traslativa porque con ella «se adjudica a los herederos aquello a lo que tienen derecho por título de herencia, pero no es tampoco meramente declarativa, porque de algún modo modifica la situación jurídica anterior. La posición intermedia es, pues, la que se debe sostener». Conciben, en definitiva, la partición como «un acto de determinación de la titularidad de cada uno de los derechos subjetivos y obligaciones que permanecía indeterminada transitoriamente durante la partición».

Pese a los términos del artículo 1068, dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2001: 505-506) que la división no es un acto traslativo pues no hay nueva adquisición: «Se produce solo un mero desenvolvimiento de una potencialidad connatural al mismo derecho de comunero. En este desenvolvimiento, el derecho cuota *se concreta* en un derecho exclusivo (de dominio) sobre un bien individual (la porción material que le corresponda) y gana, de este modo, en intensidad lo que pierde en extensión objetiva».

En su análisis de la jurisprudencia sobre esta materia, ÁLVAREZ GARCÍA (2009: 865) diferencia dos planos que producen distintos efectos: «En el marco de las relaciones externas entre el causante y el heredero, la partición desempeña una función traslativa que complementa el título sucesorio unido a la posesión civilísima (STS de 5 de marzo de 1991). En el seno de la relación interna entre coherederos insertos en una comunidad hereditaria, la partición es netamente determinativa y especificativa de derechos, pues el artículo 1068 del Código Civil confiere la propiedad de los bienes ya adjudicados (STS de 21 de junio de 1989), […]».

Por último, para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2014: 189) la división no implica una transmisión al comunero de la parte que le ha correspondido del total (teoría transmisiva), pues lo que hay más propiamente es una sustitución de la cuota de cada comunero por la parte que le ha sido atribuida; tampoco hay una mera declaración de un eventual derecho previo de cada comunero sobre la parte que le ha sido adjudicada (teoría declarativa) puesto que la titularidad exclusiva sobre esa parte solo se adquiere con la división, y no antes. De ahí que la doctrina concluya que estamos ante una determinación o concreción del derecho que tenía cada comunero: la cuota ideal queda determinada, o concretada, en la parte o lote que le es atribuida.

2. Análisis jurisprudencial: consagración de la tesis del efecto determinativo o especificativo de la partición

Esta forma de entender la división es la que impera en la jurisprudencia más reciente. Tomamos como referencia la STS de 28 de mayo de 2004 (núm.

461) como ejemplo de la argumentación de nuestro Alto Tribunal para llegar a la consagración de la tesis del efecto determinativo o especificativo de la partición. Comienza con la definición de la partición de la herencia como «el acto —negocial o judicial— que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la adjudicación a los herederos de las titularidades activas que forman parte del contenido de la herencia». Con la partición se producen dos efectos: el cese de la comunidad hereditaria y la transformación del derecho abstracto que tienen los coherederos sobre la herencia en derecho concreto sobre los bienes que se le adjudican a cada uno. Esa transformación se justifica porque «[a]ntes de la partición, la comunidad hereditaria está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a los coherederos conjuntamente; es decir, estos tienen un derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, si no recae sobre el total que integra el contenido de la herencia; es una sola comunidad sobre la universalidad de los bienes y derechos hereditarios»; lo que supone que los coherederos son titulares del todo considerado unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes. Para refrendar esta idea cita otras decisiones: «La Sentencia de 25 de mayo de 1992 dice explícitamente que "en tanto no se practique la partición de la herencia no puede hablarse de que tal finca sea objeto de una copropiedad por iguales partes entre los coherederos, sino que la misma forma parte de la comunidad hereditaria" y la de 6 de octubre de 1997, en el mismo sentido, dice: "todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición"». Por ello, concluye, la partición «sustituye la cuota que cada coheredero tiene en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva en los bienes o derechos que se la adjudican; la partición especifica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero: es la teoría sustitutiva o especificativa de la partición, mantenida por la doctrina moderna y la jurisprudencia, en Sentencias de 21 de julio de 1986, 13 de octubre de 1998, 21 de mayo de 1990, 5 de marzo de 1991, 28 de junio de 2001».

Pero no es el único ejemplo. Además de las señaladas en la resolución precitada, existen otras, anteriores y posteriores, que recogen la esencia de esta tesis, aunque en ocasiones como pronunciamiento *obiter dictum*:

> STS de 29 de mayo de 1963 (núm. 515): «[…] el heredero adjudicatario mediante la partición no solo ha adquirido el dominio individual de lo adjudicado de acuerdo con lo previsto en el artículo 1068 del Código sustantivo, sino que se ha subrogado en todos los derechos y acciones del causante sobre la finca, pues aunque los derechos a la sucesión de una persona se transmiten y adquieren desde el momento de su muerte, estos pasan a los herederos formando una colectividad o comunidad perteneciendo a todos en parte ideal o proindiviso la que se transforma en específica o concreta mediante la partición por el reconocimiento de la propiedad a favor de uno de los interesados, […]».
>
> STS de 29 de octubre de 1968 (núm. 663): «[…] una partición hereditaria no es un acto traslativo ni imaginativo, ni siquiera declarativo de la propiedad, siendo un acto de transformación, de descomunicación de bienes, determinativo o especificativo de la propiedad de determinados bienes, que no pueden ser más que aquellos que pertenezcan al *de cuius*, y así lo declaran asimismo las Sentencias de 25 de enero de 1943, 6 de diciembre de 1926, 30 de octubre de 1943 y 22 de mayo de 1944».

STS de 17 de abril de 1986 (núm. 226): «[…] la división o partición se configura como un acto de disposición a título oneroso, aunque su fin esencial no sea el de enajenar y adquirir, sino el de determinar o especificar derechos».

STS de 13 de octubre de 1989 (núm. 714): «[…], la partición cumple con su función individualizadora, que atribuye a cada heredero su lote de bienes y además, en su aspecto de recíprocas enajenaciones, pone en claro la real titularidad y su causa, por lo que no es preciso recurrir a más trámites y mucho menos al otorgamiento de escrituras que reflejen negocios totalmente simulados».

STS de 3 de febrero de 1999 (núm. 1210/1998, sic): «El motivo primero […] denuncia la infracción del artículo 1281, párrafo primero, en orden a la interpretación dada al documento privado suscrito con fecha 26 de septiembre de 1988, tanto por la sentencia de primera instancia como la de apelación. El razonamiento, en síntesis, dice que las sentencias entienden que el documento contiene verdaderos actos de disposición sobre el patrimonio hereditario que requería el consentimiento unánime de los herederos y tal calificación no es la correcta, puesto que dicho documento contiene actos de mero alcance obligacional. […] Que sea acto de disposición, o tenga el documento carácter determinativo, criterio este que sustenta la Jurisprudencia de esta Sala respecto a la naturaleza jurídica de la partición (*vid.,* STS de 5 de marzo de 1991 y todas las que ella cita), lo evidente es que no obtuvo el consentimiento unánime de los herederos y en consecuencia no llega a tener ningún valor jurídico».

STS de 12 de febrero de 2007 (núm. 128): «En cuanto a la infracción legal que se denuncia del artículo 1068 del Código Civil se ha de precisar que si bien dicha norma establece que "la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados", es lo cierto que la doctrina de esta Sala ha acogido la doctrina que atribuye a la partición efectos determinativos o especificativos de la propiedad sobre los bienes adjudicados a cada uno de los herederos, lo que resulta más acorde con el sentido de distintos artículos del propio Código en cuanto establecen que la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante (art. 440), que los efectos de la buena fe del causante aprovechan al heredero desde el momento de su muerte (art. 442) y que los herederos suceden al difunto por el hecho solo del fallecimiento en todos sus derechos y obligaciones (art. 661). Así la norma del artículo 1068 del Código despliega sus efectos propios entre los coherederos atribuyendo la propiedad exclusiva del bien adjudicado al heredero, que antes de ella únicamente ostentaba un derecho abstracto sobre la totalidad de la herencia, por lo que ninguna infracción del precepto se produce cuando, verificada la partición, se le reconoce un efecto retroactivo referido al momento de la apertura de la sucesión que coincide con el fallecimiento del *"de cuius"*».

STS de 26 de enero de 2012 (núm. 30): «[…] el objeto de la partición es la extinción de la comunidad hereditaria mediante la división y adjudicación del activo de la herencia, especificando cuotas abstractas en derechos concretos, sustituyendo las cuotas o derechos que tienen los coherederos en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclu-

siva de los bienes o derechos que se adjudican; la partición especifica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero».

III. PARTICIÓN DE LA HERENCIA VERSUS DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN

MUÑOZ XANCÓ (1985: 1236-1237) advierte que los efectos de la división de la comunidad y la partición de la herencia son distintos, ya que en la comunidad de bienes el comunero es propietario exclusivo de una parte indeterminada material, pero rigurosamente cierta, de un bien —común— concreto y puede transigir y negociar sobre dicha parte; por el contrario, en la comunidad hereditaria, el coheredero tiene derecho a la herencia conceptuada como *universitas ius*, pero no a ningún bien concreto y determinado de la misma, porque desconoce el bien o bienes que en los lotes de la partición le van a corresponder, por lo que su derecho lo es potencialmente o en expectativa, y en la partición se le atribuirán uno o más bienes sobre los que no tenía ningún derecho dominical con anterioridad a la partición. Precisamente lo contrario a lo que ocurre en el condominio, donde, con la división, la parte indeterminada pero cierta de los comuneros se hace determinada en sentido material.

Pero la diferenciación no se ciñe únicamente a los efectos que se producen por la partición, pues también se reflejan en el ejercicio de las respectivas acciones para poner fin a la situación de indivisión. A este propósito, PRIETO COBOS (1983: 483-484), examina las diferencias entre la acción de división de cosa común y la de división de herencia y, con cita de la STS de 2 de mayo de 1964, señala las siguientes: 1) La *actio communi dividundo* se atribuye exclusivamente a los comuneros (art. 400); la de *familiae erciscundae* puede ser ejercitada no solo por los coherederos (art. 1.053), sino también por el cónyuge supérstite, legatarios de parte alícuota e incluso por los acreedores de la herencia (art. 1038 LEC 1881). 2) En la *actio communi dividundo* las operaciones divisorias se realizan por los propios interesados, salvo que voluntariamente se sometan a la decisión de árbitros o amigables componedores (art. 402); en la segunda pueden llevarse a efecto por el testador (art. 1.059), o los contadores partidores o comisarios designados por él (art. 1057), o en la junta que a tal fin se haya convocado en el oportuno juicio universal de testamentaría o abintestato (arts. 1001 y 1070 LEC 1881), aun cuando también puedan efectuarlas los propios herederos (art. 1058). 3) En los supuestos del párrafo primero del artículo 392, por lo general, únicamente existe en común el objeto que se pretende dividir; en cambio, la herencia recae sobre un *universum ius* compuesto del conjunto de bienes, derechos y obligaciones pertenecientes al *de cuis* (art. 659). Y 4) por su contenido y alcance, los artículos 404 y 1062, referidos a bienes indivisibles, discrepan de la manera de verificar la adjudicación, al exigir el primero el previo convenio de todos los interesados, manifestado de forma expresa, sin cuyo requisito la cosa indivisible habrá de enajenarse, repartiéndose su precio, y al permitir el segundo a la persona o personas que realmente practiquen la partición asignar dicha cosa a uno de los coherederos, a no ser que alguno solicite su venta en pública subasta, con lo que el asentimiento de estos surge con posterioridad a tal acto tácito.

Más reciente es la STS de 25 de junio de 2008 (núm. 596) que, remitiéndose a la anterior resolución citada, reincide en las mismas equidistancias entre la *actio communi dividundo* y la *familiae erciscundae*: «[…] la acción de división compete a los comuneros (art. 400 del Código Civil), en tanto que la familiae erciscundae puede ser ejercitada por los coherederos, pero también por el cónyuge supérstite,

por legatarios de parte alícuota o por acreedores de la herencia, y además las operaciones divisorias han de llevarse a efecto, en la acción de división, por los propios interesados, salvo que voluntariamente se sometan a la decisión de árbitros o amigables componedores, mientras que la partición puede ser llevada a efecto por el testador (art. 1056 del Código Civil), o por los contadores partidores o comisarios designados por él (art. 1057 del Código Civil), o por los propios herederos (art. 1058 del Código Civil), a lo que hay que añadir que tienen distinto origen y que, en general, la acción de división tiene un solo objeto, en tanto que la herencia recae sobre un *universum ius* compuesto del conjunto de bienes, derechos y obligaciones pertenecientes al *de cuius* (art. 659 del Código Civil)».

Ahora bien, tanto la opinión doctrinal como la decisión referidas han de ser objeto de las siguientes correcciones a la luz de la LEC de 2000 respecto de la legitimación. El artículo 782.1 de la ley procesal dispone que cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia cuando no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por los coherederos de mutuo acuerdo o por el secretario judicial o Notario. De este precepto se deduce que el cónyuge supérstite carece de legitimación salvo que, a su vez, ostente la condición de heredero. Que esto es así lo corrobora el artículo 783.2 al prever su mera intervención en la junta para designar contador y peritos. Igualmente los acreedores están excluidos, ahora por mención expresa (art. 782.3), pero se les concede ciertas garantías: 1) el reconocimiento de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que deberán ejercitar en el juicio declarativo pertinente; 2) ciertos acreedores (los reconocidos como tales en testamento o por los coherederos, los que tengan su derecho documentado en título ejecutivo) podrán oponerse a que la partición se efectúe hasta tanto no se les pague o afiance el importe de sus créditos; y 3) el acreedor de uno o varios coherederos podrá intervenir a su costa en la partición para evitar que se haga en fraude o perjuicio de sus derechos (art. 782.3-5). Tal intervención potestativa tendrá lugar mediante el mecanismo regulado en el artículo 13 LEC. El fundamento de la intervención se encuentra en el «interés directo y legítimo» que el tercero tiene en el resultado del pleito, con el objetivo puesto en evitar el detrimento que le podría deparar una resolución adversa a sus intereses o expectativas.

IV. APLICACIONES PRÁCTICAS DE LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA

Si seguimos la opinión de ROYO MARTÍNEZ (1951: 331), para el que «[l]a cuestión de la naturaleza jurídica de la partición es un tanto bizantina y encierra un juego de palabras y de deliberadas diferencias de enfoque, más bien que una efectiva trascendencia jurídica», es evidente que este apartado carecerá de contenido. Sin embargo, estimamos más acertada la posición de SAMANES ARA y DÍEZ-PICAZO, al poner de relieve que la discusión acerca de la naturaleza jurídica del acto divisorio no se reduce a una mera cuestión teórica o doctrinal, pues la adopción de una u otra postura implica diversas consecuencias prácticas.

La primera autora (1995: 27-28) resalta ciertas consecuencias procesales para el caso, obviamente, de división judicial: la naturaleza de la acción que en su caso se ejercite, ejecución, cosa juzgada y costas. El segundo (2008:1039) señala la capacidad para practicar la división, que será distinta según que el acto suponga o no una transmisión de derechos; la representación del condueño por

otra persona que requerirá un poder especial si es un acto traslativo (art. 1713 del Código Civil); de nuevo la naturaleza de la acción y de la sentencia judicial, que en un caso será constitutiva y en otro declarativa; y la obligación de saneamiento en caso de evicción de los lotes, que se producirá si hay transmisión pero no en caso contrario. Aunque ambos autores se refieren a la división de la cosa común, emplearemos las materias por ellos señaladas para tratarlas en sede de división de la herencia.

La naturaleza de la acción de partición tiene una relevancia decisiva a la hora de determinar los efectos temporales de la sentencia estimatoria de la correspondiente pretensión. De la tradicional distinción entre acciones declarativas, constitutivas y de condena, descartamos estas últimas, porque en el juicio divisorio no se busca una condena al demandado al cumplimiento de alguna de las prestaciones contenidas en el artículo 1088 del Código Civil, esto es, dar, hacer o no hacer algo, que es objeto de este tipo de acciones. La sentencia será, pues, declarativa o constitutiva, y según resuelva, por el principio de congruencia, una pretensión de una u otra clase. Empleando los términos del artículo 5 LEC, la pretensión será declarativa cuando se solicite de los tribunales «la declaración de la existencia de derechos y situaciones jurídicas», y constitutiva cuando esa solicitud se refiera a «la constitución, modificación o extinción de estas últimas». En aquel caso, los efectos de la sentencia estimatoria de una pretensión declarativa se producen *ex tunc*; en este otro, si la sentencia acoge una pretensión constitutiva los efectos tienen lugar pro futuro o *ex nunc*. La explicación de la diferencia de momento a partir del que la sentencia despliega sus efectos es idéntica, como no puede ser de otra manera, a la ofrecida para fundamentar las tesis de los efectos declarativos o constitutivos de la partición hereditaria: la sentencia declarativa se limita a reconocer la preexistencia de la relación jurídica, y por ello la sentencia retrotrae su eficacia al momento en que surgió tal relación. En cambio, la sentencia constitutiva crea una consecuencia jurídica que hasta entonces no existía y que solo con la resolución judicial puede originarse; de ahí que solo produzca efectos desde su constitución, modificación o extinción en la propia sentencia.

Así las cosas, ante la duda de la naturaleza de la división judicial de la herencia, debemos reconocer que en la ley procesal nada se dice expresamente, y tampoco los tratadistas se prodigan en dar explicaciones para resolverla. Por esta razón es muy valioso el apunte formulado por GUASP y ARAGONESES (2002: 255-256): «Aunque esté muy discutido el carácter, constitutivo o declarativo, de la partición, lo cierto es que, incluyendo dentro de la constitución de situaciones jurídicas aquellas en las que se determinan o especifican, no hay más remedio que sostener que existe una eficacia material directa del resultado normal de este proceso». Es indudable que con la división judicial desaparece el estado de indivisión, siendo sustituido por una pluralidad de situaciones jurídicas individuales; lo que antes era un derecho abstracto e incierto sobre el caudal relicto ahora es un derecho concreto y cierto sobre los bienes singulares que lo integraban. Para los precitados autores este cambio se produce mediante la constitución de las nuevas situaciones jurídicas, que son objeto de determinación o especificación en el seno del proceso, que de esta manera viene a producir efectos materiales directos.

En materia de ejecución, por el contrario, coinciden los efectos, sea considerada la sentencia que pueda dictarse en un proceso judicial de partición de la herencia como acto traslativo o constitutivo o como acto declarativo, porque en ambos casos no es ejecutable. Según el artículo 521.1 LEC no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas. Ahora bien, en ocasiones será precisa la adopción de ciertas medidas tendentes a garantizar la

eficacia *erga omnes* de la sentencia constitutiva pronunciada, como por ejemplo la expedición de mandamiento para conseguir la inscripción o rectificación de un asiento registral. Pero estas actuaciones no son estrictamente ejecución, por cuanto no hay ejercicio coactivo de la Jurisdicción y se adoptan sin necesidad de que se dicte resolución judicial que acuerde su despacho (art. 521.2 LEC). En la doctrina procesalista se habla en estos casos de ejecución impropia. Y esto es lo que ocurre con la división judicial de la herencia. En el artículo 787.5 LEC se dispone que la sentencia que se dicte para resolver la oposición a las operaciones divisorias se llevará a efecto con arreglo a lo previsto en el artículo siguiente. El precepto remitido (art. 788 LEC) contiene una expresión de ejecución impropia, pues el efectivo cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia se produce con la mera entrega por el secretario judicial (hoy Letrado de la Administración de Justicia) a cada uno de los interesados de lo que en la partición les haya sido adjudicado, así como los títulos de propiedad actualizados con notas expresivas de la adjudicación. Se exige después la protocolización de las operaciones divisorias, lo que resulta cuanto menos discutible pues ya han sido realizadas bajo fe pública, en este caso judicial, que en su correspondiente ámbito de actuación es enteramente equiparable a la notarial. No es necesaria, por tanto, la interposición de una demanda de ejecución ni, consiguientemente, su despacho para obtener las citadas actuaciones; parece incluso de los términos legales que han de realizarse de oficio cuando la resolución que aprueba la partición adquiera firmeza: *Aprobadas definitivamente las particiones, el Secretario judicial procederá a entregar*… En cualquier caso, estos actos procesales previstos en el artículo 788 confirmarán el carácter de acto constitutivo de la resolución que pone fin a la controversia.

Además, la sentencia que resuelva la oposición no tendrá eficacia de cosa juzgada, por lo que los interesados podrán hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio declarativo pertinente (art. 787.5, párr. 2.º, LEC).

De las implicaciones procesales, nos queda tratar las costas. Según SAMANES ARA (1995: 96-97), si se parte de la idea de que la acción de división de cosa común es constitutiva, podría sostenerse la inaplicabilidad de la regla del artículo 523 LEC 1881 (art. 394 LEC 2000), paralelamente a lo que ocurre, por ejemplo, en los procesos matrimoniales. Si, por el contrario, se concibe el derecho a la división como un derecho obligatorio, hay que decir que los condóminos están obligados a otorgar la división cuando uno de ellos lo pida y, en consecuencia, la sentencia que ordena la disolución es una sentencia de condena, imponiendo el pago de las costas a los incumplidores. ¿Son estas manifestaciones aplicables a la partición judicial de la herencia? La respuesta, desde luego, viene dada al margen de toda consideración acerca de la naturaleza declarativa o constitutiva de la partición, ya que debe atender a principios distintos. Si la división beneficia a todos los copartícipes (con independencia de su posición procesal de demandante o demandado) o, desde otra perspectiva, si el cumplimiento de la sentencia no depende exclusivamente de uno de ellos, sino de la voluntad concurrente de las dos partes, no parece adecuado imponer las costas a uno solo de los copartícipes. Aunque el juicio hubiera sido motivado por haberse negado uno a la división amistosa, entiende CHIOVENDA (2004:149) que «[n]o por ello sería considerado como causante del juicio a los efectos del vencimiento, porque al preferir la división, o que esta se realizase judicialmente, ejercitaría un derecho». Además, la sentencia «señala la cuota de cada uno, pero no declara derechos de los unos contra los otros: no existe vencimiento ni condena en costas, que suelen ponerse

a cargo de la masa; lo que equivale a ponerlas a cargo de todos puesto que vienen a disminuir la cosa que se divide, y cada uno las soporta *pro modo emolumenti*». Y nosotros suscribimos tal opinión con fundamento en el contenido del artículo 1064 del Código Civil: *Los gastos de partición, hechos en interés común de todos los coherederos, se deducirán de la herencia*. Solo cede este criterio cuando, por existir oposición a las operaciones particionales, haya de dictarse sentencia que, además de resolver la controversia, se pronunciará sobre las costas devengadas únicamente en tal incidente siguiendo el régimen general.

Respecto a las cuestiones de orden sustantivo, obviando la implicación sobre la obligación de saneamiento, creemos conveniente efectuar las siguientes puntualizaciones. En cuanto a la capacidad, el Código distingue según se trate de pedir la partición de la herencia o de practicar la misma. El artículo 1052 dispone que todo coheredero que tenga la *libre administración y disposición de sus bienes* podrá pedir la partición de la herencia; mientras el artículo 1058 establece que cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren *mayores* y tuvieren la *libre administración de sus bienes*, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente. Intentando solventar esta perturbadora diferencia, se han ofrecido varias alternativas, naturalmente influidas por la forma de entender la naturaleza jurídica de la partición. Así, ROCA-SASTRE MUNCUNILL (2000: 81), después de señalar los distintos requisitos del Código sobre la capacidad para pedir y la de practicar la partición, considera que «[a]caso debería considerarse que el empleo por el artículo 1052 de la palabra «disposición» fue un error de contexto, ya que la partición no es acto de enajenación». LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1971: 215) ofrecen otra interpretación plausible: «la partición es acto traslativo en cuanto completa la transmisión operada por la delación sucesoria en su conjunto, mientras, una vez pedida la partición, intervenir en ella es simple acto determinativo». No obstante, consideran más exacto entender que la regla de capacidad sea la misma en el supuesto del artículo 1052 que en el del artículo 1058; carecería de lógica exigir una mayor capacidad para pedir la partición que para convenir o hacer la propia partición. Este punto de vista tiene apoyo textual en el requisito del artículo 1058 de que los partícipes contratantes sean mayores de edad —con lo que la exigencia de libre administración apunta exclusivamente a que, siendo mayores, no tengan restringida su capacidad—, y su base socioeconómica en la mayor necesidad de discernimiento para distribuir bienes sin sujeción a regla alguna que para pedir la división. Esta conclusión tiene su fundamento en que «la partición es un acto que, con toda evidencia, y sea o no traslativo, excede la simple administración; comporta una serie numerosa y complicada de operaciones, y, en definitiva, obliga a cada partícipe a garantizar las cuotas de los restantes».

Precisamente la consideración de la división hereditaria como acto dispositivo enlaza con la cuestión ya apuntada de la amplitud de los poderes otorgados al mandatario para poder intervenir en la partición en representación de un coheredero. De acuerdo con el artículo 1713 del Código Civil, el mandato general no comprende más que los actos de administración; para «transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio» se requiere un mandato expreso. Esta distinción conduce al interrogante de si la división de la herencia es un acto de administración o de disposición. Ha quedado clara la posición de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, anteriormente citados, y nuestro parecer es coincidente. Para llegar a tal conclusión, resulta útil acudir a las explicaciones de GITRAMA GONZÁLEZ (1976: 348). Este autor entiende

que los actos de disposición «provocan una modificación, una notoria alteración en la sustancia de un patrimonio disminuyéndola o sometiéndolo a un riesgo, a un peligro. Implican cierta arbitrariedad en quien los realiza, lo que a su vez viene a exigir un máximo poder, de atribuciones, de prerrogativas a su respecto; cabalmente, las que corresponden al *dominus,* al propietario, que es el único que puede comprometer el valor, la individualización y la permanencia de los bienes en el seno del patrimonio». El acto de administración, en cambio, es el «acto jurídico que, recayendo sobre un bien determinado o sobre un conjunto patrimonial de elementos igualmente individualizados, tiende, ya a la puesta en explotación de los mismos, ya a la percepción y utilización de sus productos sin comprometer en modo alguno el valor, la individualización y la permanencia de dichos bienes en el seno del patrimonio». Ateniéndonos a estas palabras, resulta que la partición de la herencia ha de ser considerada como acto de disposición, en la medida que, con ella, se produce una modificación o alteración del objeto y de los derechos de los coherederos[2]. La consecuencia es que el mandatario deberá actuar con un mandato especial.

V. CONCLUSIONES

I. Hemos pretendido ofrecer una panorámica de las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales acerca de la naturaleza jurídica de la partición hereditaria que, aún hoy, sigue siendo objeto de enconadas discusiones y fuente inagotable de nuevas teorías y posicionamientos. Y si de este análisis hubiéramos de extraer una única conclusión certera, esta sería que es la decisión del legislador, y en su defecto la interpretación de los tribunales, la que determina el tipo y alcance de esa naturaleza jurídica, pues a la partición no es consustancial o inherente ningún efecto, más allá de poner fin a la situación de indivisión, como si de un organismo vivo se tratase que, por sí mismo o por interacción, genera constatables consecuencias o impresiones autónomas. Es pues la naturaleza jurídica de la partición un concepto vacío cuyo contenido se determina en cada momento y según la necesidad concurrente.

II. Que esto es así lo demuestra, a nuestro modo de ver:

1.º El *acercamiento a la evolución histórica* de los efectos de la partición en los ordenamientos jurídicos romano y francés, considerados como paradigmáticos de los sistemas traslativo y declarativo, respectivamente. Fue la diversa consideración que merecía la protección de los terceros o de los copartícipes la que determinó uno u otro sistema: el romano optó por priorizar los derechos del tercero que contrata con un partícipe al objeto de garantizar el cobro de su crédito; el francés, por el contrario, valoró más necesaria la seguridad de las adquisiciones por los sujetos integrantes de la extinta comunidad que la propia seguridad de los acreedores. Así pues, diferente sistema en virtud de la distinta valoración por los jurisconsultos de una misma situación.

2.º Las *oscilaciones jurisprudenciales*. Es obvio que no se ha planteado ante nuestros tribunales, como directa cuestión controvertida, la naturaleza jurídica de los efectos de la partición. Los pronunciamientos en este punto, son *obiter dicta*, a propósito del ejercicio de pretensiones de diversa índole, como tercerías de dominio, oportunidad de la acción de petición de herencia o reivindicación de dominio sobre bienes relictos. Por ello, es comprensible que el Tribunal Supremo, considerando las circunstancias de cada supuesto, haya ajustado su opinión generando así lo que, en un análisis exterior y descontextualizado, parecen antagónicas soluciones.

3.º *Efectos contrapuestos*. Que un ordenamiento presente los caracteres que tradicionalmente se han señalado como privativos de un sistema concreto (traslativo o declarativo) no es, para el legislador, obstáculo para reconocer ciertos efectos propios del contrario. Así se ha hecho ver para nuestro Derecho civil, cuyo sistema particional reconoce algún indiscutible efecto retroactivo, como en materia de rentas y frutos de los bienes hereditarios (art. 1063 del Código Civil).

III. Con esto no quiere decirse que la fijación de la repetida naturaleza jurídica de la partición hereditaria, como la de la división de la cosa común, sea improductiva; antes al contrario, en el apartado anterior hemos pretendido resaltar las múltiples implicaciones prácticas que esta cuestión suscita. Sí se pretende denunciar las florituras y sortilegios en que a menudo incurren quienes, desde un plano puramente especulativo, rehuyendo de toda conexión con la realidad de la controversia, pretenden establecer compartimentos estancos a la manera de categorías absolutas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCÍA, M.-D. (2009). La partición judicial, *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio*, Manuales de Formación Continua, núm. 47, 2008, Consejo General del Poder Judicial, 859-906.

AUBRY, Charles-RAU, C.-F. (1918). *Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, Tome X, 5e éd., Paris.

BARASSI, L. (1951). *Proprietà e comproprietà*, Giuffrè Editore, Milano.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1954). *La comunidad de bienes en Derecho español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

BETANCOURT, F. (2012). *Derecho romano clásico*, 4.ª ed., Universidad de Sevilla, Sevilla.

BIONDI, B. (1948). *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, Società Editrice «Vita e Pensiero», Milano.

BONILINI, G. (1997). Voce «Divisione», in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, VI, Utet, Torino, 481-497.

BORSARI, L. (1874). *Commentario del Codice civile italiano*, Volume Terzo, Parte Prima, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Roma - Napoli.

BRANCA, G. (1955). Comunione. Condominio negli edifici, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca. Libro Terzo: Della proprietà*, 2.ª ed., Nicola Zanichelli Editore (Bologna) - Soc. Ed. del Foro Italiano (Roma).

BRIOSO ESCOBAR, E. L. (1980). *Cuestiones sobre la comunidad de Derecho romano y la facultad de pedir la división*, Separata de Revista de Derecho Notarial, núm. CVII, enero-marzo.

BURDESE, A. (1980). *La divisione ereditaria*, Utet, Torino.

CALAZA LÓPEZ, M.ª S. (2013). La división judicial de la herencia, *RCDI*, 89, 740, 4183-4215.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1989). *Derecho civil español, común y foral*, Tomo 6.º, *Derecho de sucesiones*, Volumen 1.º, *La sucesión en general. La sucesión testamentaria (primera parte)*, 9.ª ed., Reus, S.A., Madrid.

CHAMORRO PIÑERO, S. (1941). Los derechos hereditarios, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año LXXXVI, 2.ª época, Tomo I (169 de la colección), Madrid, 312-340.

CHIOVENDA, G. (2004). *La condena en costas*, Valleta Ediciones, Buenos Aires.

CICU, A. (1958). *Successioni per causa di morte. Parte generale,* Tomo II: *Divisione ereditaria*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano.
COLIN, A., y CAPITANT, H. (1916). *Cours élémentaire de Droit civil français*, vol. III, Paris.
COSSÍO CORRAL, A. del (1975). *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo 2, Alianza Universidad, Madrid.
COVIÁN, V. (1910). Voz «Partición de herencia», en *Enciclopedia jurídica española*, Tomo XXIV, Francisco Seix editor, Barcelona, 336-389.
DE BUEN, D. (1981). Notas sobre el Derecho civil español en A. Colin - H. Capitant, *Curso elemental de Derecho civil*, Tomo VIII, Instituto Editorial Reus, Madrid.
DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1991). Notas al artículo 1068 en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz, Pablo Salvador Coderch (dirs.), Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 2507-2509.
DE MONTLUC, L.-A. (1873). *Examen critico del nuevo Codigo civil de México*, Manuel A. Romo - Pedro G. Mendiondo (trads.), Imprenta del Gobierno, México.
DE TAPIA, E. (1840). *Prontuario de contratos y sucesiones hereditarias*, Tomo II, Valencia.
DEL POZO CARRASCOSA, P. (2012). La partición de la herencia, en *División de la Comunidad de Bienes*, M.ª del Carmen Gete-Alonso y Calera (dir. y coord.), Atelier, Barcelona.
DEMOLOMBE, C. (1860). *Cours de Code Napoléon*, XVII. *Traité des successions*, V, Paris.
DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. III: *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 5.ª ed., Civitas Thomson Reuters, Pamplona.
DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1997): *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV: *Derecho de familia*, 7.ª ed., Tecnos, Madrid.
DONDERIS TATAY, L. (1933). *La copropiedad*, Editorial Reus, Madrid.
DRAMARD, E. (1892). Du partage des biens propres de la femme, *La France judiciaire*, 1re partie, 201-225.
ESPÍN CÁNOVAS, D. (1970). *Manual de Derecho civil español,* vol. V: *Sucesiones*, 3.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
FALCÓN, M. (1878). *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral según las leyes escritas, la jurisprudencia de los tribunales y la opinión de los escritores*, Tomo II, Establecimiento Tipográfico de D. Vicente Oliva, Salamanca.
FERNÁNDEZ BARREIRO, A., y PARICIO, J. (2000). *Fundamentos de Derecho privado romano*, 4.ª ed., Paideia ediciones, Madrid.
FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2014). *Derecho privado romano*, 7.ª ed., Iustel, Madrid.
FERRIÈRE, C. de (1680). *Traité des Fiefs suivant les Coutumes de France, et l'usage des Provinces de Droit écrit*, Paris.
FORCHIELLI, P., y ANGELONI, F. (2000). Della divisione. Artículo 713-768, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 2.ª ed., Zanichelli Editore (Bologna) Soc. Ed. del Foro Italiano (Roma).
GALGANO, F. (2010). *Trattato di Diritto civile*, Volume Primo: *Le categorie generali. Le persone. La proprietà. La famiglia. Le successioni. La tutela dei diritti*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani.
GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo II, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid.

GAUDEMET, J. (1934). *Étude sur le régime juridique de l'indivision en Droit romain*, Libraire du Recueil Sirey, Paris.
GAYOSO ARIAS, R. (1920). Naturaleza y desarrollo procesal de la acción «communi dividundo», *Revista de Derecho Privado*, núms. 82 y 83 (julio y agosto), 208-221.
GITRAMA GONZÁLEZ, M. (1976). Acto de administración en el Derecho civil, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XIX, 331-356.
GLASSON, E. (1893). *Le droit de succession au moyen âge*, L. Larose & Forcel éditeurs.
GUASP, J., y ARAGONESES, P. (2002). *Derecho procesal civil*, Tomo II: *Procesos declarativos especiales*, 5.ª ed., Civitas.
HEINECIO, J. (2003). *Recitaciones del Derecho Civil Romano*, Analecta Editorial, Pamplona (reimpresión facsímil, Luis de Collantes y Bustamante (trad. anot.), 8.ª edición, Valencia, Librería de Pascual Aguilar, 1888, 2 tomos).
JAÉN, V. (1928). *Derecho civil*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid.
KOSCHAKER, P. (1955). *Europa y el Derecho Romano*, José Santa Cruz Teijeiro (trad.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
LACRUZ BERDEJO, J. L. (2007). *Elementos de Derecho Civil*, Tomo V: *Sucesiones*, 3.ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid.
LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. de A. (1971). *Derecho de sucesiones*, Tomo I: *Parte General. Sucesión voluntaria*, Librería Bosch, Barcelona.
LAURENT, F. (1874): *Principes de droit civil*, Tome X, Paris - Bruxelles.
LLEDÓ YAGÜE, F. (1993). *Derecho de sucesiones*, vol. IV: *La comunidad hereditaria y la partición de herencia*, Universidad de Deusto, Bilbao.
LOSANA, C. (1911). *Le disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie secondo il Codice Civile Italiano*, 2.ª ed., Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino.
MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1914). *Comentarios al Código Civil español*, Tomo VII, 4.ª ed., Madrid.
MARCADÉ, V.-N. (1850). *Cours élémentaire de Droit civil français*, Tome III, Paris.
MARTÍN LÓPEZ, J. (1936). Carácter y efectos de la partición de herencia, *Revista de Derecho Privado*, XXII, núm. 270 (marzo), 81-96.
MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2014). La comunidad de bienes, en *Curso de Derecho* Civil, Tomo III, *Derechos Reales*, Pedro de Pablo Contreras (coord.), 4.ª ed., Colex, Madrid.
MIRAGLIA, C. (2006). *La divisione ereditaria*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova.
MORELL Y TERRY, J. (1917). *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Tomo 2.º, Hijos de Reus, editores, Madrid.
MUÑOZ XANCÓ, J. (1985). Naturaleza y clase de la actio communi dividundo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, LXI-570 (septiembre-octubre), 1235-1243.
OGÁYAR Y AYLLÓN, T. (1957). Naturaleza jurídica de la partición hereditaria, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, enero-febrero, 17-31.
ORDUÑA MORENO, F. J. (1989). La excepción de la responsabilidad por evicción en la partición realizada por el testador: artículos 1056 y 1070, núm. 1, del Código Civil, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 469-580.
— (1992). Eficacia e ineficacia de la partición, *Derecho de sucesiones*, Ángel M.ª López y López, Vicente L. Montés Penadés, E. Roca i Trias (dirs.), Tirant lo Blanch, 663 y sigs.
OSSORIO MORALES, J. (1943). Comentario de la STS de 25 de enero de 1943, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año LXXXVIII, 2.ª época, Tomo V (173 de la colección), 562-566.

PACIFICI-MAZZONI, E. (1872). *Istituzioni di Diritto civile italiano*, Libro III: *Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*, Parte Prima: *Delle successioni, dei legati e delle donazioni*, 2.ª ed., Firenze.
PAOLI, B. (1875). *Nozione elementari di Diritto civile. Le successioni testamentarie secondo il Codice civile italiano*, Genova.
PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Tomo I, 4.ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid.
PLANIOL, M. (1903). *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Tome III: *Mariage et divorce. Régimes matrimoniaux. Successions. Donations et testaments*, 10e édition, F. Pichon, successeur, éditeur, Paris.
POTHIER, R.-J. (1762). *Traité du contrat de vente*, vol. II, Paris.
— (1777). *Œuvres posthumes*, vol. I, Paris. *Traité des Fiefs*, 1-320.
— (1778). *Œuvres posthumes*, vol. II, Paris. *Traité des Successions*, 1-244.
POUS DE LA FLOR, M.ª P., y MORETÓN SANZ, M.ª F. (2014). Comunidad conyugal y partición hereditaria previa liquidación del régimen económico-matrimonial, *RCDI*, 90, núm. 743, 1418-1443.
PRIETO COBOS, V. (1983). *Ejercicio de las acciones civiles*, Tomo II: *Acciones reales*, 5.ª ed., Aranzadi, Pamplona.
PUIG BRUTAU, J. (1964). *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo V, vol. III: *Legítimas. Reservas. Sucesión intestada. Sucesión contractual. Partición de herencia*, Bosch, Barcelona.
ROCA SASTRE, R. M.ª (1981). La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?, *Estudios sobre sucesiones*, Tomo II, Instituto de España, Madrid, 387-414 (= *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año V, de septiembre de 1929, núm. 57, 641-660, y de octubre de 1929, núm. 58, 740-749).
ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (2000): *Derecho de Sucesiones*, Tomo IV, Bosch, Barcelona.
RODRÍGUEZ DEL BARCO, J. (1971). Sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria, *Revista de Derecho Privado*, 1157-1171.
— (1973). Nuestra posición sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria, *Revista de Derecho Privado*, 420-440.
ROYO MARTÍNEZ, M. (1951). *Derecho sucesorio «mortis causa»*, Editorial Edelce, Sevilla.
SALAZAR REVUELTA, M.ª (2003). *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano*, Universidad de Jaén, Jaén.
SAMANES ARA, C. (1995). *La división de la cosa común*, Tecnos, Madrid.
SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1910). *Estudios de Derecho civil*, Tomo Sexto, Volumen 3.º: *Derecho de sucesión («mortis causa»)*, 2.ª ed., Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid.
SANTOS BRIZ, J. (dir.) y otros (2003). *Tratado de Derecho Civil. Teoría y práctica*, Tomo VI, *Derecho de sucesiones*, I. Sierra Gil de la Cuesta (coor.), Bosch, Barcelona.
SCAEVOLA, Q. M. (1954). Código Civil, Tomo XVIII: *De la colación y partición*, revisado y puesto al día por Pascual Marín Pérez, 2.ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid.
VALLET DE GOYTISOLO, J. (1984). *Panorama del Derecho de sucesiones*, Tomo II: *Perspectiva dinámica*, Civitas, Madrid.
— (1994): *Metodología de la determinación del Derecho*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.
VALVERDE Y VALVERDE, Calixto (1921): *Tratado de Derecho civil español*, Tomo V: *Parte especial, Derecho de sucesión «Mortis causa»*, 2.ª ed., Valladolid.

VÉLEZ SARSFIELD, Dalmacio (1872): *Notas del Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires.

VII. ANEXO JURISPRUDENCIAL

- STS de 29 de mayo de 1963
- STS de 29 de octubre de 1968
- STS de 17 de abril de 1986
- STS de 13 de octubre de 1989
- STS de 3 de febrero de 1999
- STS de 28 de mayo de 2004
- STS de 12 de febrero de 2007
- STS de 25 de junio de 2008
- STS de 26 de enero de 2012

NOTAS

[1] Quiero agradecer especialmente al Profesor Juan-José MARCOS GARCÍA por su inestimable colaboración en las traducciones de las obras históricas de este trabajo; adicionalmente a mi Directora la Profesora Titular de Universidad M.ª Fernanda Moretón Sanz, por las observaciones y revisión de este artículo.

[2] Y así lo entiende, por ejemplo, la STS de 17 de abril de 1986 (núm. 226). *Vid.*, no obstante, las matizaciones ofrecidas por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, ya expuestas en el apartado [II.1].

1.5. Obligaciones y contratos

El proceso adecuado para la restitución de la fianza arrendaticia

The process suitable for restitution of the bond

por

SANTIAGO ARAGONÉS SEIJO
Juez

y

LIDIA FERNÁNDEZ SERRA
Letrada de la Administración de Justicia sustituta

RESUMEN: En la práctica de los tribunales la restitución de la fianza arrendaticia viene siendo exigida por el arrendatario tanto en un procedimiento monitorio, como en un juicio verbal o en un juicio ordinario, sobre todo por parte de quienes lo hacen sin postulación procesal. Sin embargo, la necesidad de que se liquide previamente la relación arrendaticia hace preciso que el procedimiento declarativo idóneo lo sea por razón de la cuantía. No puede conseguirse directamente un título ejecutivo por no ser líquida, determinada, vencida y exigible la cuantía de la fianza que el arrendador deberá devolver al arrendatario tras finalizar el arrendamiento.

ABSTRACT: In the practice of the courts the restitution of rental deposit is required with the payment procedure or with verbal judgment or an ordinary trial, especially by those plaintiffs that not need lawyer and procurator. However, the finish of rental agreement needs a declarative procedure of amount. Is not directly achieved an executive title because the amount of the bond is not liquid and determined.

PALABRAS CLAVE: Arrendamientos urbanos. Fianza. Proceso declarativo. Proceso monitorio.

KEY WORDS: Urban leases. Bond. Declarative process. Payment procedure.

SUMARIO: I. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FIANZA ARRENDATICIA. —II. NECESIDAD DE LIQUIDAR LA RELACIÓN ARRENDATICIA.—III. DEUDA INDETERMINADA E ILÍQUIDA.—IV. INADECUACIÓN DEL PROCESO MONITORIO: 1. Deuda dineraria. 2. Deuda líquida. 3. Deuda determinada. 4. Deuda vencida y exigible.—V. MATERIAS INCLUIDAS EN EL ARTÍCULO 249.1.6.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.—VI. EL JUICIO VERBAL COMO CAUCE HABITUAL PARA LA RESTITUCIÓN DE LA FIANZA.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. NOTAS.

I. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FIANZA ARRENDATICIA

Según el artículo 1822 del Código Civil «*por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este*». En la fianza una tercera persona, distinta del acreedor y del deudor, se obliga al cumplimiento de una obligación principal subsidiariamente. Por el contrario, en la llamada fianza arrendaticia no existe un tercero que garantice la obligación —pues la presta el propio arrendatario— y lo que verdaderamente garantizará el cumplimiento del contrato será la cantidad entregada directamente al arrendador. Por ello, para algunos autores[1] y la jurisprudencia[2], la fianza arrendaticia es realmente una prenda irregular, no una cláusula penal[3].

La palabra fianza no se emplea en el caso que nos ocupa en un sentido técnico[4], sino como equivalente a garantía en general, sentido vulgar utilizado con frecuencia en nuestras leyes, como —por ejemplo— en la tutela o el usufructo[5]. Cabe, pues, entender la fianza arrendaticia como una garantía para el arrendador tras la finalización del contrato de arrendamiento, dado que —por desgracia— suele ser habitual que algunos arrendatarios adeuden en dicho momento algunas rentas arrendaticias o que restituyan la vivienda en mal estado, más allá del habitual desgaste por el uso y el paso del tiempo[6]. En consecuencia, si el arrendatario pretende la restitución de la fianza deberá estar al corriente del pago de las rentas y devolver el inmueble en las mismas condiciones en que lo recibió.

El artículo 36 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en la redacción dada por las Leyes 4/2013, de 4 de junio; 39/2010, de 22 de diciembre de y 13/1996, de 30 de diciembre, bajo la rúbrica de «*fianza*» dispone, en su apartado primero, que «*A la celebración del contrato*[7] *será obligatoria la exigencia y prestación de fianza en metálico*[8] *en cantidad equivalente a una mensualidad de renta en el arrendamiento de viviendas y de dos en el arrendamiento para uso distinto del de vivienda*». En relación con la finalización del arrendamiento —momento de su restitución— establece el apartado cuarto que «*El saldo de la fianza en metálico que deba ser restituido al arrendatario al final del arriendo, devengará el interés legal, transcurrido un mes desde la entrega de las llaves por el mismo sin que se hubiere hecho efectiva dicha restitución*». La falta de pago de la fianza, o de su actualización, permite al arrendador resolver el contrato (art. 27.2.b LAU)[9].

Dicho precepto tiene una redacción semejante a la del artículo 105 de la antigua Ley de arrendamientos urbanos de 24 de diciembre de 1964, si bien actualmente la competencia para el depósito de la fianza corresponde a las Comunidades Autónomas[10], con arreglo a la disposición final tercera y la derogatoria única de la LAU[11] y no se contempla en el subarriendo[12]. Otra novedad de la vigente LAU es la actualización de la fianza (art. 36.2 y 36.3). Llama la atención que en la legislación anterior —a diferencia de la vigente, que no dice nada— los preceptos sobre la fianza iban encaminados a proteger al inquilino frente a exigencias abusivas del arrendador respecto de la cuantía de aquella[13].

Aunque la actual Ley no lo diga, la finalidad de la fianza arrendaticia es garantizar el cumplimiento por la parte arrendataria de sus obligaciones, entre ellas la devolución de la vivienda en condiciones similares a como la recibió y al abono de aquellas cantidades que se había comprometido a pagar, sean rentas, consumos u otros gastos[14].

Resume exhaustivamente la función de esta garantía la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 3.ª, en su Sentencia número 67/2013, de 20 de febrero: «*La fianza arrendaticia es una obligación impuesta por la Ley de naturaleza*

accesoria y en función de garantía que responde al designio de servir de garantía al arrendador frente a eventuales incumplimientos por parte del arrendatario de sus obligaciones contractuales. De esta manera, debe ser aplicada, en primer lugar, al cumplimiento de estas obligaciones (reparación de daños, reposición de objetos). Entre las muchas funciones de garantías atribuidas a la prestación de la fianza por parte del arrendatario se encuentran las de responder de la obligación del pago de la renta y de cualquier otra cantidad cuyo pago corresponda a dicho arrendatario (arts. 1555.1 del Código Civil, 17 y 20 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), y de indemnizar, en su caso, al arrendador o los daños y menoscabos producidos en la vivienda arrendada tanto intencionadamente o mediante la ejecución de obras no consentida será necesaria la reposición de la finca al estado anterior (arts. 1563 y 1564 del Código Civil y 27.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), como por un uso de la finca que no se adecue a lo pactado o no diligente (art. 1555.2 del Código Civil), e incluso por no haber actuado con la diligencia debida ante la aparición de hechos o daños que exigieron al hacer urgente o una comunicación inmediata al arrendador (arts. 1558 y 1559 del Código Civil y 21.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos)»[15].

La prestación de la fianza por el arrendatario se articula como obligatoria, sin que pueda renunciar a ella el arrendador[16], cuando la regla general en nuestro ordenamiento es la voluntariedad de las garantías accesorias, con las contadas salvedades del ejercicio de la tutela (art. 260 del Código Civil), el representante del ausente (art. 185 del Código Civil), el usufructuario (art. 491.2.º del Código Civil), el heredero bajo condición potestativa negativa (art. 800 del Código Civil) o el administrador concursal (art. 29 de la Ley concursal). Siguiendo a ALBALADEJO (2004, 674), cabe calificar de insólita la obligatoriedad de la exigencia y prestación de la fianza, pues siendo una protección para el arrendador, ya se encargará este de pedirla, sin que se vea por qué ha de imponérsele que lo haga, si es que quiere renunciar a ser garantizado o no quiere ejercer su derecho a serlo. Con ello —sigue el mismo autor— una vez más las Administraciones públicas meten la mano en el bolsillo del ciudadano, un limpio procedimiento para conseguir fondos ajenos sin pagar por su utilización ni devolverlos actualizados[17]. Sin embargo, el incumplimiento de la obligación de depositar la fianza constituirá una infracción administrativa para el arrendador que en nada afecta a la eficacia y validez del arriendo[18].

La fianza se extingue por las causas generales de las obligaciones (art. 1847 del Código Civil), y en el arrendamiento por la finalización del contrato, ya sea por mutuo acuerdo o por el incumplimiento de las obligaciones por cualquiera de las partes. El supuesto de extinción más frecuente en los arrendamientos urbanos es la finalización del contrato, sea como consecuencia del acuerdo de las partes, de la expiración del plazo legal o contractual o del impago de las rentas arrendaticias. Resulta habitual la compensación de la cuantía de la fianza con las rentas adeudadas por el arrendatario o con el coste de la reparación de los desperfectos hallados en el inmueble. También es frecuente que se restituya la fianza con la entrega de las llaves y la previa comprobación del estado de la vivienda por el arrendador. Finalmente —que es lo que aquí se trata— el arrendatario puede pretender la devolución de la fianza transcurrido cierto tiempo desde que abandonó la vivienda.

Pese a que el importe de la fianza estará depositado en el organismo público competente, la fianza debe restituirse al arrendatario antes del plazo de un mes desde la entrega de llaves para que aquella no devengue el interés legal, pues la Administración no será la que satisfaga la demora[19].

II. NECESIDAD DE LIQUIDAR LA RELACIÓN ARRENDATICIA

La fianza arrendaticia, como cualquier otra garantía, está llamada a responder del incumplimiento del contrato. Aunque la LAU no lo indique habrá de devolverse la fianza a la terminación de la relación arrendaticia, siempre que el arrendatario haya dado cumplimiento a las obligaciones que la fianza garantiza. Podría parecer que en cualquier momento puede el arrendador, por ejemplo, resarcirse del impago de cualquier renta con el importe de la fianza, sin embargo la propia LAU dice que el saldo de la fianza debe «*ser restituido al arrendatario al final del arriendo*»[20]. En lugar de compensar la fianza con el impago de las rentas[21], el arrendatario deberá requerir el pago al arrendador y, si este no paga, puede acudir al juicio verbal de desahucio, al proceso declarativo que corresponda por cuantía —verbal u ordinario[22]— o, incluso, al procedimiento monitorio[23].

La restitución de la fianza solo será exigible por el arrendatario[24] cuando el arrendador haya tomado posesión material del inmueble y haya podido así evaluar los posibles daños y cuantificar el impago, por ejemplo, de posibles suministros[25]. Pese a que se refiera al contrato de fianza, también resulta aplicable aquí lo afirmado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1992, según la cual «*la fianza subsistirá hasta que por la terminación completa del contrato principal que se afiance, se cancelen definitivamente las obligaciones que nazcan de él, lo que en una recta interpretación hermenéutica, supone que la fianza subsistirá en tanto en cuanto no termine el contrato principal, o bien que, terminado este, se hayan cancelado, definitivamente las obligaciones derivadas de dicho contrato*».

Por su parte, el arrendatario no puede pretender recuperar la fianza limitándose a entregar las llaves[26] al arrendador[27], porque este ha de poder examinar directamente el estado de la finca y cuantificar —en su caso— los daños sufridos[28], hecho que puede requerir la intervención de algún técnico[29]. Por tanto, la obligación de devolver la fianza no será exigible hasta esa comprobación *in situ* por el arrendador[30].

Tras las oportunas comprobaciones por el arrendador y después de la liquidación de las cuentas[31] pendientes entre las partes[32], surgirá un derecho de crédito en el que el deudor será el arrendador y en el que el arrendatario obtendrá la diferencia entre lo entregado en su día en concepto de fianza y la cantidad que arroje la responsabilidad imputable al arrendatario[33]. Esto —a su vez— significa que el arrendador no puede apropiarse sin más la fianza[34], sino que podrá retenerla hasta que se defina el importe de la responsabilidad imputable al arrendatario[35]. El plazo de prescripción para reclamar la fianza[36] será el de cinco años del artículo 1964 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre[37] o el de diez años si resultara aplicable el artículo 121-20 del Código Civil de Cataluña[38].

El artículo 1563 del Código Civil establece una presunción de responsabilidad del arrendatario[39] en el deterioro que presente la cosa arrendada, si bien solo opera en la fecha de extinción del arriendo. Si entre la extinción y la constatación de los daños por el arrendador transcurre demasiado tiempo, el dilatado lapso temporal impedirá que pueda reputarse acreditado que ese estado se correspondía con el que tenía el local a la fecha en que fue puesto a disposición del arrendador[40]. Esto es, el arrendador debe comprobar cuanto antes los daños, pues la presunción sobre el estado de la cosa arrendada se sitúa al final del arrendamiento, y el legislador ha considerado suficiente —en el artículo 36.4 LAU— el plazo de un mes para comprobar si hubo o no desperfectos[41].

En la práctica arrendaticia se viene dando la costumbre de que el arrendatario no abone la renta arrendaticia del último mes, entendiéndose esta pagada con

el importe de la fianza prestada al inicio. Parecería una práctica recomendable, pues se trataría de una compensación de créditos entre las mismas partes y solucionaría la posible demora en la restitución de la fianza por parte del organismo público en el que se depositó. Sin embargo, cuando el arrendador tome posesión de la finca y advierta daños deberá acudir a la reclamación judicial[42], sin poder resarcirse con la fianza, cuya finalidad era precisamente esta.

Si el arrendador decide no restituir íntegramente la fianza para aplicarla, total o parcialmente, a su finalidad por incumplimiento del arrendatario, debería notificárselo a este fehacientemente[43], facilitándole que pueda entender los motivos y operaciones aritméticas y permitiéndole así que ejercite la correspondiente acción si discrepa[44].

Aunque parezca obvio, la restitución de la fianza corresponde al arrendador, no a la agencia inmobiliaria que haya podido gestionar el alquiler o que haya sido la que cobraba las rentas por encargo del arrendador[45].

De la necesidad de liquidar la relación arrendaticia deriva que la obligación de restitución no será exigible automáticamente con la mera extinción de la relación arrendaticia. Esto es, la deuda no será todavía exigible por el arrendatario.

III. DEUDA INDETERMINADA E ILÍQUIDA

Una deuda es líquida cuando está determinada la cantidad de dinero que ha de entregar el deudor. La necesidad de liquidar la relación arrendaticia provoca, además de la falta de exigibilidad, que no esté determinada la deuda hasta dicho momento[46], y que se desconozca la cantidad de la fianza que deberá restituir el arrendador. Ya hemos visto que existen varias vicisitudes que pueden disminuir la fianza que deberá devolver el arrendador, si es que el saldo que arroja es positivo. El organismo público en el que debe depositarse la fianza permanecerá ajeno a la liquidación efectuada, y es al arrendador al que deberá devolverla íntegramente para que este la aplique a las finalidades que le son propias.

No habrá una cantidad líquida hasta que no se haya determinado convencional o judicialmente la cantidad a devolver al arrendatario, por discrepancias entre las partes respecto al efectivo cumplimiento o incumplimiento —que podrá ser total o parcial— de las obligaciones del arrendatario: ya sean rentas adeudadas, daños causados o servicios impagados, entre los más habituales[47]. Al no ser líquida tampoco devengará el interés legal.

La existencia de daños en la vivienda y la cuantía para repararlos deberán ser acreditadas por el arrendador[48], por no presumirse ni derivarse de la mera posesión por el arrendatario[49]. La única presunción que establece el Código Civil —artículo 1562— es la de que la finca se recibió en buen estado por el arrendatario[50], salvo que al tiempo de arrendarla se expresara su estado[51].

Antes de que esté clara la extinción de las obligaciones que pueda adeudar el arrendatario, la obligación del arrendador de restituir la fianza no será ni líquida[52] ni exigible. Por esto, no puede pretenderse la compensación de las rentas arrendaticias adeudadas con el importe de la fianza.

IV. INADECUACIÓN DEL PROCESO MONITORIO

El proceso monitorio es un instrumento para crear rápidamente un título ejecutivo sin necesidad de un proceso ordinario previo, con la base de un docu-

mento que puede acreditar una deuda dineraria por cualquier importe, líquida, determinada, vencida y exigible. Su naturaleza es la de un proceso declarativo especial, en el que si hay oposición del deudor se transforma en un proceso ordinario o verbal, según la cuantía[53]. La finalidad del proceso monitorio —al igual que el cambiario— es la protección privilegiada del crédito ante la demora y complejidad del juicio declarativo, sea verbal u ordinario.

Según el artículo 812.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, «Podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria de cualquier importe[54], líquida, determinada, vencida y exigible, cuando la deuda se acredite de alguna de las formas» que en el mismo artículo se enumeran. Atendidas las características y los documentos que admite el monitorio, podrá el acreedor obtener velozmente un título ejecutivo —si el deudor no presenta oposición— respecto de deudas documentadas[55] en la forma utilizada habitualmente en el tráfico jurídico-mercantil[56].

Además de la rapidez, el proceso monitorio presenta notables ventajas para reclamar deudas de escasa cuantía, ya que el artículo 814 LEC permite que se presente la petición inicial del procedimiento monitorio en un impreso o formulario sin necesidad de valerse de abogado y procurador.

La fianza arrendaticia, por la falta de liquidez, así como por resultar exigible hasta la liquidación de la relación arrendaticia, no es susceptible de ser reclamada a través del procedimiento monitorio. Veamos por qué no cumple esta deuda la mayoría de los presupuestos del proceso monitorio:

1. Deuda dineraria

Será dineraria[57] aquella deuda que, aun consistiendo en entrega de cosa o de especie determinada, pueda ser computada en dinero[58]. Este requisito sería el único que cumpliría la pretensión del arrendatario de recuperar la fianza por la exigencia de que la fianza se preste en metálico.

2. Deuda líquida

Será líquida toda cantidad de dinero determinada. Supone que el montante de la obligación se encuentra determinado, y que se conoce con exactitud la cantidad de cosas o unidades monetarias debidas. El Letrado de la Administración de Justicia —al que corresponde admitir la petición y efectuar el requerimiento de pago— no puede determinar y fijar la cantidad que adeuda el deudor, debiendo el acreedor indicarla y concretarla[59]. La deuda no puede dejarse indeterminada en la petición del monitorio, a fin de que en función de la actuación del deudor se pueda completar la deuda con otras cantidades no determinadas ni concretadas en el requerimiento de pago[60].

No son ilíquidas aquellas deudas en las que pueda determinarse la cuantía con sencillas operaciones aritméticas[61], como en las pólizas de préstamo en que se ha ejercitado el vencimiento anticipado[62]. Pero sí que faltará este requisito cuando la determinación de la suma dependa de un litigio encaminado a precisarla[63].

Se ha venido insistiendo en que la deuda del arrendador —de restituir la fianza— solo será líquida tras la liquidación de la situación arrendaticia, pues hasta ese momento no se podrá conocer qué cantidad deberá ser aplicada al incumplimiento, si lo hubiere, de las obligaciones del arrendatario. Hasta que no se

conozcan las rentas adeudadas o la cuantía de la reparación de los desperfectos, la deuda a cargo del arrendador no será líquida pues tampoco se conocerían las cuantías con las que poder efectuar las operaciones aritméticas.

En los quince años de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil algún acreedor ha utilizado, en ocasiones, el proceso monitorio para reclamar una deuda de valor. Se denomina deuda de valor aquella en la que la entrega de una cantidad de dinero solo actúa como expresión de valor de lo adeudado, requiriéndose una liquidación previa para su efectividad[64]. Esta clase de deudas no pueden exigirse a través del proceso monitorio por no ser líquida su cuantía —al desconocerse esta de forma exacta— y hasta que no se determine también la existencia de la propia deuda. Las reclamaciones por responsabilidad contractual o extracontractual son las típicas deudas de valor en las que es necesaria la determinación tanto de la responsabilidad como de la cuantía de la que responde el autor al que se le impute[65]. Otra cosa distinta es que la deuda se hallase reconocida previamente por el deudor y sea determinada[66] o que —obviamente— ya se hubiera liquidado la situación arrendaticia[67].

En la fianza arrendaticia la fijación del daño sufrido en la vivienda constituye una deuda derivada de la responsabilidad contractual, que será cuantificada tras recuperar la posesión el arrendador. Sobre esta materia señala acertadamente QUILEZ MORENO (2011, 74) que el proceso monitorio no es el cauce apropiado para plantear reclamaciones derivadas de incumplimientos contractuales, pues la propia especialidad del proceso y su objeto, como mecanismo apropiado, rápido y eficaz para proteger el crédito dinerario líquido, hace inhábil cualquier tipo de reclamación basada en indemnizaciones o reclamaciones derivadas de incumplimientos contractuales[68]. Pretender la restitución de un pago previamente realizado o el resarcimiento de unos daños requiere previamente una declaración judicial que acuerde que se ha producido —efectivamente— un incumplimiento contractual[69].

La afirmación anterior podría dar lugar a retenciones arbitrarias de las fianzas por los arrendadores, al verse obligados los arrendatarios a recabar el auxilio judicial para que quede precisada la suma que debe restituir aquel. RODRÍGUEZ AGUILERA y PERE RALUY (1965, 1168), frente a la opinión negativa de FUENTES-LOJO (1956, 460), entienden que el arrendador que crea hallarse asistido de un legítimo derecho para hacer suyo, en todo o en parte, el importe de la fianza en caso de incumplimiento, no se halla obligado —aunque el arrendatario se muestre disconforme— a plantear judicialmente la legitimidad de su apropiación, ya que si algún valor debe tener la fianza es precisamente la de atribuir al arrendador un derecho de retención de su importe, en tanto el arrendatario que crea tener un derecho a su total o parcial reintegro no obtenga un pronunciamiento judicial en que se condene a dicho reintegro. La sanción de las costas procesales contra la parte vencida será la garantía más eficaz de la parte que se halle asistida del derecho a la apropiación o al reintegro de la fianza.

3. Deuda determinada

Cantidad determinada puede asimilarse a cantidad líquida[70]. La deuda debe concretarse en una suma de dinero[71] o determinarse a partir de una simple o mera operación aritmética, por lo que debe tratarse de una deuda precisa y concreta[72]. La cuantía determinada que se pretende, así como su liquidez, deberá fijarla el acreedor en la petición inicial de monitorio, sin que pueda reservarla para un momento posterior al requerimiento de pago.

En el caso de que el arrendatario presentara una petición inicial de procedimiento monitorio, la cantidad determinada no podría ser la de la fianza que constara en el contrato puesto que se desconoce si debe aplicarse la cuantía de la fianza al cumplimiento del contrato. Tampoco debe obviarse la posibilidad de que se haya actualizado la cuantía de la fianza con arreglo al artículo 36.3 LAU.

4. Deuda vencida y exigible

Se hallará vencida aquella deuda cuyo plazo de pago ha llegado a término, no siéndolo las deudas sometidas a plazo ni las sujetas a condición suspensiva[73]. Si la obligación tuviese alguna condición tendrá que haberse cumplido[74]. La falta de vencimiento no será habitual en la práctica, salvo que se facture con pago aplazado[75].

Será exigible toda deuda que no dependa de un suceso futuro o incierto o de un suceso pasado que los interesados ignoren. Que la deuda tenga que estar vencida y ser exigible parece una reiteración de la idea del vencimiento, ya que la falta de vencimiento anticipado supondrá que la obligación sea inexigible, señalando BONET NAVARRO (2014, 59) la autonomía limitada de la exigibilidad por ser esta una condición reiterativa que se confunde con el vencimiento. En cambio para QUILEZ MORENO (2011, 76) estamos ante dos conceptos diferentes porque la deuda será exigible cuando el día llegue, pero no supone que toda deuda sea vencida. Aun vencida puede no ser exigible, como las obligaciones naturales —por ejemplo, el pago de un crédito prescrito—, que carecen de fuerza coactiva para imponer su cumplimiento.

Una vez más tampoco reúnen la fianza arrendaticia dichos presupuestos por no poder desprenderse de la mera petición de monitorio que se haya entregado la posesión —no únicamente las llaves del inmueble—, ni la comprobación de los daños ni las rentas que pueda adeudar el propio demandante-arrendatario.

Por tratarse de reclamaciones de pequeña cuantía, al ser solo una mensualidad arrendaticia, en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales la reclamación de la fianza arrendaticia por el arrendatario a través de un monitorio es marginal. Seguramente muchos arrendatarios que lo hayan intentado, movidos sin duda por recomendaciones efectuadas en páginas webs por legos en la materia, no se habrán molestado en recurrir en apelación las inadmisiones de monitorio de su pretensión.

Solo en el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25.ª, número 231/2011, de 23 de noviembre, se admitió la reclamación de la fianza por los cauces de proceso monitorio. Pero parece que se han esgrimido los mismos argumentos que los utilizados para una reclamación de rentas por el arrendador. Así, en el fundamento de derecho primero se dice que «*Resultó inadmitida a trámite la solicitud de los apelantes en dicha resolución judicial por ser inadecuada procesalmente la vía del procedimiento monitorio para la reclamación por la arrendataria de parte de la fianza constituida que estaría pendiente de pago por el arrendador, recurre en apelación la arrendadora insistiendo en la adecuación del procedimiento*». Pero en el fundamento tercero se afirma que «*En el presente caso, se trataría de una mera reclamación de pago de deuda rentística dineraria, líquida, vencida y exigible*». Finalmente, parece que en el caso concreto la liquidez se daba por exigirse solo el reintegro de una cantidad destinada a pintura: «*reintegro de parte de la fianza pactada en su estipulación décimo primera, por el concepto de "pintura del loft"*». También llama la atención que dicha resolución cite los

autos de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.ª, número 45/2005, de 11 de mayo y de A Coruña, sección 4.ª, número 45/2007, de 29 de marzo, en el que —entrecomillado— cita: «*una simple reclamación de cantidad, en este caso la devolución de la fianza arrendaticia prestada por el inquilino*». En realidad, en estas dos resoluciones no aparece la palabra fianza y solo se examinó la reclamación de rentas arrendaticias en un monitorio por parte del arrendador.

La Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, en su Sentencia número 342/2009, de 14 de septiembre, examinó un juicio verbal que derivaba de un monitorio en que el arrendatario reclamó la restitución de la fianza arrendaticia sin llegar a plantearse —en ningún momento— la adecuación del proceso monitorio. La Audiencia estimó la apelación y revocó la sentencia de instancia, al haber probado el arrendador demandado —en el juicio verbal— la existencia de impagos y desperfectos en la vivienda tras la extinción del arrendamiento[76].

Respecto de autos que sí confirman la inadmisión del monitorio en esta materia solo hemos encontrado —salvo error u omisión— dos: el Auto de Audiencia Provincial de Castellón, sección 3.ª, número 275/2004, de 2 de noviembre, y el de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.ª, número 85/2011, de 16 de septiembre.

En el auto de Castellón, «*se reclama la cantidad entregada al arrendador en concepto de fianza al celebrar el contrato de arrendamiento que se aporta como documento para justificar la existencia de la deuda, alegando como base del derecho de la actora, hoy recurrente, que ha finalizado la relación arrendaticia*». El Juzgado de Primera Instancia inadmitió a trámite el monitorio al no desprenderse sin más la deuda del contrato de arrendamiento aportado. La arrendataria recurrió en apelación al entender que, tras abandonar la vivienda arrendada y devolver las llaves al arrendador, el contrato de arrendamiento es suficiente para admitir el monitorio y requerir la restitución de la fianza.

La Audiencia de Castellón concluye que el contrato solo permite acreditar la prestación de la fianza arrendaticia: «*la virtualidad probatoria del contrato de arrendamiento solo alcanza a la entrega de la fianza, no al derecho del arrendatario a obtener su restitución, íntegra o parcial, que no surge automáticamente por la finalización del arriendo, siendo presupuesto del mismo el cumplimiento de sus obligaciones asumidas en el marco de la relación arrendaticia, de tal forma que el documento aportado no es un título apto para la incoación del proceso monitorio de los comprendidos en el artículo 812 de la L.E.Civil*». Se indicó al recurrente que debía acudir «*al procedimiento declarativo común correspondiente a la cuantía*».

Por su parte, la Audiencia de Guipúzcoa inadmitió el monitorio en que se pretendía la restitución de la fianza arrendaticia. El auto atiende a la legitimación del demandante, más que al objeto de la deuda. Al parecer, se constituyó la fianza por una persona y posteriormente la reclamaba otra, quizás la esposa, un subarrendatario u otra persona que se hubiera subrogado en la posición del arrendatario. Se limita la resolución a remitir al recurrente a los trámites del proceso declarativo, exigiéndole una mayor actividad probatoria.

En definitiva, no puede el arrendatario utilizar al proceso monitorio sino que deberá interesar la restitución de la fianza en el procedimiento declarativo que corresponda por razón de la cuantía. La deuda a cargo del arrendador no cumple ninguno de los requisitos fijados por la Ley de Enjuiciamiento Civil para accionar por el cauce del proceso monitorio. Será necesario —insistimos— acudir al proceso declarativo correspondiente, con arreglo a los artículos 248 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

V. MATERIAS INCLUIDAS EN EL ARTÍCULO 249.1.6.º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

El artículo 249.1.6.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil fija como materias propias del juicio ordinario, con independencia de la cuantía de la demanda «Las que versen sobre cualesquiera asuntos relativos a arrendamientos urbanos o rústicos de bienes inmuebles, salvo que se trate de reclamaciones de rentas o cantidades debidas por el arrendatario o del desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia». Como es sabido, en el juicio ordinario tras la demanda y la contestación se celebra la audiencia previa al juicio —en la que se ventilan las cuestiones procesales y se admite la prueba— y, finalmente, tiene lugar el acto del juicio si la prueba admitida no fuera solo la documental. Por el contrario, en el juicio verbal, en el que a partir de la Ley 42/2015, de 5 de octubre de la contestación será por escrito (art. 438.1 LEC), se practicará la prueba en el juicio, sin que esté prevista la audiencia previa para tratar las cuestiones procesales, que también se resolverán en la vista.

Un aspecto importante del juicio verbal, que no venga determinado por la materia, viene dado por la posibilidad de que las partes actúen sin postulación procesal cuando la cuantía no supere los 2.000 euros (arts. 23.2.1.º y 31.2.1.º LEC). En una reclamación sencilla —como lo es la pretensión de que al arrendatario se le restituya la fianza— bastará que el demandante formule una demanda sucinta, para lo que puede valerse de los impresos normalizados que se hallarán a su disposición en el órgano judicial correspondiente (art. 437.2 LEC). Del mismo modo, el demandado —que será el arrendador— podrá esgrimir en la contestación de la demanda por qué no restituye la fianza o a qué obligaciones del arrendatario la ha aplicado, en cuyo caso también podrá utilizar unos impresos normalizados (art. 438.1, segundo párrafo, LEC).

En el artículo 249.1.6.º LEC no se puede incluir la restitución de la fianza, dado que el contrato de arrendamiento ha finalizado[77], quedando pendiente la liquidación de la situación arrendaticia y siendo la resolución contractual en un proceso judicial meramente declarativa. Respecto a la fianza sí podría ser materia del juicio ordinario la resolución del contrato *por «falta de pago del importe de la fianza o de su actualización»* (art. 27.1.b LAU). Cualquier otra pretensión derivada del contrato de arrendamiento[78], que no sea la de reclamación de rentas o cantidades asimiladas debidas por el arrendatario o el desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia, deberá decidirse por los cauces del juicio ordinario.

Sería muy gravoso para el arrendatario que la restitución de la fianza requiriera de un juicio ordinario, con postulación procesal obligatoria y con una tramitación —lógicamente— más larga que la de un juicio verbal.

VI. EL JUICIO VERBAL COMO CAUCE HABITUAL PARA LA RESTITUCIÓN DE LA FIANZA

Como ya se ha dicho, en el juicio verbal —a diferencia del ordinario— se exceptúa la intervención preceptiva de abogado y procurador cuando la cuantía no excede de los 2000 euros (arts. 23.2.1.º y 31.2.1.º LEC, en la redacción dada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre). Por este motivo la mayoría de fianzas arrendaticias, que no superarán los dos mil euros por ser una mensualidad arrendaticia la legalmente exigida, podrán ser reclamadas sin necesidad de postulación

procesal. Se trata de una materia que no reviste especial complejidad jurídica para cualquier persona y en la que el arrendador será también —en la mayoría de los casos— un particular.

La determinación del juicio declarativo por cuantía tiene lugar por la cantidad de dinero determinada que se reclame, según el artículo 251.1.ª LEC. La cuantía de la fianza será de una renta en el arrendamiento de viviendas y de dos en el arrendamiento para uso distinto de la vivienda. Será más habitual que la fianza supere los 6000 euros —correspondiendo así el juicio ordinario— en los arrendamientos para uso distinto de la vivienda.

La Ley 42/2015, de 15 de octubre, ha introducido en el juicio verbal la necesidad de que la contestación a la demanda se haga por escrito, sin que tenga lugar —como hasta ahora— en el acto de la vista. En la materia que nos ocupa la modificación es positiva ya que, aunque en la contestación el arrendador puede afirmar que no corresponde restituir toda o parte de la fianza, el arrendatario podrá formular alegaciones complementarias y aportar documentos, por derivar de las alegaciones del demandado en la contestación de la demanda (arts. 265.3, 443.2 y 426 LEC). Considera DE MIRANDA VÁZQUEZ (2014, 158) que dentro del concepto de alegaciones complementarias tienen cabida contraexcepciones, esto es, cualquier hecho impeditivo, extintivo y excluyente, que, primeramente, el actor quiera enfrentar a los que el demandado haya esgrimido en su contestación, y que, posteriormente, este último desee contraponer a los aducidos por el demandante por el cauce de las alegaciones complementarias[79].

El artículo 4.5 de la LAU, en la redacción dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, dispone que «*Las partes podrán pactar la sumisión a mediación o arbitraje de aquellas controversias que por su naturaleza puedan resolverse a través de estas formas de resolución de conflictos, de conformidad con lo establecido en la legislación reguladora de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y del arbitraje*». Lo cierto es que dicha sumisión puede atajar un problema en el que resulta de indudable utilidad que las partes se expliquen mutuamente las discrepancias sobre la liquidación de la relación arrendaticia. La sumisión al arbitraje seguramente podría recaer en las denominadas cámaras de la propiedad urbana, por su conocida profesionalidad en esta materia.

VII. CONCLUSIONES

I. El arrendatario solo puede pretender la restitución de la fianza tras la liquidación de la relación arrendaticia, momento en el que apreciará si adeuda todavía alguna renta arrendaticia, y si existe algún desperfecto en el inmueble tras la comprobación de su estado por el arrendador.

II. La obligación del arrendador solo será líquida, vencida, determinada y exigible tras la liquidación y la revisión del inmueble por el arrendador, pudiendo entonces utilizarse el proceso monitorio.

III. El procedimiento monitorio no es el adecuado para reclamar la restitución de la fianza al no constar la liquidación de relación arrendaticia y la comprobación de los posibles daños en el inmueble.

IV. El arrendatario deberá acudir al procedimiento declarativo por razón de la cuantía, sin que sea materia reservada del juicio ordinario.

V. El devengo de los intereses legales en la fianza tendrá lugar aunque esta no haya sido devuelta por el organismo público autonómico en el que se encuentre consignada.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Supremo (Sala Primera)

- STS de 25 de octubre de 1932.
- STS de 19 de diciembre de 1951.
- STS de 3 de marzo de 1956.
- STS de 23 de marzo de 1958.
- STS de 29 de febrero de 1960.
- STS de 28 de noviembre de 1960.
- STS de 2 de julio de 1979 (Roj: STS 9, 1979).
- STS de 13 de abril de 1987 (Roj: STS 8953, 1987).
- STS núm. 1231/1992, de 28 de diciembre (Roj: STS 18479, 1992).
- STS núm. 496/1994, de 24 de mayo (Roj: STS 4044, 1994).
- STS núm. 237/1997, de 22 de marzo (Roj: STS 2159, 1997).
- STS núm. 399/2000, de 13 de abril (Roj: STS 3142, 2000).
- STS núm. 657/2002, de 29 de junio (Roj: STS 4832, 2002).
- STS núm. 1229/2003, de 22 de diciembre (Roj: STS 8373, 2003).
- STS núm. 48/2005, de 2 de febrero (Roj: STS 541, 2005).
- STS núm. 784/2005, de 28 de octubre (Roj: STS 6603, 2005).
- STS núm. 533/2013, de 6 de septiembre (Roj: STS 4494, 2013).
- STS núm. 534/2013, de 6 de septiembre (Roj: STS 4495, 2013).

Audiencias Provinciales

- SAP Burgos, 3.ª, núm. 532/1998, de 19 de octubre (Roj: SAP BU 1100/1998).
- SAP Barcelona, 4.ª, de 14 de diciembre de 1999 (Roj: SAP B 13195/1999).
- SAP Barcelona, 13.ª, de 10 de febrero de 2000 (Roj: SAP B 1494/2000).
- SAP Valencia, 6.ª, núm. 448/2000, de 15 de mayo (Roj: SAP V 3150/2000).
- SAP Alicante, 7.ª, núm. 198/2001, de 10 de abril (Roj: SAP A 1734/2001).
- AAP Lleida, 2.ª, núm. 397/2001, de 12 de septiembre (Roj: SAP L 691/2001).
- SAP Barcelona, 4.ª, de 22 de octubre de 2001 (Roj: SAP B 9607/2001).
- SAP Madrid, 13.ª, núm. 347/2001, de 26 de diciembre (Roj: SAP M 18409/2001).
- AAP Madrid, 21.ª, recursos 335/2001, 525/2001 y 395/2001, de 26 de febrero (Roj: AAP M 457/2002, Roj: AAP M 462/2002 y Roj: AAP M 463/2002).
- SAP Salamanca, 1.ª, núm. 309/2002, de 1 de julio (Roj: SAP SA 477/2002).
- AAP Zaragoza, 4.ª, núm. 448/2002, de 5 de julio (Roj: AAP Z 399/2002).
- AAP Vizcaya, 3.ª, núm. 539/2002, de 23 de octubre (Roj: AAP BI 112/2002).
- SAP Las Palmas, 5.ª, núm. 341/2003 de 21 de abril (Roj: SAP GC 878/2003).
- SAP Granada, 3.ª, núm. 131/2003, de 8 de febrero (Roj: SAP GR 301/2003).
- SAP Sevilla, 5.ª, núm. 54/2004, de 29 de enero (Roj: SAP SE 389/2004).
- AAP Cáceres, 1.ª, núm. 23/2004, de 9 de marzo (Roj: AAP del Código Civil 71/2004).
- AAP Cádiz, 7.ª, núm. 185/2003, de 14 de abril (Roj: AAP CA 317/2003).
- AAP Valencia, 11.ª, núm. 164/2004, de 20 de julio (Roj: AAP V 172/2004).
- SAP Madrid, 11.ª, núm. 612/2004, de 1 de octubre (Roj: SAP M 12587/2004).
- SAP Sevilla, 6.ª núm. 499/2004, de 14 de octubre (Roj: SAP SE 3819/2004).
- AAP Castellón, 3.ª, núm. 275/2004, de 2 de noviembre (Roj: AAP CS 429/2004)

- SAP Málaga, 6.ª, núm. 870/2004, de 3 de diciembre (Roj: SAP MA 5065/2004).
- AAP Madrid, 10.ª, núm. 303/2004, de 14 de diciembre (Roj: AAP M 10895/2004).
- AAP Madrid, 10.ª, núm. 82/2005, de 8 de marzo (Roj: AAP M 1925/2005).
- SAP Cantabria, 3.ª, núm. 88/2005, de 18 de marzo (Roj: SAP S 582/2005).
- AAP Tarragona, 1.ª, núm. 45/2005, de 11 de mayo (Roj: AAP T 354/2005).
- AAP Tarragona, 1.ª, de 11 de junio de 2005 (Roj: AAP T 436/2005).
- SAP Zaragoza, 5.ª, núm. 417/2005, de 8 de julio (Roj: SAP Z 1925/2005).
- SAP Barcelona, 13.ª, núm. 482/2005, de 25 de julio (Roj: SAP B 7083/2005).
- SAP Málaga, 6.ª, núm. 962/2005, 21 de septiembre (Roj: SAP MA 3251/2005).
- AAP Barcelona, 1.ª, núm. 92/2006, de 26 de abril (Roj: AAP B 2355/2006).
- AAP Cádiz, 2.ª, núm. 51/2006 de 4 de septiembre (Roj: AAP CA 608/2006).
- SAP Lleida, 2.ª, núm. 366/2006, de 17 de noviembre (Roj: SAP L 626/2006).
- AAP Barcelona, 15.ª, núm. 375/2006, de 11 de diciembre (Roj: AAP B 8109/2006).
- SAP Asturias, 6.ª, núm. 40/2007 de 5 de febrero (Roj: SAP O 288/2007).
- SAP Huesca, 1.ª, núm. 56/2007, de 27 de febrero (Roj: SAP HU 119/2007).
- AAP Madrid, 25.ª, núm. 53/2007, de 9 de marzo (Roj: AAP M 4057/2007).
- SAP Granada, 4.ª, núm. 120/2007, de 16 de marzo (Roj: SAP GR 593/2007).
- AAP Sevilla, 6.ª, núm. 62/2007, de 22 de marzo (Roj: AAP SE 1075/2007).
- SAP Las Palmas, 4.ª núm. 403/2007, de 9 de octubre (Roj: SAP GC 2642/2007).
- AAP Barcelona, 4.ª, núm. 149/2009, de 29 de mayo (Roj: AAP B 3873/2009).
- AAP A Coruña, 4.ª, núm. 109/2009, de 25 de junio (Roj: AAP C 468/2009).
- SAP Ávila, 1.ª, núm. 160/2009, de 28 de julio (Roj: SAP AV 263/2009).
- AAP Barcelona, 11.ª, núm. 292/2009, de 31 de julio (Roj: AAP B 6119/2009).
- SAP Álava, 1.ª, núm. 342/2009, de 14 de septiembre (Roj: SAP VI 644/2009).
- SAP Barcelona, 4.ª, núm. 5/2010, de 27 de enero (Roj: SAP B 693/2010).
- SAP Toledo, 2.ª, núm. 61/2010, de 10 de marzo (Roj: SAP TO 302/2010).
- SAP Barcelona, 16.ª, núm. 287/2010, de 19 de mayo (Roj: SAP B 5320/2010).
- SAP Zamora, 1.ª, núm. 163/2010, de 28 de septiembre (Roj: SAP ZA 263/2010).
- SAP Zaragoza, 4.ª, núm. 535/2010, de 26 de noviembre (Roj: SAP Z 2790/2010).
- AAP Barcelona, 4.ª, núm. 19/2011, de 15 de febrero (Roj: AAP B 6255/2011).
- AAP A Coruña, 4.ª, núm. 45/2007, de 29 de marzo (Roj: AAP C 25/2007).
- SAP Murcia, 4.ª, núm. 296/2011, de 10 de junio (Roj: SAP MU 1419/2011).
- AAP Guipúzcoa, 2.ª, núm. 85/2011, de 16 de septiembre (Roj: AAP SS 882/2011).
- SAP Pontevedra, 1.ª, núm. 497/2011, de 30 de septiembre (Roj: SAP PO 2389/2011).
- SAP Barcelona, 4.ª, núm. 487/2011, de 4 de octubre (Roj: SAP B 14411/2011).
- AAP Palma de Mallorca, 4.ª, núm. 101/2011, de 28 de octubre (Roj: AAP IB 406/2011).
- AAP Madrid, 25.ª, núm. 231/2011, de 23 de noviembre (Roj: AAP M 15362/2011).
- SAP Barcelona, 13.ª, núm. 40/2012, de 25 de enero (Roj: SAP B 1507/2012)
- AAP Barcelona, 1.ª, núm. 91/2012, de 23 de abril (Roj: AAP B 3870/2012).
- SAP Barcelona, 13.ª, núm. 646/2012, de 5 de diciembre (Roj: SAP B 13859/2012).
- SAP Palma de Mallorca, 3.ª, núm. 67/2013, de 20 de febrero (Roj: SAP IB 337/2013).

- SAP Barcelona, 13.ª, núm. 268/2014, de 28 de mayo (Roj: SAP B 6110/2014).

IX. BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑÉN, M. J. (2014). Las engañosas ventajas de inscribir un contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad. *Diario La Ley*, núm. 8340, 25 de junio de 2014.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho civil II: derecho de obligaciones*. Edisofer.

ATAZ LÓPEZ, J. (2013). Artículo 36. Fianza. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Aranzadi, 1039-1064.

BELLO JANEIRO, D. (1995). El depósito de las fianzas en las Comunidades Autónomas en la nueva Ley de arrendamientos urbanos. En: R. Colina Garea (dir.), *La Ley*, núm. 4, 895-911.

— (2011). *La fianza, forma y protección registral en los arrendamientos urbanos*. Difusión jurídica y temas de actualidad.

— (2014). La protección del arrendador mediante la formalización del contrato, la inscripción en el Registro de la Propiedad y la Fianza. En: R. Colina Garea (dir.), *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado del alquiler de viviendas: Perspectiva desde la reforma*. Aranzadi, 249-340.

BERROCAL LANZAROT, A. I. (2007). El pago o cumplimiento en la fianza: aspectos procesales. *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 111-208.

BONET NAVARRO, J. (2014). *Los procedimientos monitorios civiles en el Derecho español*. Aranzadi.

BROCA-MAJADA, actualizado por Corbal Fernández, J. E. (dir.) (2014). *Práctica procesal civil*, Tomo X (arts. 782 a 827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Editorial Bosch, 9369-9372.

CASAUBÓN CARLES, L. (2000). Régimen jurídico de la fianza en los arrendamientos urbanos, en J. Martínez-Simancas Sánchez y R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Derechos civiles de España*, 5129-5152.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1969). *Derecho civil español, común y foral. Derecho de obligaciones: las particulares relaciones obligatorias*, tomo IV. Instituto editorial Reus.

CASTÁN TOBEÑAS, J. y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, J. (1956). *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, tomo II. Instituto editorial Reus, 74-78.

CEBRIÁN DOMÍNGUEZ, E. (1998). La fianza legal arrendaticia y el recargo por su constitución tardía. *La Ley*, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, núm. 3, 1542-1549.

CRESPO ALLUÉ, F. (2013). Arrendamientos Urbanos: Fianza. *Aranzadi Proceso civil*, Thomson Reuters, DOC 2013, 2531.

— (2013). Arrendamientos Urbanos: Depósito de fianzas. *Aranzadi Proceso civil*, Thomson Reuters, DOC 2013, 2536.

DE MIRANDA VÁZQUEZ, C. (2014). Problemática de las alegaciones complementarias en el proceso civil: estudio del artículo 426.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Revista Jurídica de Catalunya*, 4-2014, 141-161.

DÍEZ-PICAZO, L. (1966). *Estudios sobre la jurisprudencia civil: parte general y derecho de obligaciones*. Tecnos.

DÍEZ SOTO, C. M. (1999). *La fianza arrendaticia*. Tirant Lo Blanch.

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I. (1996). Artículo 36. Fianza. En: C. Lasarte Álvarez (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos: (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*. Aranzadi, 890-912.

DOMÍNGUEZ PLATAS, J. (1994). Artículo 36. Fianza. En: R. Valpuesta Fernández (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, 333-338.
FERNÁNDEZ APARICIO, J. M (2001). La fianza arrendaticia: consecuencias legales del incumplimiento. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 664, 759-777.
FUENTES-LOJO, J. V. (1956). *Suma de arrendamientos urbanos*. Dux, 458-460.
FUENTES-LOJO, J. V. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2007). Artículo 36. Fianza. *Novísima suma de arrendamientos urbanos*, Tomo I, Parte I: la nueva Ley de arrendamientos urbanos de 24 de noviembre de 1994. Editor J.M. Bosch, 403-434.
GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2011). *El proceso monitorio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Editorial Bosch.
— (2013). *Los juicios verbales de desahucio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Editorial Bosch.
GARCÍA PEÑUELA (1954). La fianza en el arrendamiento urbano. *Pretor: Revista Técnica de Justicia Municipal*, tomo III, 19-24.
GARZÓN RUIZ, J. (1954). La fianza en el arrendamiento urbano. *Revista General de Derecho*, núm. 112, 24-26.
GÓMEZ COLOMER, J. L. (2014). El proceso monitorio. En: VVAA., *Derecho Jurisdiccional II, Proceso civil*. Tirant Lo Blanch.
GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. R. (1998). *Las fianzas arrendaticias y su depósito obligatorio en las comunidades autónomas (estudio del artículo 36 y la disposición adicional tercera de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos urbanos)*. Editorial SEPIN.
— (2000). La fianza arrendaticia y su depósito obligatorio. En: *La vivienda de alquiler en España: reflexiones a los cinco años de la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (Ciudad y Territorio: Estudios territoriales, núm. 125), 485-504.
GUERRA PÉREZ, M. (2013). *Proceso monitorio general y especial de propiedad horizontal: selección de jurisprudencia*. Editorial SEPIN, 30-126.
LACASA COARASA, J. M. (1947). *El arrendamiento urbano*. Editorial El noticiero, 199-201.
LASARTE ÁLVAREZ, C. (1976). Naturaleza y función de la fianza arrendaticia. *Revista jurídica de Cataluña*, abril-junio, 539-549.
LOSCERTALES FUERTES, D. (2013). *Arrendamientos urbanos*. Editorial SEPIN, 285-289 y 314-317.
LOZANO ROMERAL, D. L (1996). La renta y su revisión: régimen sustantivo y régimen transitorio. En: *Estudios sobre la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 1.
LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1980). Artículos 1561 a 1564. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Revista de Derecho Privado. Edersa, 405-416.
MARÍN LÓPEZ, J. J. (1994). Fianza arrendaticia, competencias autonómicas y Obligaciones contractuales (Al hilo del Auto del Tribunal Constitucional 242/1993, de 13 de julio). *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 333-352.
MARTÍN CONTRERAS, C. (2013), *Ley de arrendamientos urbanos*, Bosch, 504-518.
MARTÍNEZ DE SANTOS, A. (2012). Novedades del proceso de ejecuciones con la Ley de agilización procesal (especial referencia a la ejecución hipotecaria). *Conclusiones de Seminarios*, núm. 22, 1-32.
MOLINS GARCÍA-ATANCE, E. (2006). Artículo 36. Fianza. En: J. J. Díez Núñez (dir.) *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Manuales de formación continuada núm. 40, 1-11.

MULLERAT BALMAÑA, R. M. (1963). El afianzamiento de las obligaciones del arrendatario en la Ley de Arrendamientos Urbanos. *Revista Jurídica de Cataluña*, julio-septiembre, 752-764.
QUILEZ MORENO, J. M. (2011). *El proceso monitorio: estudio doctrinal, jurisprudencial y futura realidad de la e-justicia*. La Ley.
RODRÍGUEZ AGUILERA, C. y PERE RALUY, J. (1965). *Derecho de arrendamientos urbanos*. Editorial Bosch.
ROVIRA MOLA, A. (1975). Fianza en derecho de arrendamientos urbanos. En: C. Mascareñas (dir.), *Nueva enciclopedia jurídica*, tomo IX. Editorial Francisco Seix, 719-722.
SALLARÈS VIADER, J. (2000). El subarriendo y la fianza legal de la Ley de Arrendamientos Urbanos. *Diario La Ley*, 31 de diciembre de 2000.
SÁNCHEZ-TARAZAGA MARCELINO, J. V. (1994). La fianza en los arrendamientos urbanos. *Revista General de Derecho*, núm. 601-602, 10787-10799.
SOSPEDRA NAVAS, F. J. (2008). Los procesos arrendaticios: cuestiones generales. En: *Arrendamientos urbanos: normas sustantivas y procesales*, Thomson, 528-531.
— (2008). El contenido del contrato de arrendamiento de vivienda. En: *Arrendamientos urbanos: normas sustantivas y procesales*. Thomson, 216-219.
TORRES AGUILAR, J. (1953). Algunas generalidades sobre fianza en los contratos de arrendamientos urbanos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 29, 114-128.
VIÑAS MEY, J. (1925). La prenda irregular. *Revista de Derecho Privado*, tomo 13, 342-350.
VIVES, I. (2015). La resolución del contrato de arrendamiento y la devolución de la fianza. *Inmueble: Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 150, 18-23.

NOTAS

[1] CASTÁN TOBEÑAS, J. (1969). *Derecho civil español, común y foral*, tomo cuarto, *derecho de obligaciones: las particulares relaciones obligatorias*. Instituto editorial Reus, 332; DÍEZ-PICAZO, L. (1966). *Estudios sobre la jurisprudencia civil: parte general y derecho de obligaciones*. Tecnos, 465-466; CASTÁN TOBEÑAS, J. y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, J. (1956). *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, tomo II. Instituto editorial Reus, 76; ROVIRA MOLA, A. (1975). Fianza en derecho de arrendamientos urbanos. En: C. Mascareñas (dir.), *Nueva enciclopedia jurídica*, tomo IX. Editorial Francisco Seix, 720; TORRES AGUILAR, J. (1953). Algunas generalidades sobre fianza en los contratos de arrendamientos urbanos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 29, 115; LACASA COARASA, J. M. (1947). *El arrendamiento urbano*. Editorial El noticiero, 199-201; VIÑAS MEY, J. (1925). La prenda irregular. *Revista de Derecho Privado*, tomo 13, 342-350; BELLO JANEIRO, D. (2011). *La fianza, forma y protección registral en los arrendamientos urbanos*. Difusión jurídica y temas de actualidad, 19-24. Para este último «*no hay, jurídicamente, en la LAU, ninguna fianza, nunca la hubo, aunque siempre se denominó así y tampoco, en rigor, puede hablarse de depósito, ni siquiera irregular*».

[2] Al respecto, la SAP de Burgos, sección 3.ª, núm. 532/1998, de 19 de octubre: «*La fianza arrendataria tiene el carácter de una prenda irregular, en cuanto que participa de la función de garantía propia del derecho de prenda, si bien, por consistir en una cantidad de dinero que el arrendatario entrega al arrendador, sin que este tenga que devolver al final las mismas monedas prestadas, si suma igual a la percibida, no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1859 sobre la prohibición de apropiarse las cosas entregadas en prenda, ni el procedimiento de enajenación previsto en el artículo 1872, sino que si se incumple la obligación garantizada el acreedor se queda con el importe de la suma de dinero entregada en la medida*

que la misma concurre con el importe de la deuda principal». En el mismo sentido cabe citar las STSS de 2 de julio de 1979 y núm. 1229/2003, de 22 de diciembre (esta última dice: «*y la fianza, que no es más que una garantía del cumplimiento de las obligaciones del arrendatario semejante a la prenda irregular, derecho accesorio*») y las SSAP de Granada, sección 3.ª, núm. 131/2003, de 8 de febrero; de Sevilla, sección 6.ª núm. 499/2004, de 14 de octubre (para la que «*es una prenda que garantiza el cumplimiento de las obligaciones propias del arrendatario*»); de Málaga, sección 6.ª, núm. 962/2005, de 21 de septiembre; Auto de Barcelona, sección 15.ª, núm. 375/2006, de 11 de diciembre y SAP Zamora, sección 1.ª, núm. 163/2010 de 28 de septiembre.

[3] Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1932 y de 3 de marzo de 1956, cuyo texto y análisis puede consultarse en DÍEZ-PICAZO, L. (1966). *Ob. cit.*, 454-465 y 469-474.

[4] LASARTE ÁLVAREZ, C. (1976). Naturaleza y función de la fianza arrendaticia. *Revista Jurídica de Cataluña*, abril-junio, 539-549.

[5] GUILARTE ZAPATERO, V. (1979). Artículo 1822. En: M. Albaladejo (coord.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Edersa, 13.

[6] Destaca la STS núm. 48/2005, 2 de febrero de que «*en el deber de devolución de la cosa, al finalizar el arriendo, corresponde al arrendador asumir la devaluación del valor de la finca por el transcurso del tiempo de duración del contrato y por el uso al que su objeto fue destinado (causa inevitable, entre otras)*».

[7] La fianza no prestada en el momento inicial no podrá exigirse con posterioridad, véase la SAP de Lleida, sección 2.ª, número 366/2006, de 17 de noviembre.

[8] FUENTES-LOJO, J. V. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2007). Artículo 36. Fianza. *Novísima suma de arrendamientos urbanos*, Tomo I, Parte I: la nueva Ley de arrendamientos urbanos de 24 de noviembre de 1994, Editor J.M Bosch, 410: la fianza debe prestarse en metálico, sin que quepa fianza personal ni que se garantice con hipoteca.

[9] En la SAP de Alicante, sección 7.ª, núm. 198/2001, de 10 de abril, en la que se confirmó el desahucio por falta de prestación de fianza por el arrendatario, se dijo que: «*la carga de la prueba, a tenor del artículo 1.214 del Código Civil (actual art. 217.3 LEC) recae sobre la arrendataria que es a quien corresponde acreditar la constitución de la misma o la renuncia a ella por parte de los arrendadores*».

[10] Normativa autonómica sobre el depósito de la fianza arrendaticia: Andalucía: Ley 8/1997, de 23 de diciembre, Decreto 46/1986, modificado por Decreto 52/2002, de 19 de febrero y Órdenes de 26 de diciembre de 2001 y de 10 de junio de 2005; Aragón: Ley 10/1992, de 4 de noviembre, modificada por Ley 15/1999, de 29 de diciembre y Ley 24/2003, de 26 de diciembre y el Decreto 173/1987, de 24 de noviembre; Asturias: Decreto 48/2010, de 10 de junio; Canarias: Ley 5/1996, de 27 de diciembre, Decreto 45/1985, de 22 de febrero y Órdenes de 22 de junio de 1985 y 2 de noviembre de 1987; Cantabria: Ley 5/1993, de 6 de mayo y Ley 7/2004, de 27 de diciembre; Castilla y León: Ley 5/2006, de 16 de junio y 9/2010, de 30 de agosto, Decreto 72/1986, de 5 de junio y Órdenes de 6 de febrero de 1987 y 31 de mayo de 1988; Castilla-La Mancha: Decreto 98/1984, de 4 de agosto, desarrollado por Orden de 5 de marzo de 1985; Cataluña: Ley 13/1996, de 29 de julio, modificada por Leyes 21/2011, de 21 de diciembre, 7/2011, de 27 de julio, 26/2009, de 23 de diciembre, desarrollada por Decretos 147/1997, de 10 de junio y 54/2008, de 11 de marzo; Extremadura: Ley 3/2001, de 26 de abril y Decreto 67/1985, de 26 de noviembre; Galicia: Ley 8/2012, de 29 de junio, Decreto 42/2011, de 3 de marzo y Orden de 10 de abril de 1987; Islas Baleares: Decreto 22/1989, de 22 de febrero, desarrollado por Decreto 109/1990, de 13 de diciembre; La Rioja: Decreto 36/1986, de 12 de septiembre, desarrollado por Decreto 61/1989, de 22 de diciembre; Madrid: Ley 12/1997, de 4 de junio y Decreto 181/1996, de 5 de diciembre, modificado por Decreto 54/1997, de 24 de abril; Murcia: Decreto 11/1985, de 22 de febrero, modificado por Decreto 67/1994, de 1 de julio; Navarra: Decreto foral 240/1998, de 3 de agosto; País Vasco: Decreto 174/1983 de 1 de agosto, modificado por 211/1997, de 30 de septiembre y Decreto 15/2006, de 31 de enero; y Valencia: Ley 8/2004, de 20 de octubre y Decreto 333/1995, de 3 de noviembre.

[11] GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. R. (1998). *Las fianzas arrendaticias y su depósito obligatorio en las comunidades autónomas (estudio del artículo 36 y la disposición adicional tercera de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos urbanos)*. Editorial SEPIN.

[12] En el artículo 105 de la LAU de 1964, la fianza también se refería al «*subarriendo total de viviendas*». Sobre la no aplicación de la fianza del artículo 36 de la LAU al subarriendo, véase SALLARÈS VIADER, J. (2000). El subarriendo y la fianza legal de la Ley de Arrendamientos Urbanos. *Diario La Ley*, 31 de diciembre de 2000.

[13] El artículo 10 del Decreto de 29 de diciembre de 1931 disponía que «*en ningún caso podrá exceder el importe de las fianzas que se presten por alquiler de viviendas de la renta de un mes, cualquiera que sea el plazo y el precio del arrendamiento, sin que a pretexto de servicios especiales pueda el arrendador retener en su poder mayor cantidad por el mencionado concepto*». Según el artículo 135, párrafo tercero, de la Ley de 31 de diciembre de 1946: «*Cualquiera que sea el plazo y precio del arrendamiento o del subarriendo, el importe de la fianza no podrá rebasar de la cantidad que resulte de aplicar la renta que proceda conforme a esta Ley, ni aun a pretexto de la existencia de servicios especiales, reputándose ilícita cualquier elevación, la cual dará derecho al que hubiere constituido la fianza a reclamar la diferencia, más su interés legal*». En el artículo 105 del Texto refundido de la Ley de arrendamientos urbanos de 24 de diciembre de 1964 desapareció el sentido proteccionista del inquilino. Al respecto, véase ROVIRA MOLA, A. (1975). Fianza en derecho de arrendamientos urbanos. En: C. Mascareñas (dir.), *Nueva enciclopedia jurídica*, tomo IX. Editorial Francisco Seix, 719.

[14] Sobre la problemática en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales véase BELLO JANEIRO (2011). *Ob. cit.,* 69-72.

[15] En el mismo sentido, véanse las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, número 54/2004, de 29 de enero; de Granada, sección 3.ª, número 131/2003, de 8 de febrero; de Madrid, sección 11.ª, número 612/2004, de 1 de octubre; de Cantabria, sección 3.ª, número 88/2005, de 18 de marzo; y de Zaragoza, sección 5.ª, número 417/2005, de 8 de julio.

[16] MULLERAT BALMAÑA, R. M. (1963). El afianzamiento de las obligaciones del arrendatario en la Ley de Arrendamientos Urbanos. *Revista Jurídica de Cataluña*, julio-septiembre, 757; BELLO JANEIRO, D. (2011). *Ob. cit.,* 25-27; SOSPEDRA NAVAS (2008). *Ob. cit.,* 216, y FUENTES-LOJO, J. V. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2007). *Ob. cit.,* 405. En contra, si bien refiriéndose a la Ley de arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946: TORRES AGUILAR, J. (1953). *Ob. cit.*, 118. En la jurisprudencia también se ha destacado la naturaleza imperativa: Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.ª, núm. 646/2012, de 5 de diciembre.

[17] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *Derecho civil II: derecho de obligaciones*. Edisofer, 674. También MARTÍN CONTRERAS, C. (2013). *Ley de arrendamientos urbanos*. Editorial Bosch, 505, que la califica de «*fuente de financiación a coste cero*». Para CEBRIÁN DOMÍNGUEZ, E. (1998). «La fianza legal arrendaticia y el recargo por su constitución tardía. *La Ley*, 1542, «*supone una intromisión absolutamente injustificada en las relaciones e intereses de las partes del contrato*» y «*La obligatoriedad de la caución arrendaticia raya en el absurdo cuando esta es de todo punto innecesaria, por ser, por ejemplo, la arrendataria, empresa filial o vinculada de la arrendadora, por haberse constituido otro tipo de garantía o por considerarse, simplemente, por las partes, que no existe riesgo de incumplimiento*».

[18] BELLO JANEIRO, D. (2011). *Ob. cit.,* 10.

[19] LOSCERTALES FUERTES, D. (2013). *Arrendamientos urbanos*. Editorial SEPIN, 315; FUENTES-LOJO, J. V. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (2007). *Ob. cit.,* 412 y SOSPEDRA NAVAS, F. J. (2008). *Ob. cit.,* 219: «*no obstante el depósito autonómico la obligación de restitución debe cumplirla el arrendador, sin perjuicio de las acciones que le asistan frente a la entidad depositaria, si ésa no efectúa la restitución en tiempo*».

[20] Acertadamente dice la SAP de Salamanca, sección 1.ª, núm. 309/2002, de 1 de julio, que la fianza «*tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones asumidas por el arrendatario y no solo del pago de la renta; de aquí que, antes de la finalización del contrato no pueda ser imputada al pago de estas, pues ello conllevaría que acto seguido hubiera de exigirse la constitución de una nueva fianza*». *También la SAP de Barcelona, sección 4.ª, de 14 de diciembre de 1999: «la llamada «fianza arrendaticia» es una garantía constituida en favor del arrendador por los eventuales incumplimientos contractuales del arrendatario y, aunque entre los mismos se pueda incardinar el impago de las rentas pactadas, ello tendrá lugar únicamente una vez resuelto el contrato, en cuyo momento podrán evaluarse aquellos y producirse o no la devolución de la fianza, o la compensación si procediere*».

[21] Resulta ilustrativa la SAP de Barcelona, sección 13.ª, núm. 482/2005, de 25 de julio, para la que «*no cabe que el arrendatario, antes de extinguirse el arriendo, determine unilateralmente que se dedique su importe al pago de la renta, lo que frustraría las expectativas del arrendador de quedar cubierto ante cualquier demérito de la cosa locada que hubiera de reparar con cargo a la expresada garantía. En definitiva, cabe que la fianza se aplique al pago de rentas debidas, pero en todo caso tras la extinción del contrato y el desalojo de la finca por parte del arrendatario, pero en ningún caso cabe imputar la fianza al pago de rentas vencidas mientras sigue vigente el contrato de arrendamiento*».

[22] Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, GARBERÍ LLOBREGAT (2013, 48) considera que las meras pretensiones de reclamación de rentas impagadas, en las que no se persigue también el desahucio del arrendatario, han dejado de tener al juicio ordinario como procedimiento adecuado cuando su cuantía supere los 6.000 euros para tramitarse, en todo caso, con independencia de cuál sea su cuantía, a través de los trámites del juicio verbal.

[23] Jurisprudencia reiterada viene aceptando la reclamación de rentas arrendaticias por los cauces del proceso monitorio: Autos de las Audiencias Provinciales de Zaragoza, sección 4.ª, núm. 448/2002, de 5 de julio; de Valencia, sección 11.ª, núm. 164/2004, de 20 de julio («*Si bien es cierto que el artículo 250 de la LEC, recoge un cauce especifico para la reclamación de rentas o cantidades debidas por el arrendatario, su existencia no priva de la posibilidad, ni es óbice para acudir al cauce del monitorio, al no existir norma que lo impida si la acción y los documentos presentados cumplen los requisitos contenidos en el mismo*»); de Tarragona, sección Primera, núm. 45/2005, de 11 de mayo; de Cádiz, sección 2.ª, núm. 51/2006, de 4 de septiembre; de Sevilla, sección 6.ª, núm. 62/2007, de 22 de marzo; de Barcelona, sección 4.ª, núm. 149/2009, de 29 de mayo; y, de Barcelona, sección 4.ª, núm. 19/2011, de 15 de febrero. En idéntico sentido, SOSPEDRA NAVAS, F. J (2008). *Ob. cit.,* 528-531.

[24] La cesión del contrato de arrendamiento no implica devolver la fianza al arrendatario primitivo.

[25] MARTÍN CONTRERAS, C. (2013). *Ob. cit.*, 512: «*para la restitución de la fianza el contrato debe haber finalizado y el arrendatario debe estar al corriente de todos los pagos*».

[26] Recuerda la SAP de Barcelona, sección 13.ª, de 10 de febrero de 2000 que «*el precitado artículo 36 habla expresamente en su apartado cuarto del «final del arriendo» como momento temporal de restitución de la fianza, ya desde antiguo el TS (ad exemplum Sentencia de 7 de diciembre de 1972) declaró la necesidad de que se produzca no solo el fin del contrato, sino también la entrega de la cosa arrendada, para la devolución de la fianza*». También resulta significativa la SAP de Barcelona, sección 4.ª, núm. 487/2011, de 4 de octubre: «*El artículo 1561 sigue diciendo «al concluir el arriendo» como momento en que el arrendatario debe restituir la vivienda o local, restitución que —en determinadas condiciones— puede cumplirse con la entrega de las llaves poniendo la vivienda en disposición del arrendador (art. 1462 en relación con el 438 del Código Civil), pero, en todo caso, ha de quedar a salvo el derecho de este a la comprobación fehaciente, judicial o extrajudicial, de que se recibe lo arrendado tal como se entregó, sin otros menoscabos que los producidos por el uso ordinario o por causa inevitable (arts. 1561 y 1563 del Código Civil) a efectos de su posible responsabilidad por pérdida o por deterioro que le sea imputable (STS de 23 de junio de 1956), pudiendo en otro caso, dicho arrendador, rechazar dicha devolución, si no se ajusta a lo pactado o a la normativa antes expuesta; de poco puede servir al arrendatario que pretende eludir su responsabilidad, el cómodo expediente de utilizar como medio de devolución, el envío al arrendador (o la puesta en su conocimiento de que las llaves están en el buzón) de las llaves: no solo no eludirá su responsabilidad sino que su obligación de devolución puede estimarse incumplida, pudiendo incurrir en mora*». Para FUENTES-LOJO (2007). *Ob. cit.,* 411 la restitución solo tendrá lugar con la entrega efectiva, no solo con la entrega de las llaves del inmueble. Asimismo, para LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1980). *Ob. cit.,* 409, el arrendador tiene el derecho a comprobar fehacientemente —judicial o notarialmente— el estado de la cosa y verificar de tal modo si la devolución que se pretende se ajusta a lo pactado a la Ley, para rechazar la devolución si no se ajustara, porque en tal caso de nada serviría al arrendatario para eludir responsabilidades el cómodo expediente de enviarle las llaves del local, piso, finca o bien.

[27] Aunque referido al arrendamiento de industria, cabe traer a colación la STS núm. 784/2005, de 28 de octubre, en el que rehusar las llaves entregadas por el arrendatario significa consentir la situación de abandono: «*El acreedor de la restitución tiene una carga, que impone la buena fe, que integra el contrato de acuerdo con lo que establece el artículo 1258 del Código Civil, de proveer a la seguridad del bien desde que puede tomar posesión. Sin perjuicio, desde luego, de realizar el inventario y las comprobaciones fehacientes dirigidas a constatar el estado de la cosa y a exigir las responsabilidades por los desperfectos que el arrendatario no pruebe haberse producido sin su culpa. De modo que la toma de posesión no hubiera impedido el ejercicio por la arrendadora de las facultades que el Código Civil le atribuye para la comprobación del estado de la cosa y para exigir las reparaciones pertinentes. En definitiva, rehusar las llaves significaba consentir una situación de abandono y, por tanto, incumplir la carga de diligencia, con el resultado de que ha de perder la posibilidad de reclamar deterioros o menoscabos que se hayan producido a partir de ese punto*».

[28] Los gastos de limpieza no pueden satisfacerse con la fianza arrendaticia si la suciedad es la normal derivada del uso (SSAP de Barcelona, sección 4.ª, núm. 5/2010, de 27 enero; SAP de Murcia, sección 4.ª, núm. 296/2011, de 10 de junio; y, de Zaragoza, sección 4.ª, núm. 535/2010, de 26 de noviembre).

[29] SAP Barcelona, sección 13.ª, núm. 268/2014, de 28 de mayo: «*la entrega de llaves debe hacerse en el propio local (la actora era perfectamente localizable, en la misma fecha de la resolución, por el «cartel» antes aludido), a fin de que, la propiedad, en presencia del arrendatario, pueda constatar el estado del mismo, precisamente a los efectos de la devolución de la fianza, posibilidad de examen o verificación «conjunta» que no ofrece ninguna de las alternativas a que hace referencia el apelante (precisamente a efectos del «fin» o «liquidación» de la relación arrendaticia); recordemos que ha de constar, por cualquier medio de prueba, el ofrecimiento fehaciente de la puesta a disposición —con abandono del mismo por el arrendatario— de la vivienda o local, agotándose todas las posibilidades del arrendatario en tal sentido, y en su caso el rechazo (expreso o «tácito») del arrendador, pues la aceptación de las llaves por el arrendador no implica aceptar la resolución unilateral y la renuncia a la indemnización de daños y perjuicios (STS 1019/2007 de 10 de octubre)*».

[30] Trata la necesidad de liquidación la SAP de Madrid, sección 13.ª, número 347/2001, de 26 de diciembre: «*La determinación y apreciación de estos daños, que es lo que permite la liquidación final del contrato con la devolución, total o parcial, de la fianza constituida, solo puede hacerse cuando el arrendador entra en la posesión material de la finca y está en situación de examinarla y evaluar su estado y, en su caso, cuantificar los daños que considere producidos por el arrendatario, culposa o dolosamente. En el presente caso, aunque la demandante tuvo ocasión de pedir la restitución material de la finca desde el momento en que las llaves fueron depositadas (de ahí la inexistencia de derecho alguno a indemnización); es lo cierto que no penetró en la casa hasta el 20 de abril de 2001, lo que conlleva que hasta ese momento no surge la posibilidad de liquidar el contrato ni el derecho, por tanto, a pedir la devolución de la fianza con la correlativa obligación de hacerlo. Así pues, al deducir los demandados reconvencionalmente el 6 de noviembre de 2000 la acción de devolución de la fianza con sustento legal en el artículo 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, es claro que en tal momento la obligación, por lo dicho, no era exigible, ni posible la contradicción procesal necesaria ni la tan necesaria prueba sobre tal extremo, dependiente, en gran medida, de apreciaciones técnicas ya insinuadas por la demandante en el mes de mayo de 2001, sin que a los fines resolutorios demandados resulte suficiente el contenido del acta notarial levantada el 30 de octubre de 2000 ni las apreciaciones recogidas en la diligencia de posesión de 20 de abril de 2001*».

[31] Según la SAP de Valencia, sección 6.ª, núm. 448/2000, de 15 de mayo, la devolución del saldo implica una previa liquidación de cuentas entre las partes.

[32] SAP de Barcelona, sección 4.ª, de 22 de octubre de 2001: «*no puede reclamar el arrendatario la fianza hasta tanto no cumpla íntegramente las prestaciones derivadas del contrato que le incumben*».

[33] Insiste en la necesidad de la previa liquidación del contrato de arrendamiento la SAP de Barcelona, sección 13.ª, núm. 40/2012, de 25 de enero: «*La restitución viene regulada en el artículo 36.4 LAU, configurándose como un derecho de crédito, del que es deudor el arrendador (deudor del saldo que corresponda, tras la liquidación de las responsabilidades en*

que haya podido incurrir el arrendatario, cubiertas por la fianza) y acreedor el arrendatario (a exigir la devolución); si este cumplió sus obligaciones la restitución se extiende a toda la suma entregada en su día, pero si incurrió en alguna responsabilidad, será cubierta con la suma entregada, restituyéndose solo la diferencia entre lo entregado y la cantidad en que se calcule la responsabilidad imputable al arrendatario («el saldo…que deba ser restituido…»), lo que impone una previa liquidación del contrato, lo cual solo puede hacerse una vez extinguida la relación arrendaticia («…al final del arriendo.») y siempre que el arrendatario haya restituido la posesión de la finca (pues solo así de un lado se habrán cumplido las obligaciones derivadas del contrato y, de otro, el arrendador podrá examinar la finca y comprobar su estado), y de ahí que la LAU establezca el tiempo de cumplimiento de restitución en el mes siguiente a la fecha de la entrega de las llaves. Si se incumple dicho plazo por el arrendador, debe abonar intereses moratorios en la tasa del interés legal de manera automática, sin necesidad de requerimiento del arrendatario».

[34] SAP Las Palmas, sección 4.ª núm. 403/2007, de 9 de octubre: «*derecho de «retención» en tanto existan obligaciones pendientes de abono (…) Lo que en modo alguno permite la fianza es una «retención» ad íntegrum de su importe a pretexto de existencia de obligaciones arrendaticias debidas por el arrendatario a favor del arrendador. La fianza sirve para, a través de ella, efectuarse el cobro de lo debido, no para retenerla hasta que por otro medio se cobre. Por ello cuando, como es el caso, se insta en procedimiento judicial la devolución de la fianza arrendaticia el arrendador demandado puede oponer en compensación la existencia de créditos locativos contra el arrendatario a fin de que se minore o extinga el importe de tal fianza y con ello de su devolución*».

[35] FUENTES-LOJO (2007). *Ob. cit.,* 410.

[36] FUENTES-LOJO (2007). *Ob. cit.,* 426.

[37] Téngase en cuenta la disposición transitoria quinta de dicha Ley, que declara aplicable el artículo 1939 del Código Civil a las relaciones ya existentes.

[38] En virtud de los puntos de conexión del artículo 9.5 del Código Civil, por ser un derecho de crédito el derecho del arrendatario (SSTS de 23 de marzo de 1958 y de 29 de febrero de 1960). Al no fijar la LAU ningún plazo de prescripción, no resultaría aplicable en Cataluña el plazo general del Código Civil en virtud de la reserva de competencia estatal del artículo 149.1.8.ª de la Constitución (a diferencia de la normativa sobre seguro obligatorio y responsabilidad civil por circulación de vehículos a motor: véase las Sentencias del Pleno de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo núm. 533/2013 y 534/2013, ambas de 6 de septiembre).

[39] En el *codex iustinuanus* se fijaba la responsabilidad del *conductor* no solo por el dolo sino también por la custodia: «*en el juicio, así de locación, como de conducción, se comprende el dolo y la custodia, pero no también el accidente a que no se puede oponer resistencia*» (C. 4, 65, 28).

[40] SAP Asturias, sección 6.ª, núm. 40/2007 de 5 de febrero: «*Ese dilatado lapso temporal transcurrido entre la entrega y la verificación de los daños (de ocho meses), ha de estimarse, compartiendo la tesis del Juzgador «a quo», impide en este caso hacer uso para la imputación de responsabilidad en los mismos a las actoras*».

[41] SAP Málaga, sección 6.ª, núm. 870/2004, de 3 de diciembre: «*conforme al artículo 36.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues debería ser devuelta al final del arriendo, devengando el interés legal transcurrido un mes desde la entrega de las llaves sin hacer efectiva la restitución, lo que claramente demuestra que el legislador considera suficiente el plazo de un mes para comprobar si hubo o no desperfectos, e incurre en mora a partir de ese momento*».

[42] MARTÍN CONTRERAS, C. (2013). *Ob. cit.,* 512.

[43] Para facilitar dicha comunicación resulta útil la redacción dada al artículo 4.6 de la LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio: «*Las partes podrán señalar una dirección electrónica a los efectos de realizar las notificaciones previstas en esta ley, siempre que se garantice la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron*».

[44] SOSPEDRA NAVAS, F. J. (2008). *Ob. cit.,* 220.

[45] SAP Huesca, sección 1.ª, núm. 56/2007, de 27 de febrero.

[46] Como venimos insistiendo, la SAP Granada, sección 4.ª, núm. 120/2007, de 16 de marzo de recuerda que: «*La fianza se concibe como una obligación de garantía que se extingue*

cuando finaliza el contrato (art. 36-4) pudiendo imputarse la cantidad objeto de fianza a la satisfacción de las obligaciones hasta entonces incumplidas por el arrendatario».

[47] CRESPO ALLUÉ, F. (2013). Arrendamientos Urbanos: Fianza. *Aranzadi Proceso civil*. Thomson reuters, 4.

[48] SAP de Granada, sección 3.ª, núm. 131/2003, de 8 de febrero de —ya citada—: «*el deterioro de la cosa arrendada, plantea un problema, al no existir pacto entre las partes tendente a estimar el coste de las reparaciones, es mas, al no aparecer acreditado de manera fehaciente, tras un examen armónico de la prueba producida, (articulo 217 de la LEC., Sentencias del TS de 12 de marzo de 1998 y de 17 de abril de 1999), la realidad de un daño, de un deterioro, en la misma; algo que no se ha de dejar, como aquí se pretende, a la determinación unilateral y, por ello, interesada del arrendador, sino que ha de ser el Tribunal quién concrete, a la luz de la prueba, si se han producido daños en aquella y, en consecuencia, si se puede o no retener como indemnización de tales la fianza prestada»*.

[49] Como recuerda la SAP de Pontevedra, sección 1.ª, núm. 497/2011, de 30 de septiembre: «*la fianza prevista en el artículo 36 de la ley arrendaticia garantiza al arrendador el cobro de la indemnización por posibles daños y perjuicios, hasta el importe de la cuantía de aquella. Pero tal exige, de toda evidencia, la cumplida prueba de la existencia del perjuicio y de su importe. De otra parte, es exigencia para que prospera la restitución de la fianza la previa extinción del contrato»*.

[50] Al ser un elemento básico del contrato de arrendamiento el uso de la vivienda por el arrendatario, no puede exigirse al arrendador que la restituya pintada, aun cuando hubiere alterado el aspecto original, salvo acuerdo expreso en el contrato. La SAP de Barcelona, sección 16.ª, núm. 287/2010, de 19 de mayo, dijo que «Cuando un arrendatario deja un inmueble arrendado no puede exigírsele que lo deje pintado. No hay base en la ley para ello, pues el que los paramentos sean pintados de una determinada forma por el arrendatario forma parte de aquello a lo que está autorizado, sin que pueda exigírsele que vuelva a situarlos en el aspecto original, como no puede obligársele, por ejemplo, a que tape los agujeros hechos en la pared para colgar cuadros, si lo hecho se acomoda a criterios de normalidad».

[51] LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1980). *Ob. cit*., 408, recomienda que, para evitar dificultades probatorias, será aconsejable que al celebrar el contrato de arrendamiento se haga expresión detallada en el propio contrato del estado en que la cosa se halla, de forma que no puedan surgir dudas sobre el particular, y —según los casos— con inventario comprensivo de los bienes que con la cosa principal se entregan al arriendo.

[52] En el AAP Barcelona, sección 15.ª, núm. 375/2006, de 11 de diciembre —ya citado— se menciona la falta de liquidez: «*no parece desacertada, en principio, su calificación como prenda irregular, con el consiguiente derecho de retención, a la extinción del arriendo, para aplicar su importe al crédito líquido representado por las rentas impagadas o al ilíquido cuya consistencia es el resarcimiento de los daños causados al inmueble»*.

[53] GÓMEZ COLOMER, J. L. (2012). El proceso monitorio. En: VV.AA., *Derecho Jurisdiccional II*, *Proceso civil*. Tirant Lo Blanch, 2012, 807.

[54] Hasta la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, la cuantía máxima del monitorio era de 30.000 euros (tras la conversión a euros por el Real Decreto 1417/2001, de 17 de diciembre), con la Ley 13/2009 pasó a ser de 250.000 euros y —finalmente— la Ley 37/2011, de 10 de octubre, eliminó el límite máximo.

[55] El principio de prueba de la realidad de la deuda implica, según el AAP de A Coruña, sección 4.ª, núm. 109/2009, de 25 de junio, que «*en modo alguno, pueda exigirse, en este momento procesal, una justificación plena de la existencia o certeza del crédito»*.

[56] El AAP de Madrid, sección 10.ª, núm. 82/2005, de 8 de marzo, incidió que a través del monitorio «*se encauzan las pretensiones encaminadas al pago de una suma de dinero o a la entrega de una determinada cantidad de cosas fungibles, que a priori parezcan no controvertibles»*.

[57] AAP de Cádiz, sección 7.ª, núm. 185/2003, de 14 de abril: «*deuda dineraria significa que el derecho de crédito exigido debe expresarse en dinero en sentido estricto, es decir, en moneda de curso legal, nacional o extranjera (arts. 517 y 520.2.°), por lo que quedan excluidas del proceso monitorio la obligaciones de hacer, así como las obligaciones de dar cosas determinadas o no fungibles e igualmente las cosas o especies computables en dinero (art. 520.3.°)»*.

[58] Por el contrario, GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2011). *El proceso monitorio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Editorial Bosch, 47, considera que si la deuda ha de ser dineraria, predeterminará la necesidad de que la deuda haya de ser también líquida, es decir, exactamente determinada en su cuantía. Según dicho autor, el requerimiento de pago perdería su sentido si en él no se pudiese concretar con exactitud cuál es el importe real de la deuda.

[59] QUILEZ MORENO, J. M. (2011). *El proceso monitorio: estudio doctrinal, jurisprudencial y futura realidad de la e-justicia*. La Ley, 89.

[60] Sobre la prohibición de indeterminación de la pretensión en el monitorio, véase el AAP de Madrid, sección 25.ª, núm. 53/2007, de 9 de marzo. También, QUILEZ MORENO, J. M. (2011). *Ob. cit.,* 88, concluye que no cabe la reclamación de cantidades cuya liquidación esté pendiente, esperando que en el transcurso del procedimiento las mismas sean liquidadas.

[61] STS de 13 de abril de 1987: «*La deuda no pierde liquidez si para averiguar el montante basta con sencillas operaciones aritméticas*».

[62] Un buen resumen de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales sobre esta vicisitud se encuentra en el AAP de Madrid, sección 10.ª, núm. 303/2004, de 14 de diciembre.

[63] Según las SSTS de 19 de diciembre de 1951 y de 28 de noviembre de 1960.

[64] Definición dada en el AAP de Vizcaya, sección 3.ª, núm. 539/2002, de 23 de octubre.

[65] En los Autos de la AP de Madrid, sección 21.ª, recursos 335/2001, 525/2001 y 395/2001, de 26 de febrero de se trató la pretensión de indemnización por los daños sufridos en una valla municipal*: «lo que insta es la reclamación de una indemnización por daños causados en accidente de circulación, y esa cuantía no es una deuda líquida, vencida ni exigible en tanto en cuanto no conste la determinación del hecho, daños y relación de causalidad; no convirtiéndose el crédito a favor del Ayuntamiento en tanto en cuanto su derecho no esté reconocido al margen después de la cuantificación. El Ayuntamiento al recurrir parte de un error que es considerar que al haber sido cuantificado el daño por sus servicios técnicos esa indemnización se ha configurado como un crédito líquido, vencido y exigible, olvidando el hecho fundamento de su pretensión, que es la existencia de un comportamiento culposo»*. También confirmó la inadmisión de monitorio por reclamación de una responsabilidad extracontractual derivada de un accidente de circulación, en el que solo se aporta el parte amistoso de accidente, el AAP de Barcelona, sección 11.ª, núm. 292/2009, de 31 de julio.

[66] La responsabilidad del abogado es una deuda de valor, así en el AAP de Barcelona, sección 1.ª, núm. 91/2012, de 23 de abril: «*la deuda reclamada por la solicitante atiende a la indemnización derivada de la posible responsabilidad civil en que pudiera haber incurrido un abogado como consecuencia de los servicios prestados, y, por tanto, reviste la indeterminación propia de una deuda de valor, por lo que no puede considerarse que estemos ante una deuda determinada, vencida y exigible, como exige el art.812 LEC, en la medida en que precisa de una previa resolución judicial que declare la actuación negligente del Letrado y fije los daños que la misma haya podido causar al cliente» Pero es posible utilizar el monitorio, dice el mismo auto remitiéndose a un acuerdo no jurisdiccional de las secciones civiles de esa Audiencia, «si la deuda se hallase reconocida previamente por el deudor y sea determinada. En otro caso, difícilmente se darán los requisitos que exige la ley, esto es, que se trate de deuda determinada, líquida y vencida»*.

[67] Como en el AAP de Palma de Mallorca, sección 4.ª, núm. 101/2011, de 28 de octubre, en el que, si bien trató la falta de notificación al deudor del auto cerrando el monitorio cuando se había presentado en plazo la oposición, se dijo: «*del escrito obrante en las actuaciones donde se hace constar que habían quedado liquidadas las cuentas y la devolución de la fianza, siendo esta última el objeto de la petición del monitorio*».

[68] En el AAP de Barcelona, sección 1.ª, núm. 92/2006, de 26 de abril, se confirmó la inadmisión de un monitorio basado en una sanción impuesta a un socio por haber causado baja en una entidad, equiparándola a una deuda de valor.

[69] AAP de Lleida, sección 2.ª, núm. 397/2001, de 12 de septiembre: «*Esta situación de liquidez no concurre cuando se acciona en base a un incumplimiento contractual por haberse efectuado de forma incorrecta o inadecuada la prestación comprometida, pretendiéndose como consecuencia la restitución del pago realizado, pues para ello se hace necesario que exista previamente un pronunciamiento declarativo sobre la realidad del incumplimiento o cumplimiento defectuoso y de la correlativa consecuencia de la restitución de la prestación efectuada por el contratante cumplidor*».

[70] Así lo equipara el AAP de Tarragona, sección 1.ª, recurso 166/2005, de 11 de junio: «*el requisito la exigencia de que se trate de una cantidad determinada no puede ser entendida en un sentido más restrictivo y limitado que el tradicional de la liquidez de la deuda*». SSTS núm. 496/1994, de 24 de mayo; 237/1997, de 22 de marzo y 399/2000, de 13 de abril. También BROCA-MAJADA (2014). *Ob. cit.,* 9369, asimila cantidad determinada a líquida.

[71] AAP de Cádiz, sección 7.ª, núm. 185/2003, de 14 de abril, ya citado: «*Deuda de cantidad determinada lo que significa que la deuda debe ser por liquida, es decir, que está concretada en una suma de dinero o que su determinación dependa de una simple o mera operación aritmética; se entiende por la doctrina que deberá fijarse* ab initio *la cuantía exacta de la deuda que se reclama y no reservar al Juez su fijación, ya que de lo contrario este no debe admitir a trámite la petición inicial y conceder al acreedor un plazo razonable para subsanar el requisito*».

[72] QUILEZ MORENO, J. M. (2011). *Ob. cit.,* 87.

[73] AAP de Cádiz, sección 7.ª, núm. 185/2003, de 14 de abril, ya citado: «*deuda vencida; que es aquella cuyo plazo de pago ha transcurrido, por lo excluidas las deudas de futuro, o las que venzan después de la interposición de la petición inicial. Deuda exigible; debe entenderse por tal la que no depende de contraprestación o cumplimiento de término o condición alguna. Determina el artículo 1113 del Código Civil que será exigible desde luego toda obligación que no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren; también será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de la resolución; no son exigibles las obligaciones dependientes del cumplimiento de condición suspensiva o inicial no cumplida*».

[74] AAP de Cáceres, sección 1.ª, núm. 23/2004, de 9 de marzo: «*siempre que el principio de prueba exigido por el artículo 812 LEC cubra también la justificación de la contraprestación o el cumplimiento de la condición*». *En el mismo sentido la SAP de Toledo, sección 2.ª, núm. 61/2010, de 10 de marzo: «El cumplimiento de la condición del vencimiento y, por tanto, exigibilidad de la deuda dineraria, llevará consigo la efectividad de la misma, al quedar constituida una deuda real y verdadera, no susceptible de interpretación en cuanto a su fijación e importe*».

[75] BONET NAVARRO, J. (2014). *Los procedimientos monitorios civiles en el derecho español*. Aranzadi, 57.

[76] En dicha sentencia se justificó la negativa del arrendador a devolver el importe de la fianza «*en tanto no se liquiden esas deudas consecuentes al contrato de arrendamiento, debiéndose afirmar la presunción de que la vivienda se entregó en perfecto estado de uso y conservación, sin que en el momento de la devolución conste que el arrendador prestara su conformidad sobre el estado de la finca*».

[77] SAP Las Palmas, sección 5.ª, número 341/2003 de 21 de abril.

[78] Por ejemplo, la discrepancia sobre la actualización de las rentas arrendaticias, como en la SAP de Ávila, sección 1.ª, núm. 160/2009, de 28 de julio: «*habrá de analizarse si las discrepancias existentes en cuanto a la actualización de la renta en litis (habida cuenta que por parte del arrendatario se viene pagando con puntualidad la renta mensual del local de negocio) han de exigirse por la vía del juicio verbal (art. 250 LEC) o por vía del artículo 249.1.6.ª de dicha ley (…) ha de concluirse que la acción de desahucio por falta de pago y reclamación de rentas del actor debió desestimarse, por no ser el impago de las actualizaciones de renta discutidas asimilable al pago de rentas efectivamente debidas, toda vez que dichas actualizaciones no habían sido aceptadas tácitamente por el arrendatario ni constituían una indubitada renta mensual a cargo del demandado; debiendo el actor plantear su procedencia en el procedimiento ordinario correspondiente, conforme se deja establecido*».

[79] La iniciativa procesal de este trámite —dice el mismo autor— corresponde exclusivamente al actor, excluyéndose al juzgador y al demandado, quien ya ha tenido ocasión de defenderse sin restricciones en su escrito de contestación a la demanda.

1.6. Responsabilidad civil

Responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del deficiente suministro de energía eléctrica: el comercializador responde frente a los consumidores sin perjuicio de la acción de repetición contra el distribuidor*

Liability for damages caused by deficient electricity supply: the supplier is liable to consumer without prejudice to the action under a right of recourse against the distributor

por

BÁRBARA DE LA VEGA JUSTRIBÓ

Profesora Visitante Lectora (Acreditada Titular) de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: El Tribunal Supremo confirma que los comercializadores de energía eléctrica responden frente a los consumidores por los daños y perjuicios derivados de la deficiente calidad del suministro, sin perjuicio de la acción de repetición contra el distribuidor de energía (STS Sala de lo Civil, núm. 624/2016, de 24 de octubre de 2016 *[RJ* 2016, 4970]). Sentada la relación contractual que vincula al consumidor y al comercializador, así como el defectuoso suministro de energía realizado y la determinación y cuantificación de los daños sufridos, se ha de aplicar el Código Civil con relación a la responsabilidad por el incumplimiento obligacional y la indemnización de los daños y perjuicios derivados, como en relación con la interpretación e integración del contrato a tenor del principio de la buena fe contractual, especialmente dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe como fuente de integración del contrato. Este principio no solo sanciona en la ejecución del contrato, los comportamientos contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida conforme a lo acordado y la confianza que razonablemente deriva de ello, sino que además colma las lagunas de la reglamentación contractual de las partes con relación al cumplimiento y ejecución debidos del contrato. A mi entender, los distribuidores y comercializadores deben cumplir de manera efectiva la obligación de informar con claridad

* Este trabajo es resultado del proyecto I+D+i intitulado «Reforma de la regulación vertical del sector eléctrico, cumplimiento normativo y abuso de posición dominante (*Propuestas de reforma del sector eléctrico (Real Decreto 1955/2000) y Derecho de la Competencia)*», al amparo del artículo 83 LOU y artículo 150 de los Estatutos de la Universidad Carlos III de Madrid, financiado por E.ON ESPAÑA, desarrollado en la citada Universidad, 2011-2012 (IP CANDELARIO MACÍAS, M.ª I.) y del que es miembro la autora.

en sus relaciones de suministro de energía eléctrica acerca de las respectivas responsabilidades, ahora en los términos confirmados por el Tribunal Supremo.

ABSTRACT: The Spanish Supreme Court confirms that electricity supplier is liable for damages caused by deficient electricity supply: the supplier is liable to consumer without prejudice to the action under a right of recourse against the distributor (STS, Sala de lo Civil, núm. 624/2016, October 24, 2016 [RJ 2016, 4970]). The Civil Code applies (the rules pertaining to the non-performance of contracts) as well as the principle of good faith (art. 1258 Civil Code and artículo 6:102 Principles of European of Contractual Law - PECL). In my view, distributors and suppliers must meet the obligation to inform the consumer about their respective responsibility under a contract on electricity supply in the sense confirmed by the Spanish Supreme Court.

PALABRAS CLAVE: Contrato de suministro de energía eléctrica. Responsabilidad contractual. Deficiente calidad. Comercializador. Distribuidor. Consumidor. Código Civil. Principio de buena fe.

KEY WORDS: Contract on electricity supply. Contractual liability. Deficient quality. Trading company. Distributor and supplier. Consumer. Civil Code. Principle of good faith. Information obligation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL DEFICIENTE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA: SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 2016: 1. Resumen de hechos y antecedentes. 2. Fallo. 3. Doctrina jurisprudencial: *A) Normativa de Derecho privado:* a) La responsabilidad del comercializador derivada del contrato de suministro de energía eléctrica. b) La obligación contractual del comercializador de responder como «vendedor» de energía. c) Doctrina jurisprudencial en torno a la obligación de responder por un suministro de calidad. *B) Normativa de Derecho público:* a) La relación existente entre el comercializador y el distribuidor de energía eléctrica. b) La responsabilidad derivada del suministro de energía eléctrica frente al consumidor no es exclusiva del comercializador, ni excluyente del distribuidor en vía de regreso. c) La responsabilidad del distribuidor por la calidad deficiente del suministro en vía administrativa.—III. DEBER DE INFORMACIÓN.—IV. CONCLUSIÓN. —V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Los consumidores de energía eléctrica de baja tensión concluyen habitualmente un único contrato de suministro con los comercializadores, que a su vez suscriben otro contrato de Acceso de Terceros a la Red (en adelante ATR) con el distribuidor. En principio y conforme a la normativa eléctrica, este último garantizaría la calidad del suministro. Sin embargo, en la práctica la cuestión presenta más matices, en especial cuando se trata de atribuir responsabilidades a los operadores del sector eléctrico.

Existiendo abundantes sentencias de las Audiencias Provinciales sobre la responsabilidad civil frente al consumidor de energía, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, se ha pronunciado recientemente acogiendo lo que ya venía siendo doctrina mayoritaria en la jurisprudencia «menor». La Sentencia núm. 624/2016, de 24 de octubre de 2016, objeto de comentario, decide acerca del sujeto frente al que cabe plantear la acción de exigencia de responsabilidad civil por el incumplimiento del contrato de suministro de energía eléctrica: si la misma ha de dirigirse exclusivamente contra la entidad distribuidora de la energía o, si también contra la entidad o entidades comercializadoras de dicha energía. En la sentencia, el Tribunal Supremo casa poniendo fin a una de las cuestiones que en la jurisprudencia menor ha sido objeto de discrepancia con posterioridad a la liberalización del mercado eléctrico y la consiguiente libertad de contratación por parte de los consumidores en dicho mercado: el régimen de responsabilidad civil de los comercializadores de energía derivado del contrato de suministro eléctrico.

II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL DEFICIENTE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA: SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 2016

1. Resumen de hechos y antecedentes

Una sobretensión de la corriente eléctrica ocasionó daños en la maquinaria utilizada en una explotación dedicada a cortar, pulir y vender piedra. La empresa usuaria de la energía tenía contratado un seguro que cubría las averías en equipos eléctricos, electrónicos e informáticos de dicha explotación derivadas de daños de origen eléctrico. Valorados los daños en dichas instalaciones, la aseguradora indemniza al consumidor y ejerce la acción subrogatoria del artículo 43 de la Ley del Contrato de Seguro.

La empresa usuaria de la energía tenía contratado el suministro con distintas comercializadoras. Acreditados pericialmente los daños ocasionados por la sobretensión en las instalaciones suministradas por cada una de las empresas, la aseguradora reclama la correspondiente cantidad a cada una de ellas, más los intereses legales. Las comercializadoras se oponen por falta de legitimación pasiva al entender que corresponde a la empresa distribuidora y no a las comercializadoras resarcir los daños ocasionados por la mala calidad del suministro.

La demanda fue estimada en primera instancia por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de O Porriño, de 2 de mayo de 2013, que fue recurrida por una de las comercializadoras ante la Audiencia Provincial de Pontevedra. Esta confirmó la sentencia del juzgado en su Sentencia de la Sección Tercera, de 20 de mayo de 2014.

Se interpuso recurso de casación por interés casacional por doctrina contradictoria de las audiencias provinciales.

2. Fallo

El Tribunal Supremo, siendo ponente el magistrado Francisco Javier ORDUÑA MORENO, en el recurso de casación falla: «*La recurrente, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, por interés casacional por doctrina contradictoria*

de Audiencias Provinciales, interpone recurso de casación que articula en un único motivo. En dicho motivo, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 45.1 y 41.1 (K) de la Ley 54/1997, en relación con lo dispuesto en los artículos 9, 11.4 y 34.1 del mismo texto legal. En síntesis, frente al criterio seguido por la sentencia recurrida favorable a considerar que la legitimación activa alcanza también a las empresas comercializadoras de la energía, dado que la normativa actual permite que se pueda contratar directamente con estas el suministro de energía, criterio seguido por las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 12.ª, de 27 de abril de 2010, y Sección 21.ª de 30 de marzo de 2010, sustenta que resulta más fundado y correcto el criterio contrario según el cual, de conformidad con la normativa aplicable, la responsabilidad contractual por daños derivados u ocasionados por el suministro de energía eléctrica (falta del suministro o deficiencias en el mismo) solo puede exigirse a la empresa distribuidora. Criterio seguido por la Audiencia Provincial de Madrid Sección 25.ª, en las Sentencias de 3 de abril de 2009 y 22 de noviembre de 2010.

Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser desestimado. En primer lugar, debe señalarse que a tenor de la propia Exposición de Motivos de la Ley 57/1997, de 27 de noviembre, en particular del propósito liberalizador que la informa, la regulación del sector eléctrico, centrada en el ámbito legal que garantice el correcto funcionamiento del suministro de energía en un marco ya liberalizado, no tiene como función la regulación de las relaciones jurídicas privadas que se deriven de la actividad de la comercialización de la energía. Comercialización de dicha energía que, en los términos de la Exposición de Motivos citada, adquiere carta de naturaleza y queda materializada en el principio de libertad de contratación. Es por ello, como bien resalta la Sentencia de la Audiencia, que la norma, en su artículo 9.-h-, atribuye a los comercializadores la función de la «venta de energía eléctrica» a los consumidores o usuarios, sin ambages y de un modo directo.

En segundo lugar, al hilo de lo expuesto, sentada la relación contractual que vincula a las partes, así como el defectuoso suministro de energía realizado y la determinación y cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados, interesa destacar la aplicación de nuestro Código Civil tanto con relación a la responsabilidad por el incumplimiento obligacional y la consecuente indemnización de los daños y perjuicios derivados (arts. 1101 y sigs. del Código Civil), como en relación con la interpretación e integración del contrato a tenor del principio de la buena fe contractual, especialmente con relación a lo dispuesto por el artículo 1258 y la proyección de la buena fe como fuente de integración del contrato, de forma que dicho principio no solo sanciona, entre otros extremos, todos aquellos comportamientos que en la ejecución del contrato resulten contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida respecto de lo acordado y la confianza que razonablemente derivó de dicho acuerdo, sino que también colma aquellas lagunas que pueda presentar la reglamentación contractual de las partes con relación a la debida ejecución y cumplimiento del contrato celebrado (entre otras, SSTS núms. 419/2015, de 20 de julio y 254/2016, de 19 de abril).

En el presente caso, no cabe duda de que la comercializadora, como suministradora, se vinculó contractualmente a una obligación de suministro de energía de acuerdo a unos estándares de calidad y continuidad del suministro (cláusula 1.1 del contrato). Del mismo modo que se reservó, como condición suspensiva del contrato, una facultad de control acerca de la adecuación de las instalaciones del cliente para que dicha energía pudiera ser suministrada (cláusula 1.4 del contrato). Por su parte, el cliente accedió a dicha contratación confiado en que del contrato suscrito podría razonablemente esperar, a cambio del precio estipulado, que la comercializadora res-

pondiera de su obligación, no como una mera intermediaria sin vinculación directa, sino que cumpliese con las expectativas de «todo aquello que cabía esperar» de un modo razonable y de buena fe, con arreglo a la naturaleza y características del contrato celebrado. Integración contractual, con base al principio de buena fe, que también viene contemplada en el artículo 6102 de los PECL (principios de derecho europeo de los contratos). Como tampoco puede concebirse como caso fortuito exonerador de responsabilidad (art. 1105 del Código Civil) un suceso que cae dentro de la esfera de control de riesgo a cargo del deudor, y al que es ajeno el cliente o consumidor.

Lo contrario, por lo demás, supondría una clara desprotección e indefensión en el ejercicio de los derechos del cliente que estaría abocado, en cada momento, a averiguar que empresa era la suministradora de la energía sin tener con ella vínculo contractual alguno. Todo ello, sin merma del derecho a la acción de repetición que en su caso pueda ejercitar la comercializadora contra la empresa de distribución de energía eléctrica. Sin que la decisión de este recurso, limitada a la legitimación pasiva de las comercializadoras, deba interpretarse como una exoneración de las empresas distribuidoras frente a las posibles reclamaciones de los consumidores».

3. Doctrina jurisprudencial

La doctrina del Tribunal Supremo, y algunas sentencias de las Audiencias Provinciales citadas por el mismo que se han pronunciado en términos similares, clarifica el régimen de la responsabilidad civil por la calidad del suministro eléctrico. En consecuencia y con posterioridad a la Sentencia comentada, las empresas comercializadoras de energía eléctrica tendrán que responder frente a los consumidores conforme al régimen de responsabilidad contractual por los daños y perjuicios derivados del deficiente suministro de energía[1], sin perjuicio de la acción de repetición contra el distribuidor.

En los fundamentos jurídicos de la Sentencia comentada, se enumeran diversos preceptos legales aplicables a la responsabilidad por suministro deficiente de energía eléctrica recogidos en las dos normativas aplicables: la sectorial de Derecho público y el Derecho privado. Esta dualidad requiere aclarar qué aspectos son objeto de cada regulación con el fin de evitar la confusión que se ha producido, en ocasiones y en particular, en la atribución de la responsabilidad nacida del contrato de suministro de energía eléctrica como resuelve con acierto la Sentencia objeto de comentario.

La complejidad de la regulación del sector de la energía eléctrica ha precisado una sistematización[2], y se corresponde con un entramado de sujetos y funciones que ha sido calificado de «arquitectura»[3].

De un lado, la legislación del sector eléctrico que establece las funciones de cada uno de los operadores que intervienen en el sistema eléctrico (productores, transportistas, distribuidores y comercializadores) es una normativa de Derecho público que regula la prestación de un servicio de interés general, pretende liberalizar la prestación de este servicio y garantizar el suministro a una calidad establecida. La Exposición de Motivos de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, de 27 de noviembre (en adelante Ley 54/1997), lo denomina «esencial» para el funcionamiento de la sociedad por lo que, en consecuencia, su precio es un factor decisivo de la competitividad de buena parte de nuestra economía. Conviene aclarar, sin embargo, que esta normativa no regula el régimen de responsabilidad derivado del contrato de suministro entre el comercializador y el consumidor (final, industrial o profesional).

En cuanto al Derecho privado, de otro lado, la propia Ley 54/1997 dispone que las responsabilidades previstas en ella y en las normas complementarias se han de entender «sin perjuicio de las […] civiles y penales o de otro orden en que puedan incurrir las empresas titulares de actividades eléctricas o sus usuarios» (art. 59.2 Ley 54/1997, equivalente al artículo 71.1 de la vigente Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector eléctrico, en adelante Ley 24/2013, *BOE*, núm. 310, de 27 de diciembre de 2013). En consecuencia, los supuestos relativos a incumplimiento del suministro de la energía eléctrica podrán dar lugar a las sanciones administrativas que correspondan y a la consiguiente responsabilidad contractual (Código Civil) allí donde proceda. Además, sin perjuicio de estas responsabilidades, puede resultar aplicable la responsabilidad civil por producto defectuoso[4] que es compatible con aquellas (arts. 128 a 146 del Texto refundido de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias de 2007, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, en adelante TRLGDCU).

En el ámbito del Derecho privado, la determinación de la norma aplicable, Código Civil o TRLGDCU, viene dada por su ámbito subjetivo[5] por lo que nos referimos al mismo brevemente. En efecto, la condición del consumidor determina la regulación aplicable a la responsabilidad derivada del deficiente cumplimiento del contrato de suministro de energía eléctrica: consumidor final o consumidor empresario. Del TRLGDCU se afirma que se trata de un régimen de cobertura universal, pensado para dar protección y reparación a todo tipo de sujetos perjudicados por la puesta en el mercado de productos defectuosos dañinos[6]. Así se ha deducido del artículo 128.I del TRLGDCU, que habla expresamente de que: *[T]odo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios*». También implícitamente del artículo primero de la Directiva, 85/374/CEE, de 25 de julio, del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (en adelante Directiva 85/374)[7], donde se establece que «*[E]l productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos*». No obstante la regulación establece una clara distinción entre daños personales y daños materiales con una diferente cobertura personal (art. 129 TRLGDCU y art. 9 de la Directiva).

En el caso de los daños personales el ámbito tutelar efectivamente es universal, de modo que comprende a todo tipo de sujetos perjudicados, ya sean profesionales o consumidores. Así se deduce tanto del artículo 9 de la Directiva 85/374/CEE, como del artículo 129 TRLGDCU.

Respecto a los daños materiales, sin embargo, no sucede lo mismo pues la tutela reparadora está referida implícitamente solo a los consumidores[8], además de establecerse otro tipo de restricciones. Los mismos preceptos antes citados establecen por un lado, que los daños materiales cubiertos tendrán que afectar a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y que con esa finalidad hayan sido utilizados principalmente. Si se dan estos requisitos parece claro que la norma está excluyendo de su ámbito de protección a los empresarios o profesionales. A pesar de ello, y en relación al producto de la electricidad, se han dictado numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales en las que se resuelve a favor de dichos profesionales.

En el caso de las personas jurídicas como posibles sujetos protegidos por los daños materiales, serán aplicables los mismos argumentos por lo que están excluidas del ámbito subjetivo. El perjudicado parece que debe ser siempre una persona física, porque difícilmente cabe hablar en sentido estricto de una

utilización de un bien para uso o consumo privado por parte de una persona jurídica titular de una empresa, porque las empresas por definición no consumen sino que producen y transforman en sus procesos productivos los diferentes bienes o materias primas que adquieren. No obstante, las Audiencias Provinciales reinciden en este tipo de aseveraciones a favor de las personas jurídicas, que pudieran ser a veces bien intencionadas a pesar de estar guiadas por un excesivo paternalismo tutelar, pero que no parecen justificadas en ningún caso por razones normativas. Con toda claridad la norma habla de uso o consumo privado, esto es, consumo doméstico o familiar, lo que significa la exclusión del uso empresarial o profesional[9].

Precisamente, el interés en enfatizar que dicha normativa no es aplicada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de octubre de 2016 estriba en las numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales que han admitido a los profesionales como sujetos protegidos[10].

Directamente relacionado con el ámbito subjetivo se encuentran la cobertura y reparación de los daños materiales. Como se ha señalado anteriormente, el artículo 129 TRLGDCU, al igual que el artículo 9 de la Directiva 85/374/CEE, establece dos requisitos para aplicar dicha cobertura. Por un lado un requisito objetivo, que exige que se trate de daños producidos en bienes objetivamente destinados al uso o consumo privados. Y por otro, un requisito subjetivo, que hayan sido utilizados principalmente en tal sentido, esto es, en el ámbito doméstico o familiar. De este modo, nos encontramos que esta norma produce dos tipos de exclusiones. Por un lado, los daños producidos a los bienes que podemos catalogar como bienes industriales o empresariales, esto es, bienes que objetivamente o normalmente no están destinados al uso o consumo privado. Caso, por ejemplo, dentro de los daños derivados por la electricidad. Por otro, según el requisito de carácter subjetivo, en el caso de bienes que podemos calificar de doble uso, empresarial o profesional y doméstico, no serán objeto de reparación los daños producidos en aquellos bienes que sean utilizados principalmente con una finalidad empresarial o profesional.

La razón que se aduce para estos dos tipos de exclusiones, bien por su naturaleza o bien por su uso no doméstico, es la delimitación de los diferentes ámbitos normativos. Se quiere reservar el régimen de la responsabilidad por daños de productos defectuosos para los sujetos más débiles que son, por lo general, los consumidores[11]. En los casos de bienes destinados por su naturaleza a la actividad empresarial o profesional, los posibles daños obedecen a muy diferentes variables que parece que deben ser asumidos y controlados por el propio empresario o profesional que es el mejor situado para tal cometido. De ahí que la solución quede remitida al correspondiente Derecho de contratos, como acontece en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2016.

En cuanto al ámbito objetivo de aplicación, la electricidad como producto y su posible defecto, requiere una especial atención más adelante al revisar, en la sentencia comentada, la doctrina jurisprudencial en torno a la obligación de responder por un suministro de calidad.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2016 (FJ 1.º.2.), la condición de empresario del sujeto que contrata y sufre el suministro defectuoso de energía eléctrica ha supuesto que la controversia se resuelva en el estricto ámbito civil y contractual del mismo modo que sucede en las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Vizcaya, Sección Tercera, núm. 323/2015, de 21 de octubre de 2015, *JUR* 2015, 301066; de Granada núm. 296/2009, Sección Quinta, de 26 de junio de 2009, *AC* 2009, 1469, y de 22 de septiembre de 2006, *JUR*

2007, 129286), sin considerar la aplicación del régimen de la responsabilidad por producto defectuoso.

Una vez expuestos los argumentos por los cuales no ha de aplicarse la protección prevista en el TRLGDCU a supuestos en los que el consumidor de energía es un empresario o profesional, es preciso centrarse la distinción entre las normas de Derecho público y de Derecho privado aplicadas en la STS de 24 de octubre de 2016 pues, estando ambas conectadas, regulan diferentes esferas del suministro eléctrico.

Como punto de partida, los principios de libertad de elección del suministrador y libertad de contratación de energía eléctrica, imperan tras la liberalización de la actividad de la comercialización de dicha energía. Como consecuencia de ello, las relaciones entre los consumidores y las comercializadoras se rigen conforme a la autonomía privada de contratación, no en vano se trata de contratos no regulados que son sometidos a condiciones generales de la contratación.

Sumado a lo anterior, y como límites de la voluntad privada, se ha de destacar de un lado, el carácter imperativo de la regulación especial del sector eléctrico que incide en todas y cada una de las fases del contrato y, de otro, la normativa general de protección a los consumidores. En ambas regulaciones, se consagra el derecho de información del consumidor, adquiriendo este derecho una función especial como instrumento orientado a la consecución de la liberalización del sector eléctrico lo que implica, desde la perspectiva de los consumidores de energía, libertad de elección de suministrador y libertad de contratación.

A) Normativa de Derecho privado

a) La responsabilidad del comercializador derivada del contrato de suministro de energía eléctrica

En su Sentencia, el Tribunal Supremo aclara que la relación que vincula al comercializador y al consumidor es la propia del contrato de suministro, por lo que la responsabilidad derivada del mismo es de naturaleza contractual y, por ello, se rige por el Código Civil. Conforme a la misma, se impone al deudor comercializador la obligación de responder del incumplimiento o cumplimiento «*defectuoso de la prestación*» (arts. 1088, 1091, 1100, 1101, 1103, 1104, 1106, 1108, 1254 y 1258 del Código Civil).

El nuevo marco jurídico de la distribución y comercialización de energía eléctrica adopta como principio la libertad de contratación y de elección del suministrador. En efecto, la liberalización del segmento minorista supone el desarrollo de la actividad de la comercialización como diferenciada de la distribución. En concordancia con lo anterior, se establece la separación jurídica de las actividades reguladas y no reguladas y, en particular, entre la distribución y la comercialización (art. 14 Ley 54/1997). Las sociedades que lleven a cabo la actividad de distribución (o cualquier otra actividad regulada) deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de la misma, sin perjuicio de la posibilidad de venta a consumidores.

No obstante, la separación por la ley de las funciones de distribución de energía eléctrica y su comercialización, no implica que la comercializadora carezca de toda responsabilidad frente a la otra parte contratante en lo atinente a las obligaciones contraídas en el contrato. En consecuencia, se ha de distinguir de un lado, las relaciones que puedan existir entre el distribuidor y el comercia-

lizador y, de otro, las relaciones entre el comercializador y el consumidor. En este sentido, las primeras no deben afectar a las segundas como se ha declarado en numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales[12], pues al consumidor contratante de energía «no deben importarle las relaciones de la comercializadora con la distribuidora» desde el momento en que tiene contratado un servicio con la entidad a la que demanda por deficiencias de ese servicio.

b) La obligación contractual del comercializador de responder como «vendedor» de energía

Recuerda el Tribunal Supremo que el artículo 9 de la Ley 54/1997 atribuye a la comercializadora la función de la «venta de energía eléctrica a los consumidores o usuarios, sin ambages y de un modo directo», como bien resalta la sentencia de la Audiencia. En consecuencia, la obligación contractual asumida implica la de entrega de la energía al usuario en estado adecuado para su uso. Como hemos indicado, en el cumplimiento de esta obligación no ha de influir las relaciones establecidas entre el comercializador y el distribuidor. En otras palabras, frente al usuario ha de ser irrelevante el modo en que el comercializador accede a la electricidad y las relaciones internas entre comercializador y distribuidor porque el consumidor no es parte en las mismas.

En suma, el comercializador ha de responder como vendedor de energía frente al consumidor contratante del suministro, y ello con independencia de quien sea el proveedor de la energía en el mercado mayorista y de quien sea el titular de las redes de transporte y distribución por las que circula esta energía. En torno al contrato de suministro y aplicación al mismo de las normas sobre el contrato de compraventa se ha pronunciado la jurisprudencia[13] al declarar que sobre el vendedor (en nuestro caso, comercializador de energía eléctrica) pesa la obligación de responder de la cosa vendida (energía).

c) Doctrina jurisprudencial en torno a la obligación de responder por un suministro de calidad

El Tribunal Supremo en la sentencia comentada destaca la necesidad de proteger la «expectativa razonable del consumidor» a recibir un suministro eléctrico de calidad conforme a las exigencias de la buena fe. Para ello, el Tribunal declara que la responsabilidad contractual del comercializador deriva también del principio de buena fe que integra la relación contractual (arts. 1258 del Código Civil y 6102 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, en adelante, PECL).

En concreto, el Tribunal declara que junto a la aplicación de nuestro Código Civil, tanto con relación a la responsabilidad por el incumplimiento obligacional y la consecuente indemnización de los daños y perjuicios derivados, ha de aplicarse en la interpretación e integración del contrato a tenor del principio de la buena fe contractual, especialmente con relación a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y la proyección de la buena fe como fuente de integración del contrato. Dicho principio no solo sanciona, entre otros extremos, todos aquellos comportamientos que en la ejecución del contrato resulten contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida respecto de lo acordado y la confianza que razonablemente derivó de dicho acuerdo, sino que también colma aquellas lagunas que pueda presentar la reglamentación contractual de las partes con relación

a la debida ejecución y cumplimiento del contrato celebrado (entre otras, SSTS núms. 419/2015, de 20 de julio de y 254/2016, de 19 de abril).

Para el Tribunal, no cabe duda de que la comercializadora, como suministradora, se vinculó contractualmente a una obligación de suministro de energía conforme a unos estándares de calidad y continuidad del suministro (cláusula 1.1 del contrato). Del mismo modo que se reservó, como condición suspensiva del contrato, una facultad de control acerca de la adecuación de las instalaciones del cliente para que dicha energía pudiera ser suministrada (cláusula 1.4 del contrato). Por su parte, el cliente accedió a dicha contratación confiado en que del contrato suscrito podría razonablemente esperar, a cambio del precio estipulado, que la comercializadora respondiera de su obligación, no como una mera intermediaria sin vinculación directa, sino que cumpliese con las expectativas de «todo aquello que cabía esperar» de un modo razonable y de buena fe, con arreglo a la naturaleza y características del contrato celebrado. Integración contractual, con base al principio de buena fe, que también viene contemplada en el artículo 6:102 de los PECL. Asimismo, el Tribunal señala que tampoco puede concebirse como caso fortuito exonerador de responsabilidad (art. 1105 del Código Civil) un suceso que cae dentro de la esfera de control de riesgo a cargo del deudor, y al que es ajeno el cliente o consumidor.

En suma, la buena fe actúa como principio general que configura la relación contractual y que obliga a proteger la confianza que el consumidor ha depositado en el comercializador con quien ha contratado en un mercado en competencia, en el que podría haber elegido a otro suministrador y del que, razonablemente, cabe esperar que ofrezca el suministro en las condiciones de calidad y continuidad estipuladas.

Claramente, las interrupciones de suministro eléctrico constituyen un cumplimiento defectuoso y causa de los daños sufridos por el consumidor que son imputables al distribuidor. En este caso, de daños no imputables al comercializador sino a terceros por los que debe responder o que están en la esfera de riesgo que debe soportar, sucede que el comercializador debe asumir la responsabilidad frente al consumidor (doméstico, profesional o industrial) en su condición de deudor de la obligación.

Las interrupciones de suministro eléctrico constituyen un supuesto de deficiente calidad de suministro que ha sido abordado desde la perspectiva de «la electricidad como producto defectuoso»[14] en el ámbito de la responsabilidad civil del fabricante. Se nos dice, sin perjuicio de la necesaria distinción entre generación y distribución de la electricidad, la calidad de la electricidad, y por tanto también su posible defectuosidad generadora de daños hay que buscarla en la distribución de la misma, porque al no ser la electricidad un producto tangible, analizable, almacenable ni comparable, no cabe verificarla sobre el producto mismo. Y dicha calidad o defectuosidad se controla mediante la normalización del suministro, con el establecimiento de reglas que fijan los niveles, parámetros básicos, forma de onda, interrupciones, etc. La Ley 54/1997 estableció los umbrales mínimos de calidad, que a su vez se concretan reglamentariamente. El incumplimiento de estos umbrales mínimos dará lugar a las sanciones administrativas que correspondan y a la responsabilidad contractual allí donde proceda, y en los casos en que resulte de aplicación, la responsabilidad civil por producto defectuoso. Cualquiera que sea el régimen de responsabilidad aplicable, estamos ante un producto eléctrico desde el mismo momento en que es puesto a disposición del usuario o consumidor el suministro de dicho producto. Y parece que debe ser así por razones teleológicas, porque dada la intangibilidad del producto,

es lo que mejor satisface la finalidad de la norma, como es proteger y facilitar la reparación de los daños a los perjudicados por el suministro eléctrico.

B) Normativa de Derecho público

Entre las cuestiones reguladas por la normativa sectorial de Derecho Público relacionadas con la responsabilidad por incumplimiento de la calidad del suministro, y sobre las que la STS de 24 de octubre de 2016 tiene ocasión de pronunciarse, se encuentran tres: a) la relación existente entre el comercializador y el distribuidor de energía eléctrica; b) la responsabilidad derivada del suministro de energía eléctrica frente al consumidor que no es exclusiva del comercializador, ni excluyente del distribuidor en la vía de regreso; y c) la responsabilidad del distribuidor por la calidad del suministro en vía administrativa.

a) La relación existente entre el comercializador y el distribuidor de energía eléctrica

Con motivo de la reforma proyectada del sector eléctrico, se planteó la discusión en torno a la existencia de la relación entre el comercializador y el distribuidor de energía eléctrica y su naturaleza. En el proyecto de reforma, el artículo 98, regulador de las reclamaciones, se presentaba como el precepto que más consecuencias tendría en su aplicación práctica y que resolvería muchos interrogantes que surgen en las relaciones entre los operadores del mercado eléctrico y entre estos y el consumidor[15], tras la liberalización del sector. El citado precepto dispone que todas las reclamaciones de los consumidores deben ser presentadas, cualquiera que sea su objeto, ante la empresa comercializadora. De esta forma, se contempla un régimen de responsabilidad directa y exclusiva de la comercializadora frente al consumidor, que viene a reforzar el criterio que los jueces y tribunales estaban aplicando. De la letra del citado precepto se deduce, por tanto, que el consumidor eléctrico únicamente tiene vínculo contractual con el comercializador; ante quien siempre debe reclamar, obviándose así la relación contractual existente entre la empresa distribuidora y el consumidor, a pesar de que tanto en el nacimiento de esta como en su desenvolvimiento, actúe la empresa comercializadora como mandatario del consumidor.

En suma, las dos conclusiones importantes para el funcionamiento del mercado eléctrico y, en particular, para el consumidor son, primera, que la responsabilidad directa frente al consumidor la tiene siempre la empresa comercializadora; y segunda, la empresa comercializadora podrá repercutir a la distribuidora el importe de los daños con el que indemnice al consumidor, siempre que el objeto de la reclamación guarde relación, entre otras cosas, con la calidad del suministro de energía eléctrica. Este precepto ha normativizado el criterio que, al tiempo de la reforma, se imponía entre los jueces de proteger al consumidor, haciendo siempre responsable frente a este a la empresa comercializadora, con independencia de que tenga o no relación con los hechos. Sin duda, se trata de un precepto clarificador de la posición del consumidor en el mercado eléctrico.

Como consecuencia de todo ello, y a la luz de la reforma ya operada, en la sentencia aquí comentada se desestima el argumento de la aseguradora subrogada en la posición del consumidor de negar la existencia de relación contractual entre el consumidor y el distribuidor porque la relación existe necesariamente. Es el

distribuidor quien facilita al consumidor el acceso a la red eléctrica, remunerado mediante los peajes de acceso abonados, bien directamente al distribuidor, bien al comercializador, que los reintegrará al distribuidor. Cuestión distinta es que, además, exista una relación comercial.

En la actualidad y gracias a la liberalización, el consumidor de energía eléctrica puede optar entre contratar el acceso a la red directamente con el distribuidor y el suministro con el comercializador o contratarlo todo (acceso y suministro) con el comercializador (art. 40.2*i*, *j* de la Ley 24/2013; art. 44.2*a* de la Ley 54/1997, y art. 3.2 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, que regula las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, en adelante Real Decreto 1435/2002). En cuanto a la formalización de contratos de tarifas de acceso, reza el artículo 3 del Real Decreto 1435/2002 que «*El consumidor puede optar por contratar directamente el acceso a las redes con el distribuidor y la energía con un comercializador o por contratar la energía y el acceso a las redes a través de un comercializador*».

A la vista de esa previsión normativa, se plantea una cuestión que ninguna de las normas aplicables en el sector eléctrico español es capaz de resolver en el panorama legislativo actual: ¿Quién celebra el contrato de acceso a las redes o contrato ATR con la empresa distribuidora, necesario para suscribir el correspondiente contrato de suministro eléctrico, cuando el consumidor opta por que la gestión la efectúa la empresa comercializadora? ¿Contrata el acceso a la red de distribución el consumidor a través de su empresa comercializadora o contrata directamente la empresa comercializadora con la distribuidora, sin que de esa relación jurídica surjan derechos ni obligaciones para el consumidor final?

De la respuesta a ese interrogante surgen, sin duda alguna, múltiples cuestiones prácticas problemáticas, que suponen una gran inseguridad jurídica desde la perspectiva del consumidor eléctrico, al carecer este último de certeza sobre los sujetos del mercado eléctrico a los que debe dirigir sus consultas, quejas, reclamaciones o demandas judiciales.

Del mismo modo, no es posible esclarecer, a la luz de la normativa vigente, los respectivos ámbitos de responsabilidad de las empresas comercializadoras y distribuidoras de energía frente al consumidor final, siendo así que las diferentes instancias administrativas y judiciales vienen considerando que siempre responde ante el consumidor eléctrico la empresa comercializadora, por la relación jurídica directa existente entre ambas partes. Sin embargo, esas instancias no parece que tomen en consideración el hecho cierto de que el mismo consumidor habrá encargado a su empresa comercializadora, como requisito previo e imprescindible de la relación directa con esta última, la celebración de un contrato de acceso, en su nombre y para su punto de suministro en concreto, con la empresa propietaria de la red de distribución en el concreto ámbito territorial de que se trate.

Por ello, en la situación actual, resulta complicada la repercusión de responsabilidades de la empresa comercializadora a la distribuidora, quedando obligada la primera a responder siempre ante el consumidor final. Y de ahí la importancia de la STS de 24 de octubre de 2016 que comentamos.

La naturaleza de la relación que vincula al comercializador con el consumidor ha de situarse en el ámbito de la representación bien directa, bien indirecta, y ha sido calificada como mandato o como sustitución[16], ocupando en ambos supuestos el comercializador la posición del consumidor respecto del distribuidor. El artículo 3 del Real Decreto 1435/2002 prevé que los consumidores cuando opten por contratar la energía y el acceso a las redes a través de un comercializador, deben contar con dos posibilidades a su elección; la primera, que confieran un

mandato al citado comercializador para que este contrate con el distribuidor el acceso a las redes en cuanto mandatario de los consumidores, opción que en la práctica ofrece dificultades como hemos indicado[17] (el art. 3.2 del Real Decreto 1435/2002 establece una relación de mandato entre consumidor y comercializador, a través de la representación directa, en la que el comercializador hace constar su condición de representante); y la segunda, que contraten el suministro de energía con los comercializadores como un todo esto es, incluyendo el tránsito por las redes que los comercializadores pueden, a su vez, contratar con los distribuidores en nombre propio. El artículo 3.3 del Real Decreto 1435/2002 configura al comercializador como «sustituto» del consumidor en el contrato de acceso suscrito con el distribuidor ocupando, en consecuencia, la posición del consumidor. Se trata de una representación indirecta toda vez que el comercializador actúa en su propio nombre con efectos para otro que es el comercializador.

Sobre la figura del «sustituto» del consumidor, atribuida al comercializador, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de junio de 2004 *(RJ* 2004, 6502), donde afirma que esta es una noción de contornos no demasiado precisos que «puede contemplarse o bien desde la perspectiva fiscal (a efectos del pago y ulterior repercusión del IVA correspondiente a la factura del peaje de acceso, por ejemplo) o bien desde la perspectiva meramente civil o mercantil, bajo cuyo prisma realmente la "sustitución" poco añade al "mandato", en el que el mandante es sustituido por el mandatario».

En cualquiera de los casos, ya sea por vía de mandato o de sustitución, el comercializador ocupa respecto al distribuidor la posición del consumidor, lo que significa que el comercializador se subroga en la posición del consumidor, pudiendo exigir al distribuidor responsabilidad por las deficiencias de calidad del suministro, tanto en vía de regreso, si ha respondido frente al consumidor, como de modo directo y por daños propios[18].

En fin, el propio artículo 3.3.II del Real Decreto 1435/2002 confirma la necesaria existencia de una suerte de relación entre el consumidor y el distribuidor al disponer que, en el caso de contratar el consumidor el acceso directamente con el distribuidor, o de contratarlo a través del comercializador, el distribuidor mantendrá con el consumidor todas las obligaciones relativas al contrato de acceso y, en caso de rescisión del contrato entre el comercializador y el consumidor, este será el titular del depósito de garantía, así como de cualquier otro derecho asociado a la instalación, sin que pueda ser exigible, por parte del distribuidor, actualización alguna con motivo de la renovación contractual.

b) La responsabilidad derivada del suministro de energía eléctrica frente al consumidor no es exclusiva del comercializador, ni excluyente del distribuidor en la vía de regreso

Acreditada la relación existente entre distribuidor y comercializador es preciso aclarar la responsabilidad respectiva y, a tal fin, dos son argumentos que fundamentan la responsabilidad del comercializador por el suministro frente al consumidor que encuentran acomodo en el artículo 48 LSE 54/1997: La normativa sectorial de energía eléctrica primero, no libera al comercializador de su obligación de responder de la calidad del suministro y, segundo, obliga al comercializador a compensar por medio de la factura del suministro las deficiencias de calidad.

La Ley impone a los comercializadores la obligación de llevar a cabo el suministro de energía eléctrica «con las características y continuidad que

reglamentariamente se determinen» (art. 48 de la Ley 54/1997, equivalente al vigente art. 51 de la Ley 24/2013). Dicho precepto de manera clara añade «las empresas eléctricas y, en particular, las distribuidoras y comercializadoras promoverán la incorporación de tecnologías avanzadas en la medición y para el control de la calidad del suministro eléctrico», lo que permite deducir la existencia de una responsabilidad que han de compartir el distribuidor y el comercializador[19].

En segundo lugar, el artículo 48.4 de la Ley 54/1997 facilita otro argumento aplicado por la jurisprudencia menor y al que recurre la doctrina[20] conforme al cual, el comercializador está obligado por la legislación sectorial a compensar por medio de la factura del suministro las deficiencias de calidad (arts. 48.4 de la Ley 54/1997 y 51.5 de la Ley 24/2013). El derecho imperativo del sector eléctrico ha querido que fuese el comercializador quien responda ante el consumidor, independientemente de la acción de regreso frente al distribuidor, pues en caso de interrupción del suministro o de deficiencias de calidad, la regulación prevé compensaciones en la factura. Poco importa que el responsable de la interrupción sea el distribuidor, el regulador hace recaer en el comercializador la responsabilidad frente al consumidor porque es él quien mantiene la relación contractual con el comercializador, pues el distribuidor no factura al cliente en general. En caso de interrupción o carencias de calidad, el comercializador realizará las oportunas compensaciones en la factura y repetirá en vía de regreso contra el distribuidor.

Agregado a lo anterior, en la Sentencia comentada el Tribunal Supremo declara que la decisión en el recurso (limitada a la legitimación pasiva de las comercializadoras) no debe interpretarse como una exoneración de las empresas distribuidoras frente a las posibles reclamaciones de los consumidores. De este modo, el Tribunal Supremo aclara que la responsabilidad por la calidad del suministro no es exclusiva del comercializador, no en vano responde en las relaciones internas con el comercializador, es decir, en vía de regreso. Él es el principal obligado a preservar la calidad del suministro y él es quien ostenta el control sobre las redes de distribución que permiten mejorar la calidad (arts. 48 de la Ley 54/1997 y 51 de la Ley 24/2013). El comercializador que responde frente al consumidor por la mala calidad del suministro puede exigir responsabilidad al distribuidor si le es imputable a él la interrupción del suministro o su mala calidad por los denominados «picos de tensión». En el mismo sentido se han pronunciado numerosas sentencias de las audiencias provinciales acerca de la responsabilidad del distribuidor[21].

c) La responsabilidad del distribuidor por la calidad deficiente del suministro en vía administrativa

Agregado a la responsabilidad contractual (y a la responsabilidad del fabricante por producto defectuoso cuando resulte aplicable), la ley consagra la responsabilidad del distribuidor en vía administrativa por la deficiente calidad del suministro. En este sentido, la normativa sectorial impone la obligación de garantizar la calidad del suministro y, conforme a la misma, el distribuidor podrá ser sancionado por la Administración competente si el suministro se interrumpe injustificadamente o si este no es de la calidad exigida (arts. 59 y sigs. de la Ley 54/1997 en relación con el art. 45 de la misma norma), como tiene declarado la jurisprudencia menor[22].

III. DEBER DE INFORMACIÓN

En todos los sectores implicados, se ha señalado la preocupación en torno al cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa comunitaria en defensa de los intereses de los consumidores, a la hora de ofrecer la información necesaria previa a la formalización del contrato de energía eléctrica, y de manera particular por las comercializadoras.

Desde la perspectiva del derecho de información del consumidor del sector eléctrico, este consiste en poner a disposición de los consumidores toda la información necesaria relativa a sus derechos, a la legislación en vigor y a las vías de solución de conflictos de que disponen en caso de litigio[23]. A modo de ejemplo, destaca el artículo 45.1 de la Ley 54/1997 que impone una serie de obligaciones de información a las comercializadoras.

Las relaciones entre los consumidores y las comercializadoras de energía eléctrica han de regirse por la autonomía privada de la contratación, no en vano se trata de contratos no regulados y sometidos a condiciones generales de la contratación. Como límites de dicha autonomía, se ha de destacar, de un lado, el carácter imperativo de la regulación sectorial de energía eléctrica que incide en todas y cada una de las fases del contrato y, de otro, la normativa general de protección a los consumidores. En ambas regulaciones, se consagra el derecho de información del consumidor, adquiriendo una función especial como instrumento orientado a la consecución de la liberalización del sector eléctrico[24].

Precisamente por su función, entiendo que el derecho de información, consagrado en las normas imperativas de Derecho público reguladoras del sector eléctrico, debería orientar el comportamiento de los distribuidores y comercializadores de energía eléctrica frente al consumidor sea este empresario —protegido por el Derecho de contratos previsto en el Código Civil y el principio de buena fe—, sea «consumidor final» —tutelado por las normas de responsabilidad civil del fabricante—. A mi entender, los distribuidores y comercializadores deben cumplir de manera efectiva la obligación de informar con claridad en sus relaciones de suministro de energía eléctrica acerca de las respectivas responsabilidades, ahora en los términos confirmados por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de octubre de 2016.

IV. CONCLUSIÓN

Con posterioridad a la armonización positiva llevada a cabo por el legislador comunitario y la liberalización del sector eléctrico en España, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2016 resuelve, por primera vez, la falta de seguridad jurídica de los operadores del sector eléctrico en general y de los consumidores en particular.

Resulta claro que no es posible declarar la exclusiva responsabilidad por suministro deficiente de energía eléctrica del distribuidor sino que, conforme al régimen de responsabilidad contractual por los daños y perjuicios, el comercializador responde frente a los consumidores sin perjuicio de la acción de repetición contra el distribuidor. Frente al consumidor en su acepción amplia —doméstico, profesional o industrial—, responde el comercializador. En cualquier caso, el distribuidor también responderá directamente frente al consumidor si ha contratado el acceso expresamente con él, así como frente al comercializador, por los daños que le haya ocasionado, independientemente de los causados al consumidor.

La Sentencia del Tribunal Supremo permite poner fin a las discrepancias en la jurisprudencia menor que deben quedar superadas y, en adelante, no habrán de prosperar los pronunciamientos que exoneren a las comercializadoras de la responsabilidad por la deficiente calidad del suministro eléctrico, haciéndola recaer sobre las empresas distribuidoras en exclusiva.

Sumado a lo anterior, el derecho de información, consagrado en las normas imperativas de Derecho público reguladoras del sector eléctrico, ha de orientar el comportamiento de los distribuidores y comercializadores de energía eléctrica frente al consumidor sea este empresario —protegido por el Derecho de contratos previsto en el Código Civil y el principio de buena fe—, sea «consumidor final» —tutelado por las normas de responsabilidad civil del fabricante—. A mi entender, los distribuidores y comercializadores deben cumplir de manera efectiva la obligación de informar con claridad en sus relaciones de suministro de energía eléctrica acerca de las respectivas responsabilidades, ahora en los términos confirmados por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de octubre de 2016.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 29 de junio de 2004.
- STS de 20 de julio de 2015.
- STS de 19 de abril de 2016.
- STS de 24 de octubre de 2016.
- SAP de Pontevedra de 11 de octubre de 2002.
- SAP de Salamanca de 3 de octubre de 2003.
- SAP de Valencia, Sección Undécima, núm. 462/2005, de 14 de julio de 2005 *(JUR* 2005, 276410).
- SAP de Sevilla de 15 de mayo de 2006.
- SAP de Granada de 22 de septiembre de 2006, *JUR* 2007, 129286.
- SAP de Barcelona de 15 de enero de 2007.
- SAP de Madrid, Sección Decimotercera, de fecha 16 de enero de 2007.
- SAP de Baleares de 16 de junio de 2007.
- SAP de Madrid de 19 de junio de 2007.
- SAP de Cádiz de 28 de noviembre de 2008.
- SAP de Cádiz, de 15 de diciembre de 2008.
- SAP de Valencia, Sección Octava, de 27 de enero de 2009.
- SAP de Granada, núm. 296/2009, Sección Quinta, de 26 de junio de 2009, *AC* 2009, 1469.
- SAP de Madrid, Sección 25.ª, de 3 de abril de 2009.
- SAP de Alicante de 14 de abril de 2009.
- SAP de Tenerife, Sección Tercera, núm. 403/2009, de 23 de octubre de 2009 *(JUR* 2010, 79014).
- SAP de Asturias, Sección Primera, de 29 de octubre de 2009.
- SAP de Valladolid, Sección Tercera, de 18 de febrero de 2010. SAP de León, Sección Primera, de 11 de marzo de 2010.
- SAP de Madrid, núm. 149/2010, Sección Vigesimoprimera, de 30 de marzo de 2010 *(JUR* 2010, 205155).
- SAP de A Coruña, Sección Cuarta, núm. 156/2010, de 31 de marzo de 2010 *(JUR* 2010, 243691).
- SAP de Madrid, Sección 12.ª, de 27 de abril de 2010.

- SAP de Madrid, núm. 529/2010, Sección Undécima, de 27 de mayo de 2010 *(JUR* 2010, 305483).
- SAP de Murcia, núm. 245/2010, Sección Quinta, de 27 de julio de 2010 *(JUR* 2010, 344541).
- SAP de Madrid, Sección 25, de 22 de noviembre de 2010.
- SAP de Barcelona, Sección Primera, de 13 de septiembre de 2011.
- SAP de Baleares, Sección Tercera, de 25 de noviembre de 2011.
- SAP de Alicante, Sección Novena, de 23 de diciembre de 2011 *(JUR* 2012, 75137).
- SAP de Murcia, Sección Cuarta, núm. 663/201, de 29 de diciembre de 2011 *(JUR* 2012, 29327).
- SAP de Vizcaya de 22 de marzo de 2012.
- SAP de Madrid, núm. 517/2012, Sección Décima, de 26 de septiembre de 2012 *(JUR* 2012, 360210).
- SAP de Barcelona, núm. 287/2013, Sección Decimoséptima, de 27 de junio de 2013, *(JUR* 2013, 338515).
- SAP de Madrid, núm. 456/2013, Sección Vigesimoquinta, de 8 de noviembre de 2013 *(JUR* 2014, 69030).
- SAP de Málaga, núm. 480/2014, Sección Cuarta, de 31 de octubre (*JUR* 2015, 50318).
- SAP de Lleida, Sección Segunda, núm. 551/2014, de 23 de diciembre (*JUR* 2015, 56503).
- SAP de Vizcaya, Sección Tercera, núm. 323/2015, de 21 de octubre de 2015 *(JUR* 2015, 301066).
- SAP de Ciudad Real, Sección Segunda, núm. 53/2016, de 23 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 75380).

VI. BIBLIOGRAFÍA

BARCELÓ DOMÉNECH, J., *Responsabilidad civil por daños causados en el suministro eléctrico,* Dykinson, Madrid, 2008.

CANDELARIO MACÍAS, M.ª I., La arquitectura y el despliegue del abuso de posición de dominio (el sector eléctrico), en AAVV, [Candelario Macías, M.ª I. (Dir.)], *Abuso de posición de dominio y mercado eléctrico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 45-103.

— El consumidor del mercado eléctrico: ¿estamos ante una «nueva» categoría de consumidor?, *Derecho de los Negocios,* 2013.

CREMADES-PEINADO, El consumidor de energía eléctrica, en AAVV., Becker, Cazorla, Martínez-Simancas, Sala (Dirs.), *Tratado de regulación del sector eléctrico, T. I, Aspectos jurídicos,* Cizur Menor, 2008, 581 y sigs.

DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., La normativa aplicable en la liberalización del mercado interior de la energía eléctrica, Derecho de los consumidores y Derecho de la competencia. Referencia al derecho de información, en AAVV, [Candelario Macías, M.ª I. (Dir.)], *Abuso de posición de dominio y mercado eléctrico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 105-147.

DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de daños,* Madrid, 1999.

EIZMENDI AMAYUELAS, A., El sector eléctrico desde el perspectiva del consumidor ante la reforma proyectada del 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, en AAVV, [CANDELARIO MACÍAS, M.ª I (Dir.)], *Abuso de posición de dominio y mercado eléctrico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 279-295.

GÓMEZ POMAR, F., Ámbito de protección de la responsabilidad de producto, en SALVADOR CORDECH-GÓMEZ POMAR (Editores), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante,* Cizur Menor, 2008.

MENDOZA LOSANA, A. I., Novedades en la regulación de los derechos de los consumidores y usuarios de energía eléctrica, gas, servicios de telecomunicaciones y servicios de la sociedad de la información, núm. 2, *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* 2012, 212 a 217.

— ¡No hay excusas! Los comercializadores de energía eléctrica deben indemnizar los daños ocasionados por la mala calidad del suministro, *CESCO, Publicaciones Jurídicas,* de noviembre de 2016, 21.

PAREDES PÉREZ, J. I., La tutela jurídica de los consumidores en el ámbito del derecho comunitarios. Especial referencia a la prestación de servicios en el sector eléctrico, en AAVV, [CANDELARIO MACÍAS, M.ª I. (Dir.)], *Abuso de posición de dominio y mercado eléctrico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 297-349.

RUIZ MUÑOZ, M., *Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante: (a propósito de la jurisprudencia del TJCE),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

— La electricidad como producto defectuoso, en AAVV, [CANDELARIO MACÍAS, M.ª I. (Dir.)], *Abuso de posición de dominio y mercado eléctrico,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 19-43.

SOLÉ FELIU, J., Daños causados por alteraciones del fluido eléctrico y responsabilidad por productos defectuosos (arts. 128 a 146 TRLGDCU): la electricidad como producto defectuoso y la delimitación de los sujetos responsables, *Revista CESCO,* núm. 14, 2015, 78-108.

STIGLITZ, R. S., La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo, núm. 43, *Estudios sobreconsumo,* 1997, 39 a 50.

TORAL LARA, E., Daños causados por interrupción el suministro eléctrico (1), *La Ley*, núm. 7635, 23.5.2011.

— Daños causados por interrupción del suministro eléctrico», *Práctica Derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 90, 2011, 67-87.

NOTAS

[1] *Vid.,* por todos, DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de daños,* Madrid, 1999.

[2] DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., La normativa aplicable en la liberalización del mercado interior de la energía eléctrica, Derecho de los consumidores y Derecho de la competencia. Referencia al derecho de información, en AAVV, [Candelario Macías, M.ª I. (Dir.)], *Abuso de posición de dominio y mercado eléctrico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 105-147.

[3] CANDELARIO MACÍAS, M.ª I., La arquitectura y el despliegue del abuso de posición de dominio (el sector eléctrico), en AAVV, [Candelario Macías, M.ª I. (Dir.)], *Abuso de posición de dominio y mercado eléctrico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 45-103.

[4] *Vid.,* SOLÉ FELIU, J., Daños causados por alteraciones del fluido eléctrico y responsabilidad por productos defectuosos (arts. 128 a 146 TRLGDCU): la electricidad como producto defectuoso y la delimitación de los sujetos responsables, *Revista CESCO,* núm. 14, 2015, 78-108. Una panorámica en general de esta responsabilidad civil en RUIZ MUÑOZ, M., *Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante: (a propósito de la jurisprudencia del TJCE),* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

[5] *Vid.,* CREMADES-PEINADO, El consumidor de energía eléctrica, en AAVV, Becker, Cazorla, Martínez-Simancas, Sala (Dirs.), *Tratado de regulación del sector eléctrico*, T. I, Aspectos

jurídicos, Cizur Menor, 2008, 581 y sigs. En torno al concepto objetivo de consumidor, *vid.,* PAREDES PÉREZ, J. I., La tutela jurídica de los consumidores en el ámbito del derecho comunitario. Especial referencia a la prestación de servicios en el sector eléctrico, en AAVV, [Candelario Macías, M.ª I. (Dir.)], *Abuso de posición de dominio y mercado eléctrico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 297-349, 324-329.

[6] Se trata del denominado *bystander,* la persona extraña o no vinculada a la adquisición del producto que se constituye en la víctima por antonomasia digna de protección por el Derecho de la responsabilidad del producto, *vid.* GÓMEZ POMAR, F., Ámbito de protección de la responsabilidad de producto, en Salvador Cordech-Gómez Pomar (Editores), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante,* Cizur Menor, 2008, 671.

[7] Directiva, 85/374/CEE, de 25 de julio, del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DOCE L 210, 7.8.1985). Sobre los distintos fundamentos de responsabilidad de los prestadores de energía eléctrica, con mayor amplitud, *vid.,* BARCELÓ DOMÉNECH, J., *Responsabilidad civil por daños causados en el suministro eléctrico,* Dykinson, Madrid, 2008; TORAL LARA, E., Daños causados por interrupción el suministro eléctrico (1), *La Ley*, núm. 7635, 23.5.2011; TORAL LARA, E., Daños causados por interrupción del suministro eléctrico, *Práctica Derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 90 2011, 67-87.

[8] RUIZ MUÑOZ, M., La electricidad como producto defectuoso, en AAVV, [Candelario Macías, M.ª I. (Dir.)], *Abuso de posición de dominio y mercado eléctrico,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 19-43, 33.

[9] *Ibi.,* 34; GÓMEZ POMAR, F., Ámbito de protección de la responsabilidad de producto, *op. cit.,* 695-696 y 700-701.

[10] *Vid.,* en este sentido, las sentencias de la Audiencias Provinciales citadas por RUIZ MUÑOZ, M., La electricidad como producto defectuoso, *op. cit.,* y EIZMENDI AMAYUELAS, A., El sector eléctrico desde el perspectiva del consumidor ante la reforma proyectada del 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, en AAVV, [CANDELARIO MACÍAS, M.ª I. (Dir.)], *Abuso de posición de dominio y mercado eléctrico,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 19-43 y 279-295, respectivamente. Entre otras, SAP de Sevilla de 15 de mayo de 2006.

[11] RUIZ MUÑOZ, M., La electricidad como producto defectuoso, *op. cit.,* 39.

[12] La separación de funciones entre el comercializador y el distribuidor, y las relaciones entre ellos, en ningún caso han de afectar al consumidor contratante de energía que contrata su adquisición con el comercializador y, en consecuencia, es a este a quien demanda por deficiencias de ese servicio. Entre otras, así lo declaran numerosas SSAP: de Madrid, Sección Decimotercera, de fecha 16 de enero de 2007; núm. 149/2010, Sección Vigésimoprimera, de 30 de marzo de 2010 *(JUR* 2010, 205155); núm. 529/2010, Sección Undécima, de 27 de mayo de 2010 *(JUR* 2010, 305483); núm. 517/2012, Sección Décima, de 26 de septiembre de 2012 *(JUR* 2012, 360210); núm. 456/2013, Sección Vigésimoquinta, de 8 de noviembre de 2013 *(JUR* 2014, 69030); de Asturias, Sección Primera, de 29 de octubre de 2009; de Vizcaya, Sección Tercera, núm. 323/2015, de 21 de octubre de 2015 *(JUR* 2015, 301066); de Valencia, Sección Undécima, núm. 462/2005, de 14 de julio de 2005 *(JUR* 2005, 276410); de Tenerife, Sección Tercera, núm. 403/2009, de 23 de octubre de 2009 *(JUR* 2010, 79014); de A Coruña, Sección Cuarta, núm. 156/2010, de 31 de marzo de 2010 *(JUR* 2010, 243691); de Alicante, Sección Novena, de 23 de diciembre de 2011 *(JUR* 2012/75137); de Murcia, Sección Cuarta, núm. 663/201, de 29 de diciembre de 2011 *(JUR* 2012, 29327), y de Ciudad Real, Sección Segunda, núm. 53/2016, de 23 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 75380).

[13] Entre la jurisprudencia menor que ha declarado que el contrato de suministro se rige por las normas de la compraventa y, conforme a estas, el vendedor responde de la cosa vendida destacan: SSAP de Barcelona, Sección Primera, de 13 de septiembre de 2011, y núm. 287/2013, Sección Decimoséptima, de 27 de junio de 2013, *JUR* 2013, 338515; de Baleares, Sección Tercera, de 25 de noviembre de 2011; de Madrid, Sección Duodécima, de 27 de abril de 2010, y Sección Vigésimoprimera, de 30 de marzo de 2010; de León, Sección Primera, de 11 de marzo de 2010; de Granada, núm. 296/2009, Sección Quinta, de 26 de

junio de 2009, *AC* 2009, 1469; de Valladolid, Sección Tercera, de 18 de febrero de 2010, y de Valencia, Sección Octava, de 27 de enero de 2009.

[14] Por todos, RUIZ MUÑOZ, M., La electricidad como producto defectuoso, *op. cit.,* 19-43. En el ámbito de la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos, la norma española no aclara en qué momento o en qué casos la electricidad debe ser considerada como un producto o como un servicio. Tampoco los tribunales de justicia han desarrollado un criterio claro al respecto, como lo prueba la disparidad de criterios judiciales. A título de ejemplo, se encuentran las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 15 de diciembre de 2008, y la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de abril de 2009, donde un problema de interrupción de suministro eléctrico la primera lo califica de producto y la segunda de servicio. Con todo no cabe duda de que la electricidad a pesar de ser un intangible es un producto a los efectos de exigir la responsabilidad.

[15] EIZMENDI AMAYUELAS, A., El sector eléctrico desde el perspectiva del consumidor ante la reforma proyectada del 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, *op. cit.,* 294 y 295.

[16] En estos términos y referido a la reforma proyectada se refería EIZMENDI AMAYUELAS, A., *op. cit.,* 265. Refiriéndose a la norma vigente MENDOZA LOSANA, A. I., ¡No hay excusas! Los comercializadores de energía eléctrica deben indemnizar los daños ocasionados por la mala calidad del suministro, *CESCO, Publicaciones Jurídicas,* de noviembre de 2016, 21, 19; con anterioridad, MENDOZA LOSANA, A. I., Novedades en la regulación de los derechos de los consumidores y usuarios de energía eléctrica, gas, servicios de telecomunicaciones y servicios de la sociedad de la información, núm. 2, *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* 2012, 212 a 217.

[17] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera *(RJ* 2004/6502), relativa a la solicitud de declaración de nulidad del precepto reglamentario por vulnerar diversos preceptos legales.

[18] Entre los daños derivados de la deficiente calidad del suministro eléctrico destacan los relativos a la reputación o prestigio comercial ocasionados al comercializador.

[19] En aplicación del artículo 48 de la Ley 54/1997, y la promoción de la incorporación de tecnologías avanzadas en la medición y para el control de la calidad del suministro eléctrico por las distribuidoras y comercializadoras destacan, entre otras, sentencias de las Audiencias Provinciales como las de Vizcaya, Sección Tercera, núm. 323/2015, de 21 de octubre de 2015, *JUR* 2015, 301066, y de Granada, Sección Quinta, núm. 296/2009, de 26 de junio de 2009, *AC* 2009, 1469.

[20] Entre otros, MENDOZA LOSANA y EIZMENDI AMAYUELAS.

[21] Entre las Sentencias de las Audiencias Provinciales destacan la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Cuarta, núm. 663/2011, de 29 de diciembre de 2011 *(JUR* 2012, 29327) y núm. 245/2010, Sección Quinta, de 27 de julio de 2010 *(JUR* 2010, 344541); de Lleida, Sección Segunda, núm. 551/2014, de 23 de diciembre (*JUR* 2015, 56503) y otras citadas por ella; de Málaga, Sección Cuarta, núm. 480/2014, de 31 de octubre (*JUR* 2015, 50318).

[22] El carácter imperativo de la responsabilidad en vía administrativa del distribuidor por la deficiente calidad del suministro se pone de manifiesto en algunas Sentencias de las Audiencias Provinciales como la de Vizcaya, Sección Tercera, núm. 323/2015, de 21 de octubre de 2015 *(JUR* 2015, 301066, FJ 2.º), que a su vez cita otras, como la de 22 de marzo de 2012, de la misma sección, y la de la Audiencia Provincial de Valladolid de 18 de febrero de 2010.

[23] STIGLITZ, R.S., La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo, núm. 43, *Estudios sobreconsumo,* 1997, 39 a 50.

[24] DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., La normativa aplicable en la liberalización del mercado interior de la energía eléctrica, Derecho de los consumidores y Derecho de la competencia. Referencia al derecho de información, *op. cit.,* 145.

1.7. Concursal Civil

La anotación preventiva de concurso*

Pre-emptive recording of insolvency proceedings

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: En el presente artículo la autora analiza la eficacia de la anotación de concurso practicada en el folio registral de las fincas pertenecientes al concursado. Dicha anotación, que es un asiento provisional, produciría un efecto de oponibilidad frente a terceros y de cognoscibilidad legal de la situación concursal y de sus efectos sobre el patrimonio del deudor. La autora indica que la anotación preventiva de concurso tiene la finalidad de impedir el surgimiento de terceros hipotecarios mientras no se hace constar en el Registro la inscripción (definitiva) de la declaración de concurso. Pero que señalar esta finalidad no es suficiente para determinar la naturaleza de la anotación y los efectos registrales que produce en relación con actos derivados del procedimiento concursal o bien en relación con actos ajenos al procedimiento concursal, pero relativos a la finca anotada. La naturaleza jurídica de la anotación preventiva de concurso guardaría relación con la naturaleza jurídica de las limitaciones patrimoniales impuestas al concursado en el auto de declaración de concurso y que se publican mediante la anotación. En este sentido, se decanta por la consideración de tal anotación como una anotación de prohibición judicial de disponer y de administrar. Tras la determinación de su naturaleza, la autora analiza los efectos de la anotación de concurso (durante la fase común del concurso) sobre los negocios jurídicos realizados y embargos decretados antes de la declaración de concurso; los actos de disposición realizados en la fase común del concurso; las anotaciones de demanda provenientes de procedimientos diversos del concurso y las ejecuciones derivadas de embargos anotados o hipotecas inscritas antes que la anotación de concurso.

ABSTRACT: In this article, the author examines the effectiveness of the pre-emptive recording of insolvency proceedings in the registry entries for properties belonging to the insolvent party. The said pre-emptive recording, which is a provisional entry, makes the fact of said insolvency proceedings enforceable against third parties, and constitutes statutory notice of the insolvency situation and of its effects on the debtor's assets. The author indicates that the purpose of pre-emptive recording of insolvency proceedings is to block the creation of new third-party mortgagees during the period before the insolvency proceedings is (definitively) recorded at the Registry. However, indicating this purpose is not sufficient to de-

* El presente trabajo se realiza dentro del marco del Grupo de Investigación UCM, «Nuevas perspectivas del Derecho Civil», dirigido por el Prof. Dr. Luis ANGUITA VILLANUEVA.

termine the nature of the pre-emptive recording or the registry-related effects that it has in relation to actions deriving from the insolvency proceedings, or in relation to actions unrelated to the insolvency proceedings but relating to the property against which the pre-emptive recording is made. The legal nature of pre-emptive recording of insolvency proceedings would be related to the legal nature of the restrictions placed on what the insolvent party can do with its assets set forth in the court order instigating the insolvency proceedings and which are published by way of the pre-emptive recording. In this regard, the option chosen is to regard such pre-emptive recordings as a judicial ban on disposing of or administering assets. Having established their nature, the author then examines the effects of the pre-emptive recording of insolvency proceedings (during the common stage of the insolvency proceedings) on any legal transactions performed and any distraints imposed prior to the commencement of the insolvency proceedings; acts of disposal performed during the common stage of the insolvency proceedings; the recording of claims deriving from proceedings separate from the insolvency, and enforcement proceedings deriving from distraints or mortgages recorded prior to the pre-emptive recording of insolvency proceedings.

PALABRAS CLAVE: Anotación preventiva de concurso. Actos dispositivos. Embargos e hipotecas anteriores a la declaración de concurso. Actos dispositivos en la fase común. Anotación preventiva de demanda.

KEY WORDS: Pre-emptive recording of insolvency proceedings. Acts of disposal. Distraints and mortgages prior to the commencement of the insolvency proceedings. Acts of disposal during the common stage. Pre-emptive recording of claims.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL CONCURSADO: EFECTO DEL AUTO DECLARATORIO DEL CONCURSO. —III. LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO. —IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA (O INSCRIPCIÓN) DE CONCURSO.—V. NEGOCIOS JURÍDICOS REALIZADOS ANTES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y PRESENTADOS DESPUÉS DE SU ANOTACIÓN.—VI. EMBARGOS DECRETADOS ANTES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y PRESENTADOS DESPUÉS DE SU ANOTACIÓN.—VII. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN O DISPOSICIÓN REALIZADOS EN LA FASE COMÚN DEL CONCURSO: 1. Régimen jurídico general de estos actos en su relación con el Registro de la Propiedad. 2. Enajenaciones de inmuebles gravados con hipoteca: *a) Enajenación del inmueble hipotecado con subsistencia del gravamen. b) Enajenación del inmueble hipotecado sin subsistencia del gravamen. c) Dación en pago del inmueble hipotecado.* 3. Venta directa y cancelación de embargos. 4. Actos realizados por el concursado antes de la aceptación del cargo por la administración concursal.—VI. ANOTACIÓN DE CONCURSO Y ANOTACIONES DE DEMANDA PROVENIENTES DE PROCEDIMIENTOS DIVERSOS DEL CONCURSO.—VII. EJECUCIONES DERIVADAS DE EMBARGOS ANOTADOS CON ANTERIORIDAD AL CONCURSO.—VIII. EJECUCIONES DE HIPOTECAS INSCRITAS CON ANTERIORIDAD AL CONCURSO.—IX. CONCLUSIONES. —X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La anotación preventiva de concurso (o inscripción, en su caso) produce importantes efectos en relación con actos provenientes de fuera del procedimiento concursal y actos provenientes del mismo. Su naturaleza guarda relación con la de las limitaciones patrimoniales del concursado que publica y ello incide en los efectos que produce, particularmente en relación con las escrituras de hipoteca otorgadas antes de la declaración de concurso y presentadas a Registro después de anotado el concurso.

II. LAS LIMITACIONES PATRIMONIALES DEL CONCURSADO: EFECTO DEL AUTO DECLARATORIO DEL CONCURSO

La declaración de concurso produce para el deudor una serie de limitaciones de sus facultades patrimoniales *en beneficio de sus acreedores y para el buen fin del concurso* (arts. 40, 43 y 44 LC). Estas limitaciones (intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición)[1] son efecto legal inmediato del auto de declaración de concurso[2], el cual es ejecutivo aunque no sea firme (arts. 21.1.2.º y 21.2 LC). De tal manera que el concursado padece las limitaciones patrimoniales desde la fecha del mismo, con independencia de que se le haya dado publicidad o no (arts. 23 y 24 LC), así, mediante su constancia en el Registro de la Propiedad.

La doctrina ha discutido la naturaleza jurídica de estas limitaciones patrimoniales impuestas al concursado[3]. Así, FERNÁNDEZ SEIJO y GUTIÉRREZ DE LA ROZA consideran que afectan a la capacidad de obrar, limitándola de forma más o menos intensa. La suspensión no privaría totalmente al concursado de la capacidad de obrar, sino solo en el aspecto patrimonial y tampoco totalmente, pues, por ejemplo, conservaría la facultad de testar (art. 40.6 LC)[4]. En el mismo sentido se pronuncian GÓMEZ GÁLLIGO y BLASCO GASCÓ (*vid., ut infra, epígrafe IV*)[5].

Otros autores, en cambio, consideran que la capacidad de obrar no se ve afectada puesto que el concursado conserva aptitud subjetiva para realizar actos de administración y disposición sobre bienes inembargables o bienes ajenos cuya administración le estuviese encomendada (*p. ej.* patria potestad, tutela). Además las limitaciones se impondrían en cuanto el concursado es titular de un patrimonio de destino (destinado al fin de la satisfacción de los acreedores) y seguirían operando incluso después de la muerte del concursado (art. 182 del Código Civil), alcanzando a los herederos mientras no concluyese el procedimiento (lo que sería impropio de una incapacidad subjetiva de obrar)[6]. Parecería, pues, que tales limitaciones son objetivas o reales y no subjetivas. Es decir, la necesidad de intervención o la suspensión restringirían la legitimación subjetiva para actuar propia del titular de un derecho. El concursado tendría limitado el ejercicio de algunas de las facultades que integran el contenido de los derechos de que es titular. Para MARTÍNEZ FLÓREZ estaríamos en presencia de prohibiciones de disponer y de administrar, pues mientras la incapacidad de obrar protege al incapacitado, la prohibición atiende al interés general o a intereses de terceros cuyos derechos puedan verse afectados por el acto prohibido. En el caso de la intervención se estaría en presencia de una prohibición de disponer o de administrar *sin consentimiento de los administradores concursales*. En el caso de la suspensión la prohibición sería *absoluta*, obrando como representante legal del concursado la administración concursal (pues sus poderes emanan de la ley

y sus actos producen efectos en cabeza del concursado), a lo que no es óbice que el concursado no sea un incapaz pues el Derecho reconoce supuestos de representación legal de personas capaces (como la representación del ausente)[7, 8].

Esta polémica doctrinal tendría su repercusión en la naturaleza atribuible a la anotación preventiva de concurso, cuestión sobre la que también existe una polémica que expondremos, *ut infra*, epígrafe IV.

III. LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

Parecería que la anotación preventiva (o la inscripción de la declaración de concurso) sería el primer asiento relativo al concurso que se practicaría en cada folio registral de las fincas pertenecientes al concursado (art. 76.1 LC). Pero lo cierto es que sobre las fincas que en el futuro integrarán la masa activa cabe practicar anotaciones preventivas de prohibición de disponer así como anotaciones de embargo preventivo, en cuanto medidas cautelares anteriores a la declaración del concurso que el Juez, al admitir a trámite la solicitud, puede adoptar para asegurar la integridad del patrimonio del deudor (art. 17 LC). De este modo se evita el surgimiento de terceros hipotecarios, inmunes a las acciones de rescisión (arts. 71 y 73.2 LC), antes de la declaración de concurso.

Precisado lo anterior, la declaración de concurso, expresando su fecha, el régimen de intervención o de suspensión a que queda sujeto el concursado y el nombramiento de los administradores concursales, se inscribe en el folio registral de cada finca del concursado (arts. 24.4 LC y 38 LH). *De este modo se dota de publicidad registral al procedimiento concursal frente a terceros*. El título material inscribible es el auto (de ahí que se deba comunicar la registración al Juzgado en que se tramita el concurso) y el título formal, el mandamiento librado por el Secretario judicial (art. 24.5 LC)[9] o la certificación del Registrador Mercantil que haya inscrito el auto de declaración del concurso en la hoja abierta a la entidad concursada en el Registro Mercantil (art. 323 RRM)[10].

Si el auto es firme se practicará inscripción de la declaración de concurso y si no lo es, anotación preventiva (art. 24.5 LC). La anotación caducará a los cuatro años desde la fecha de la anotación misma y se cancelará de oficio o a instancia de cualquier interesado. El Secretario judicial podrá decretar prórrogas sucesivas indefinidas (art. 24.5 LC y 86 LH)[11].

La anotación se practicará sobre los bienes privativos del concursado: todos los inscritos a su nombre, si el mandamiento no los identifica (*arg. ex* art. 73.2 LH) o bien solo sobre los identificados en el mismo (pues sería posible que bienes inscritos constase en autos que no pertenecían ya al deudor)[12]. También se practicará sobre los bienes gananciales, si el mandamiento lo ordena indicando que tales bienes han de responder de las deudas del concursado (art. 77.2 LC) y se acredita al Registrador la notificación al cónyuge del concursado, notificación imprescindible para salvaguardar su derecho a pedir la disolución de la sociedad de gananciales siempre que tales bienes deban responder de deudas privativas del cónyuge concursado (*arg. ex* art. 1373 del Código Civil, 77.2 LC y 144 RH). Esta disolución habrá de hacerse antes de formar la masa activa, en pieza separada y con intervención de la administración concursal, siendo sobre los bienes adjudicados al concursado sobre los que se practicará la anotación preventiva[13].

La práctica de la anotación preventiva o de la inscripción de la declaración de concurso deberá notificarse a los jueces y autoridades administrativas que decretaron las anotaciones de embargo que consten en el Registro o que decretaron la

expedición de certificación de cargas en ejecuciones hipotecarias, ya que el asiento que publica el concurso es un asiento ulterior que puede afectar a la ejecución, determinando la suspensión del procedimiento (art. 135 LH y arts. 55 y 56 LC)[14].

La anotación preventiva de concurso se convertirá en inscripción definitiva, una vez que el auto de declaración devenga firme (al ser confirmado o no ser recurrido)[15].

La inscripción de concurso estará en vigor hasta se dicte el auto de conclusión del concurso (una vez cumplido íntegramente el convenio o concluida la fase de liquidación, art. 176.2.º LC). Este auto accede al Registro de la Propiedad mediante un asiento de cancelación de la inscripción de concurso (arts. 141 y 177.3 LC). En ningún caso el Registrador puede cancelar de oficio *la inscripción de concurso*. *Tal cancelación solo cabe mediante el auto de conclusión mencionado, o bien mediante mandamiento dictado por el Juez del concurso durante la tramitación del procedimiento concursal* (así, cuando se enajena el bien anotado a un tercero, o se reconoce el derecho de separación del propietario con arreglo al artículo 80 LC) [16]. Todo ello en relación con el artículo 83 LH[17].

La práctica de la anotación preventiva en la hoja registral del bien produce un efecto de oponibilidad frente a terceros y de cognoscibilidad legal de la situación concursal y de sus efectos sobre el patrimonio del deudor. Además del cierre registral en los términos que explicaremos después, y de la comunicación a Juzgados de que ya hemos hablado (art. 135 LH), la anotación o inscripción de la declaración de concurso determina la cancelación de embargos anteriores (arts. 55.3 y 149.5 LC), y tiene incidencia en las ejecuciones ordinarias e hipotecarias sobre bienes de la masa activa (arts. 55 y 56 LC).

A todos estos efectos, en cuanto producidos en la fase común del concurso, nos referiremos en los epígrafes siguientes, previo estudio de la naturaleza jurídica de la anotación preventiva de concurso por su incidencia en el cierre registral.

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA (O INSCRIPCIÓN) DE CONCURSO

Como toda anotación preventiva, la anotación preventiva de concurso (arts. 142 RH en relación con el art. 2.4.º y 42.4.ª LH, 166.4.º RH y 24.4 y 5 LC) tiene la finalidad de impedir el surgimiento de terceros hipotecarios mientras no se hace constar en el Registro la inscripción de la declaración de concurso[18]. Ahora bien, señalar esta finalidad no es suficiente para determinar la naturaleza de la anotación (y posterior inscripción) y los efectos registrales que producen en relación con actos derivados del procedimiento concursal o bien en relación con actos ajenos al procedimiento concursal, pero relativos a la finca anotada. Sentado lo anterior, cabría indicar que la naturaleza jurídica de la anotación preventiva de concurso ha de guardar relación con la naturaleza jurídica de las limitaciones derivadas de la situación de concurso que publica.

Para GÓMEZ GÁLLIGO tales limitaciones afectan *a la capacidad de administrar y disponer, si bien no a la entera capacidad de obrar del concursado*. *No constituirían una limitación jurídico real* (carga, gravamen o derecho real afectante a la finca) sino una *situación personal del titular* que afectaría a la libre disposición de sus bienes. *Por lo tanto, en relación con la anotación preventiva de concurso no jugaría el principio de prioridad (art. 17 LH) y el cierre del Registro a los títulos de fecha anterior incompatibles*. De este modo, una compraventa otorgada antes del auto declaratorio del concurso y presentada después

de practicarse la anotación preventiva de concurso sería inscribible, pues en la fecha del otorgamiento de la venta (art. 1462.2.º del Código Civil) no se estaba en concurso y, consecuentemente, el vendedor no estaba afectado por el artículo 40 LC, si bien no se cancelaría la anotación preventiva de concurso, a pesar de haber salido el bien del patrimonio del concursado y no integrar la masa activa del concurso, para evitar que surgiese un subadquirente posterior que fuese tercero hipotecario y que enervase las acciones de reintegración (art. 73.2 LC). Igualmente, señala GÓMEZ GÁLLIGO, cabría inscribir una escritura de hipoteca otorgada antes de la declaración de concurso y presentada a Registro después de practicada la anotación preventiva que publica la situación concursal, y pese a que la inscripción es en este caso constitutiva, pues al tiempo de otorgarse la escritura el hipotecante (luego concursado) tenía plena capacidad dispositiva. *Ambos ejemplos evidenciarían las consecuencias derivadas del entendimiento de las limitaciones patrimoniales del concursado como limitaciones de la capacidad de administrar y disponer*[19].

Consecuencia de lo expuesto es que la fecha determinante no es la del asiento de presentación del auto declaratorio del concurso en el Registro (para la práctica de la anotación preventiva), *sino la del auto por la que se declara el concurso* y por ello, aunque no se haya hecho constar la anotación preventiva en el folio registral, el Registrador *siempre que conozca la situación de concurso por el Registro Mercantil, por el Libro de incapacitados, o por el Registro Público Concursal*[20], *o por un asiento en el Libro Diario (posterior al asiento de presentación que generó el título que se califica),* debe tener en cuenta la situación concursal para realizar tal calificación y decidir el acceso del título al Registro de la Propiedad[21, 22].

En términos parecidos a GÓMEZ GÁLLIGO se pronuncia BLASCO GASCÓ, si bien matizando que *la hipoteca inscrita con posterioridad al auto de declaración de concurso, sería una hipoteca de eficacia latente, subordinada a las resultas del concurso, y que en ningún caso el crédito que garantizaría sería un crédito privilegiado a efectos precisamente del concurso, no gozando tampoco del beneficio de ejecución separada, ni del derecho de abstención, pues tales privilegios solo corresponderían al crédito hipotecario existente a la fecha de la declaración de concurso, con los requisitos del artículo 90.2 LC*[23].

Para quienes consideran, pues, que las limitaciones patrimoniales del concursado afectan a la capacidad de obrar, la anotación preventiva de concurso publicaría una situación personal del titular registral (art. 2.4.º en relación con el art. 42.5.ª LH), que produciría el efecto de advertir de la incapacidad del titular registral a quienes pretendan adquirir de este y suministrar al Registrador aquel importante dato a los efectos de *cerrar el Registro a los actos dispositivos otorgados por el incapacitado*[24]. En este sentido, cabría citar la RDGRN de 16 de febrero de 2012[25].

Ahora bien, en el caso de considerarse que las limitaciones patrimoniales del concursado constituyen prohibiciones judiciales de disponer y de administrar, los efectos que produciría la anotación preventiva de concurso podrían ser distintos, según la interpretación que se dé de los preceptos que la regulan.

En efecto, según *una primera interpretación*, las anotaciones preventivas de prohibición judicial o administrativa de disponer (art. 26.2 LH) no producirían el cierre registral para los títulos de fecha anterior (efecto que sería propio solo de las *prohibiciones voluntarias de disponer* [art. 26.3 LH]), sino que, pretendiendo asegurar la efectividad del procedimiento y la resolución que se dicte en el mismo en su día, operarían como medida cautelar impidiendo el acceso al Registro de títulos dispositivos *inter vivos otorgados con posterioridad a la anotación* (en este sentido, excepcionarían el art. 71 LH). Pero la anotación preventiva no constitui-

ría obstáculo para inscribir los títulos otorgados con anterioridad (art. 145 RH *a sensu contrario*). Dicho de otro modo, la anotación preventiva de concurso, que se encuadraría en esta clase de anotaciones, solo otorgaría prioridad registral y cierre sobre los actos dispositivos otorgados con posterioridad a la anotación sin respetar la prohibición judicial (arts. 21.1.2.º y 40 LC y 17 LH) y sobre los embargos posteriores a la declaración de concurso (art. 24.4.2.º LC)[26]. La solución sería similar a la postulada en caso de considerar la anotación de concurso como anotación que publica una *situación subjetiva del titular*, y *no una carga sobre el bien*. Surgirían dudas con las escrituras de hipoteca otorgadas con anterioridad a la declaración de concurso, pues siendo la inscripción constitutiva, cabría pensar o bien que el acto dispositivo es anterior a la anotación de la prohibición (art. 145 RH *a sensu contrario*), o por el contrario, que el negocio dispositivo no está completo hasta la inscripción, por lo que para practicar esta sería preciso exigir la conformidad de la administración concursal y la autorización judicial (arts. 40 y 43 LC). La DGRN se habría inclinado por la primera alternativa en RDGRN de 24 de abril de 1959, 8 de julio de 2010, que cita la de 3 de junio de 2009, y 2 de noviembre de 2011[27].

Por lo tanto, ya se entendiese que las limitaciones patrimoniales del concursado afectan a su capacidad de obrar, ya a su poder de disposición, por constituir prohibiciones judiciales de disponer y de administrar, la solución jurídica en cuanto al acceso al Registro de los títulos otorgados con anterioridad a la declaración de concurso sería la misma, pues en ambos supuestos debería admitirse el acceso del título (incluido el de hipoteca) *otorgado antes de la declaración, quedando en todo caso la hipoteca subordinada al resultado del concurso. Esta sería la doctrina mayoritaria del Centro Directivo.*

Considerando que las limitaciones patrimoniales del concursado suponen una prohibición judicial de disponer para el mismo, puede llegarse a una *segunda interpretación (y solución práctica diversa), si partimos de las siguientes premisas:*

1.ª. Una interpretación diferente del artículo 145 RH, que también ha sido mantenida por la doctrina (y RRDGRN de 8 de mayo de 1943 y 28 de noviembre de 2008), según la cual, el artículo 145 RH concretaría el principio de prioridad del artículo 17 LH respecto de la anotación de prohibición de disponer, distinguiendo tres tipos de actos: 1.º Actos dispositivos *realizados con posterioridad a la anotación, los cuales no pueden acceder al Registro;* 2.º. Actos dispositivos basados en asientos vigentes anteriores (hipotecas, embargos) al de dominio o derecho real objeto de la anotación, que por aplicación de los principios de prioridad y tracto sucesivo sí deben inscribirse; 3.º. Actos dispositivos anteriores a la prohibición judicial de disponer que se presenten a Registro vigente el asiento relativo a esta, *y que por ser obviados en el artículo 145 RH deben regirse por la regla general del artículo 17 LH, por lo que no podrían acceder al Registro*. Así la RDGRN de 8 de mayo de 1943 entendió que *cualquiera que fuese la fecha de la enajenación de la finca cuya inalienabilidad se ordenó judicialmente en relación con la del auto prohibitivo no procede inscribir la escritura de venta que se presente en el Registro después de haberse anotado el mandamiento judicial*, dado que el Registrador debe observar el principio básico *prior tempore potior iure,* prueba de lo cual es que si la escritura de venta se hubiera presentado en el Registro antes del mandamiento se habría denegado la anotación por figurar la finca registrada a favor de tercero». La prohibición del artículo 42.4.º LH en relación con el artículo 17 LH debería, pues, cerrar el Registro (como si se tratase de una prohibición voluntaria de disponer inscrita) a todo acto de enajenación, ya fuese anterior o posterior a la fecha de la anotación, *por motivos de orden público o para garantizar los resultados de un juicio universal como es el concurso de acreedores*

y para evitar introducir confusión e inseguridad en los asientos del Registro[28]. En la misma línea, la RDGRN de 28 de noviembre de 2008, entendiendo *que se diferencian claramente las anotaciones de prohibición de disponer (art. 145 RH y 17 LH) de las anotaciones de embargo o de demanda, que no cierran el Registro a los títulos anteriores (arts. 71 LH y 198.4 RH),* con la única excepción de que el artículo 145 RH admite que las anotaciones preventivas de prohibición de disponer no sean obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones *basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de anotación*[29].

2.ª. El supuesto de la escritura de hipoteca otorgada antes de la declaración de concurso y que pretende su acceso al Registro tras la práctica de la anotación de concurso es diverso al de una compraventa consumada antes de tal declaración, pues en este caso, efectivamente el bien anotado habría salido de la masa activa del concurso antes de practicarse la anotación. En cambio, en el caso de la escritura de hipoteca, el acceso posterior al ser constitutiva la inscripción, daría lugar al gravamen de un bien de la masa activa (minusvalorándolo), lo que parece exigir el control de la administración judicial y del Juez del concurso. En efecto, la minusvaloración de un bien de la masa activa puede dificultar un plan de liquidación que contemple la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de alguno de ellos, ya que *al existir la hipoteca* (aunque subordinada al concurso como señala BLASCO GASCÓ), si el crédito (ordinario a efectos concursales) no se satisface totalmente dentro de la liquidación con tales enajenaciones, el remanente no satisfecho (una vez concluido el concurso, art. 178.2 LC), quedará garantizado con dicha hipoteca, la cual no se cancela por ser carga posterior a la anotación de concurso (*arg. ex* art. 194.5 LC), constituyendo así una carga para el comprador, tercer poseedor.

3.ª. La anotación de la prohibición judicial de disponer, a la que es análoga la anotación de la declaración de concurso, *supone la privación del poder de disposición del propietario, poder de disposición que parece debería ostentarse no solo al otorgar la escritura de hipoteca, sino también en el momento de practicarse su inscripción, al constituir esta un elemento más del negocio dispositivo, por lo que sería precisa la intervención de la administración concursal y la autorización del Juez del concurso para poder practicar la inscripción.*

4.ª. *Al haberse suprimido la retroacción de la quiebra, y ser sustituida por el ejercicio de acciones rescisorias concursales de los actos perjudiciales para la masa activa en el periodo de dos años anteriores a la declaración de concurso, se ha eliminado el control previo a la inscripción que suponía la confrontación de la fecha de la escritura con la fecha de retroacción de la quiebra.* Como en un proceso concursal concurren razones de orden público, la anotación de concurso pretende asegurar los resultados del procedimiento universal, no es bueno introducir inseguridad y confusión en el Registro, y suele recurrirse a hipotecas unilaterales en contextos de pre-crisis o crisis empresarial[30], es conveniente dar una interpretación favorable a los intereses del concurso, y por ello, esta segunda interpretación del artículo 145 RH en relación con el artículo 17 LH podría mantenerse *al menos para las escrituras de hipoteca unilateral otorgadas en los dos años previos a la declaración de concurso (periodo sospechoso), haciéndose precisa la autorización de la administración concursal y del Juez del concurso para la registración.* Ello tendría para el concurso la ventaja de que solo se producirían tales autorizaciones si se entendiese que la escritura de hipoteca unilateral no se otorgó en perjuicio de la masa activa del concurso, evitándose así la necesidad de plantear un incidente concursal para la rescisión del negocio jurídico constitutivo (art. 71.1 LC).

Expuestos todos estos argumentos opinamos, pues, que la anotación preventiva de concurso es una anotación de prohibición judicial de disponer o gravar (sin la autorización de la administración concursal, en caso de intervención o absoluta, en caso de suspensión), *y que en el caso de la hipoteca, al ser la inscripción constitutiva y gravarse un bien de la masa activa, sería precisa para su inscripción la conformidad de los administradores concursales y la autorización del Juez del concurso (arts. 40 y 43.2 LC), particularmente tratándose de escrituras de hipoteca unilateral otorgadas durante los dos años previos a la declaración de concurso*[31].

V. NEGOCIOS JURÍDICOS REALIZADOS ANTES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y PRESENTADOS DESPUÉS DE SU ANOTACIÓN

Expuesto lo relativo a la naturaleza de la anotación preventiva de concurso, procede ahora examinar los efectos de la misma sobre los negocios jurídicos realizados antes de la declaración de concurso y que demoran su acceso al Registro, *presentándose después de practicada la anotación.*

Los negocios jurídicos dispositivos realizados por el titular registral antes de la declaración de concurso son inscribibles, ya sean onerosos o gratuitos, aunque sean actos realizados durante el periodo sospechoso, sin perjuicio de su posible rescindibilidad (art. 71 LC). En estos negocios jurídicos no es necesaria la intervención de la administración concursal ni la autorización del Juez del concurso, pues en el momento de celebrarse dicho negocio el titular registral no tenía limitadas sus facultades de administración y disposición, pero la inscripción se practica con supeditación al procedimiento concursal publicado por la anotación preventiva (art. 17 LH), de manera que corresponderá al propietario defender su dominio (art. 80 LC).

Esto es, la calificación de la capacidad y legitimación del disponente ha de realizarse con referencia *al momento del otorgamiento del negocio*, confrontándolo con la fecha en que el Juez declara el concurso, momento en que se producen los efectos limitativos de las facultades de administración y disposición (art. 21 LC).

En relación con las hipotecas (para las que la inscripción es constitutiva), si la escritura se otorgó antes de la declaración de concurso pero se presentó a Registro después de practicada la anotación de concurso, en nuestra opinión sería precisa la autorización de la administración concursal y del Juez del concurso para proceder a la inscripción (art. 40 y 43.2 LC), particularmente tratándose de hipotecas unilaterales otorgadas durante el periodo sospechoso. Para PAU PEDRÓN, en cambio, el negocio sería inscribible, pero el nacimiento de la hipoteca después de la declaración de concurso vulneraría la regla de que los créditos no pueden mejorar de rango durante la tramitación del concurso (*arg. ex* art. 100.3 LC), lo que conllevaría que la existencia del procedimiento concursal tuviese consecuencias sobre tal hipoteca, en el sentido de privarla de existencia *a efectos concursales, de manera que el crédito que era ordinario antes de la declaración de concurso lo siga siendo después de la declaración*[32].

VI. EMBARGOS DECRETADOS ANTES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y PRESENTADOS DESPUÉS DE SU ANOTACIÓN

De acuerdo con el artículo 24.4.2.º LC la anotación de concurso produce el cierre registral para las anotaciones de *embargos decretados con posterioridad* a

la declaración de concurso y procedentes de órganos judiciales diversos al Juez del concurso (arts. 8.3.º y 55 LC). Esto es, cuya fecha de decreto de embargo sea posterior a la fecha del auto declaratorio del concurso.

Por el contrario, según el artículo 24.4.2.º LC, la anotación de concurso no cerraría el Registro de la Propiedad a los *embargos decretados antes* de la declaración de concurso (art. 587 LEC), pero el Juez que ordenó la anotación deberá suspender la ejecución, pudiendo reanudarla únicamente si se trata de ejecuciones que pueden continuar según lo dispuesto en el artículo 55.1.2.º LC en relación con el artículo 56.5 LC.

Tratándose de embargos cuya ejecución continúa (art. 55.1.2.º LC), según la DGRN, el Registrador debe exigir, antes de practicar la anotación de embargo, la acreditación, por resolución del Juez del concurso*, del carácter no necesario del inmueble para la continuación de la actividad empresarial o profesional*[33], resolución que entiendo debería inscribirse previamente (pues los adquirentes del bien en el procedimiento de ejecución han de tener la seguridad de que su adquisición no es nula por contrariar lo dispuesto en el art. 55 LC, seguridad que le proporciona en este punto la publicidad registral). También sería preciso, para poder practicar la anotación de embargo, que no se hubiese aprobado todavía el plan de liquidación en el concurso.

Ahora bien, se ha indicado, teniendo en cuenta la suspensión de ejecuciones del artículo 55.1 LC, que no parece coherente anotar embargos *anteriores* a la declaración de concurso, cualquiera que sea la fecha de la traba, salvo los supuestos excepcionales del artículo 55.1 LC en que la ejecución prosigue. *Puesto que si la ejecución se suspende, el crédito del embargante queda incluido en la masa pasiva del concurso (art. 49 y 55.2 LC), no aportándole nada la anotación del embargo por estar en suspenso el procedimiento de ejecución.* Sin embargo la cuestión no es tan clara si, verificada la liquidación, quedase parte del crédito sin satisfacer (art. 24.4 en relación con el art. 178.2 y 149.5 LC), pues quien adquiriese el bien en la liquidación concursal lo compraría con dicha carga (que no sería cancelable), quedando como tercer poseedor del bien anotado. *El argumento sería similar al manejado para defender la inscripción de la escritura de hipoteca rezagada. No obstante también cabe pensar que anotar un embargo de una ejecución que debe suspenderse es continuar con el procedimiento de ejecución (dando publicidad a la traba), por lo que no debería practicarse la anotación de embargo.*

Como señala PAU PEDRÓN, si se pretendiese anotar un embargo ordenado durante la fase común, esto es, *con posterioridad a la declaración de concurso*, el cierre registral es absoluto, pues de acuerdo con el artículo 24.4 LC, una vez practicada la inscripción o la anotación de la declaración de concurso, *no podrán anotarse más embargos posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el Juez del concurso, salvo lo establecido en el artículo 55 LC, que realmente se refiere a embargos anotados [o decretados] antes de la declaración de concurso*[34].

VII. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN O DISPOSICIÓN REALIZADOS EN LA FASE COMÚN DEL CONCURSO

1. Régimen jurídico general de estos actos en su relación con el Registro de la Propiedad

El régimen jurídico general de estos actos depende de si el Juez ha acordado la intervención o la suspensión de las facultades de administración y disposición

del deudor, lo que le consta al Registrador por la anotación o inscripción de concurso, que se convierte así en un asiento clave para la calificación de los títulos dispositivos otorgados por el concursado o por la administración concursal con posterioridad a la declaración de concurso (art. 40 LC).

Hay que tener presente que el administrador concursal debe actuar al tiempo del otorgamiento del acto (tanto si se trata del régimen de intervención como del régimen de suspensión), si bien la Ley permite la posterior convalidación[35].

De acuerdo con el artículo 40.7 LC, los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en el artículo 40 LC son anulables y no podrán ser inscritos en registros públicos (y por lo tanto, en el Registro de la Propiedad), mientras no sean convalidados o confirmados o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme. Como el acto es anulable, la calificación negativa será de suspensión y no de denegación de la inscripción (pues la falta es subsanable)[36].

Pero además, para la inscripción del acto dispositivo se requerirá la presentación del testimonio del auto por el que el Juez del concurso autoriza la enajenación o el gravamen, de acuerdo con el artículo 43.2 LC[37].

Quedan exceptuados de tal autorización judicial, sin embargo, (art. 43.3 LC):

1.º Los actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso.
2.º Los actos de disposición de bienes que *no sean necesarios* para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario, o sea, cuando se trate de una «oferta ventajosa».
3.º Los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, o sea, inherentes al giro o tráfico del empresario, en los términos establecidos en el artículo 44.2 y 3 LC, según los cuales corresponde a la administración concursal manifestar que el acto de enajenación o gravamen es necesario para la continuidad de la actividad empresarial. No obstante, en caso de intervención puede autorizar con carácter general ciertos actos de los de ese giro o tráfico, reservándose la facultad de intervenir en los demás [38].

En estos tres casos de excepción, pues, no es necesaria la presentación del testimonio del auto judicial de autorización de la enajenación pero sí será necesario, respectivamente: la comunicación inmediata *a posteriori* al Juez del concurso del acto realizado y la justificación de su necesidad (1.º); la comunicación previa al Juez de la oferta ventajosa y del carácter no necesario del bien (2.º); y la manifestación de la administración concursal de que el acto es necesario para la continuidad de la actividad empresarial (3.º). Todo ello, para poder practicar la inscripción del acto dispositivo o de enajenación. Así pues tales comunicaciones o manifestaciones caerían dentro del ámbito de la calificación registral[39].

La falta de presentación del testimonio del auto de autorización de la enajenación determinará una calificación negativa por la que se denegará la inscripción, al adolecer la enajenación realizada de nulidad radical (art. 43.2 LC). Será necesario, pues, el otorgamiento de un nuevo título para remediar la falta insubsanable y de este modo poder inscribir, previa obtención de la autorización judicial. Sin embargo, PAU PEDRÓN considera que por analogía con el criterio legal sobre la falta de autorización o conformidad de la administración concursal el acto es anulable y cabría su convalidación posterior[40].

En los casos en que la autorización judicial está exceptuada, la apreciación de falta subsanable o insubsanable que impida la inscripción dependerá del supuesto ante el que nos encontremos.

Si, tratándose de actos dispositivos indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería del concurso, no se hubiese procedido a la inmediata comunicación al Juez, acompañando de la justificación de su necesidad, estaríamos en presencia de una falta subsanable mediante la comunicación oportuna y su justificación al Registrador.

Si, tratándose de actos dispositivos sobre bienes no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional, no se hubiese comunicado al Juez la oferta y el carácter no necesario del bien, como parece que tal comunicación constituye una *conditio iuris* previa, supeditándose a la misma la eficacia de la oferta y de la aceptación, el acto sería ineficaz en sentido estricto, *definitivamente, por faltarle las condiciones legales previas para su eficacia,* y no cabría su inscripción[41].

Si se tratase de actos inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial, en los términos de los artículos 44.2 y 3 LC, es necesario, como hemos dicho, para la validez del acto (acto que ha de ser propio del giro o tráfico de tal actividad), en caso de intervención del concursado, contar con la previa autorización general del mismo (si por razón de su naturaleza o cuantía, la administración ha autorizado los actos de tal clase), o bien de su previa autorización especial (*arg., ex* art. 44.2 LC). En caso de suspensión es la administración concursal la que realizará tal acto dispositivo en los términos del artículo 44.3 LC, sin necesidad de autorización judicial. *Si faltase alguno de estos requisitos el acto no será inscribible, al ser anulable, apreciándose falta subsanable (art. 40.7 LC).*

Como las facultades de administración y disposición deben ejercerse atendiendo a la conservación de la masa activa del modo más conveniente para los intereses del concurso (art. 43.1 LC), se precisa mantener el valor de la masa y por ello hay que deducir que la ley solo entiende posibles las enajenaciones onerosas, no pudiendo realizarse enajenaciones gratuitas, ni renuncias de derechos[42], lo cual entraría también dentro del ámbito de la calificación registral.

Las decisiones de la administración concursal (convalidación, autorización genérica, etc.), por exigencias del artículo 3 LH deben constar en documento público.

2. Enajenaciones de inmuebles gravados con hipoteca

De acuerdo con el artículo 155.4 LC, la enajenación de los bienes gravados con hipoteca, en cualquier estado del concurso (y por lo tanto, también en la fase común), deberá hacerse mediante subasta, salvo que el Juez autorice la venta directa[43], que puede verificarse con subsistencia de la hipoteca o sin ella (art. 155.3 LC). También puede autorizarse la dación en pago o la cesión para el pago al acreedor hipotecario o a la persona que él designe.

a) Enajenación del inmueble hipotecado con subsistencia del gravamen

El Juez debe autorizar la enajenación, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados. En este caso, el adquirente se subroga en la posición del deudor, por lo que el acreedor hipotecario debe consentir la subrogación (art. 1205 del Código Civil y 118 LH), cayendo tal consentimiento

dentro del ámbito de la calificación registral. Si se produce la subrogación, la obligación queda excluida de la masa pasiva del concurso.

b) Enajenación del inmueble hipotecado sin subsistencia del gravamen

En este caso el precio obtenido por la venta *deberá destinarse al pago del crédito hipotecario (art. 155.3 in fine LC)*, debiendo constar documentalmente, para poder proceder a la inscripción, dicho destino del precio. El acreedor hipotecario hará suyo el montante resultante de la venta en cantidad que no exceda de la deuda originaria (art. 155.5 LC), correspondiendo el resto si lo hubiere, a la masa activa del concurso. Si hubiere varias hipotecas, el orden de pago sería el cronológico de la inscripción registral (art. 155.3.2.º LC). Si algún crédito no pudiese pagarse en su integridad, se convertiría en crédito ordinario (art. 155.4.1.º LC). La adquisición, pues, se realizaría libre de cargas. Los créditos garantizados con embargo sobre el bien, puesto que son créditos ordinarios, no tendrían por qué cobrar con cargo al bien, sino dentro del concurso, de manera que si hubiese sobrante, no se destinaría al pago de los créditos asegurados con anotación, sino que se integraría en la masa pasiva, para el pago de los acreedores con privilegio general, de los acreedores ordinarios y subordinados[44]. En el caso de que el crédito fuera superior a la responsabilidad hipotecaria (art. 692.1.2.º LEC), el sobrante, una vez satisfecha la parte de crédito privilegiado, se integrará en la masa pasiva. Es decir, no se abonaría al acreedor hipotecario, porque ya no es acreedor privilegiado.

c) Dación en pago

De acuerdo con el artículo 155.4 LC es posible la realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, y por lo tanto *en la fase común y fuera de convenio*, mediante la cesión en pago (dación en pago), siempre que lo solicite la administración concursal y el Juez lo autorice (arts. 155.4 y 43.2 LC), *y siempre que quede completamente satisfecho el privilegio especial, o en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda*.

3. Venta directa y cancelación de embargos

De acuerdo con el artículo 149 LC, en el auto de aprobación del remate, el Juez del concurso acordará la cancelación de todos los embargos anteriores al concurso que pesen sobre el inmueble. Según PAU PEDRÓN, esta regla del artículo 149 LC puede extenderse al auto de autorización en el caso de la venta directa, pues pese a radicar la norma en sede de liquidación, su aplicabilidad debería extenderse a toda la tramitación del concurso ya que el levantamiento de los embargos facilita la enajenación y los créditos que constan con anotación de embargo forman parte de la masa pasiva, estando sometidos al principio *par conditio creditorum,* de manera que su preferencia para el cobro no depende de la oponibilidad registral sino de la clasificación del crédito. La anotación de embargo no convertiría al crédito ni en crédito con privilegio especial del artículo 90 LC, ni en crédito con privilegio general del artículo 91 LC, o dicho de otro modo, la anotación de embargo no daría ninguna preferencia en el concurso. Los

embargos cancelables no son solo los anotados con carácter previo a la anotación de concurso (art. 149 LC), sino *a fortiori* los embargos anotados con posterioridad *por mandato del Juez del concurso*, que garantizarán necesariamente créditos contra la masa. No podrá ordenarse, sin embargo, la cancelación de los embargos anteriores administrativos, laborales, a favor de la Seguridad Social y tributarios que pesen sobre bienes *no necesarios* para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, pues las autoridades que los decretaron pueden continuar tramitándolos en los términos del artículo 55.2.1.º LC, hasta la aprobación del plan de liquidación. La posibilidad que tiene el Juez del concurso de ordenar cancelaciones en las ejecuciones que queden suspendidas no la tiene cuando se trata de cancelaciones de embargos susceptibles de ejecución separada, ni cuando se trata de embargos administrativos en general (arts. 55.1 y 2 y 55.3 *in fine*). Tampoco podrá ordenarse la cancelación de hipotecas anteriores a la declaración de concurso (que gocen de privilegio especial conforme al art. 90 LC) y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen[45].

La competencia para ordenar la cancelación es del Juez del concurso (art. 86 LOPJ y art. 8.3.º LC), sin perjuicio del tratamiento concursal del crédito que lo hubiera provocado, pues, como se ha indicado, los créditos que dieron lugar a la anotación de embargo deben ser satisfechos cuando corresponda, según el modo y orden establecido por la LC y no cuando se enajene el bien embargado.

Para poder proceder a la cancelación debe constarle al Registrador que se notificó por el juzgado a los acreedores la pretensión de cancelación (art. 100 RH)[46].

4. Actos realizados por el concursado antes de la aceptación de la administración concursal

De acuerdo con el artículo 44 LC (que la doctrina considera aplicable al periodo que media entre el auto de admisión a trámite de la solicitud de concurso y el auto de declaración de concurso) el concursado, sin perjuicio de las medidas cautelares que el Juez del concurso hubiese podido adoptar en el auto de declaración, podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que resulten imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado.

Por lo tanto, el Juez, en el auto de admisión a trámite del concurso, mediante la adopción de medidas cautelares, modaliza esta facultad legal del artículo 44 LC, estableciendo prohibiciones de celebrar negocios a título gratuito o a título oneroso, de manera absoluta o relativa (así prohibirse o limitarse la constitución de hipotecas), lo que contribuye a la conservación del patrimonio del deudor. Dichas medidas cautelares acceden al Registro antes que la anotación de concurso.

Una vez declarado el concurso, el Juez se pronuncia sobre la eficacia de las medidas cautelares (art. 17 *in fine* LC), pero también puede adoptar otras nuevas (art. 21.4.º LC), para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo. Producida dicha aceptación, cesan automáticamente tales medidas cautelares[47].

VIII. ANOTACIÓN DE CONCURSO Y ANOTACIONES DE DEMANDA PROVENIENTES DE PROCEDIMIENTOS DIVERSOS DEL CONCURSO

Practicada la anotación preventiva de concurso, no podrá inscribirse en el folio registral de la finca anotada, anotaciones de demanda provenientes de Juez

diverso del Juez del concurso, ya que con arreglo al artículo 8.4.º LC, este tiene competencia exclusiva y excluyente sobre «toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado, excepto las que se adopten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores».

Así, ejercitado el derecho de separación por el propietario (art. 80 LC) mediante proceso declarativo ordinario (art. 40 LH), en caso de inscripción de dominio inexacta a favor del concursado, corresponde al Juez del concurso (art. 8.1 LC) el conocimiento de dicho procedimiento (que tiene trascendencia para el patrimonio *aparente* del concursado, art. 38 LH), así como la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva de demanda, en evitación del surgimiento de un tercero hipotecario (arts. 32 y 34 LH), consecuencia de la realización de actos de disposición por el concursado o por la administración concursal. De manera que la anotación de concurso deberá ser tenida en cuenta por el Registrador al calificar la entrada en el Registro de la Propiedad del mandamiento que ordena la práctica de una anotación de demanda (art. 18 LH)[48].

Se ha señalado que si la demanda de reivindicación de la finca inexactamente inscrita a nombre del deudor concursado se hubiese interpuesto antes de la declaración de concurso, de acuerdo con el principio de prioridad del artículo 17 LH, el Registrador debería denegar el acceso al Registro a la anotación de demanda derivada de tal procedimiento, pues una vez inscrita la declaración de concurso, el Registrador debe calificar conforme a la misma[49]. En mi opinión, sin embargo, no se produciría tal cierre registral, pues el órgano que ordenó la práctica de la anotación es el competente para ello (art. 100 RH) y no parece haber incompatibilidad entre la anotación preventiva de demanda (interpuesta antes de la declaración de concurso, ante el Juez competente) y la anotación de concurso, máxime, reconocido el derecho de separación del propietario en el artículo 80 LC, derecho de separación que se pudo comenzar a ejercitar antes de la declaración de concurso[50].

IX. EJECUCIONES DERIVADAS DE EMBARGOS ANOTADOS CON ANTERIORIDAD AL CONCURSO

Analizamos aquí el supuesto de que la anotación de embargo figurase en el folio registral antes que la anotación de concurso. Como las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales (art. 55 LC), quedan en suspenso desde la fecha de la declaración del concurso (o sea, el bien embargado se integra en la masa activa y el crédito ejecutado en la masa pasiva del concurso), si el auto (ahora decreto) de adjudicación fuese de fecha *posterior* a la declaración del concurso y pretendiese acceder al Registro, estando ya anotada la declaración de concurso, dicho auto no sería inscribible, *pero sí lo sería si la fecha del decreto de adjudicación fuese anterior a la declaración de concurso, caso en que la anotación de concurso debería cancelarse, pues la ejecución concluyó antes de ser declarada la situación concursal*.

Si se trata de ejecuciones que pueden continuar con arreglo al artículo 55 LC y 50 Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social y 164 LGT (o sea, embargos administrativos, laborales, de la Seguridad Social o tributarios), siempre que el embargo se hubiese acordado antes de la declaración de concurso[51], se trate de bienes no necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial (lo cual debe ser determinado por el Juez del concurso para poder continuar con la ejecución, STS de 22 de diciembre de 2006, Sala

de Conflictos de Jurisdicción, y art. 56.5 LC) y el decreto de adjudicación fuese de fecha anterior a la aprobación del plan de liquidación, dicho decreto podrá acceder al Registro cancelándose la anotación de concurso[52].

Si se trata de ejecuciones suspendidas por la declaración de concurso, el cierre registral es absoluto, tanto para el decreto de adjudicación de fecha posterior a la declaración, como para la expedición de la certificación de dominio y cargas y extensión de la nota marginal correspondiente, admitiendo la DGRN la excepción de la prórroga del embargo[53].

Si se pretendiese anotar un embargo con posterioridad a la declaración de concurso, el cierre registral es absoluto, pues de acuerdo con el artículo 24.4 LC, una vez practicada la inscripción o la anotación de la declaración de concurso, *no podrán anotarse más embargos posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el Juez del concurso, salvo lo establecido en el artículo 55 LC, que realmente se refiere a embargados anotados [o decretados] antes de la declaración de concurso*[54].

X. EJECUCIONES DE HIPOTECAS INSCRITAS CON ANTERIORIDAD AL CONCURSO

La ejecución de hipotecas inscritas antes de la declaración de concurso viene regulada en el artículo 56 LC que permite la relativa a bienes no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor y paraliza temporalmente la relativa a bienes necesarios (destino del bien que corresponde determinar al Juez del concurso en todo caso, art. 56.5 LC)[55]. Por lo tanto, para poder expedir la certificación de dominio y cargas y practicar la nota marginal correspondiente (art. 688 LEC), al Registrador le debe constar por resolución del Juez del concurso el destino del bien (que deberá acreditarse ante el Registrador e inscribirse previamente, *arg, ex* art. 100 *in fine* RH). Con mayor motivo, para inscribir el decreto de adjudicación y proceder a la cancelación de cargas (art. 674 LEC).

Para poder inscribir dicho decreto de adjudicación, este deberá emanar del Juzgado competente (art. 100 RH). A estos efectos hemos defendido anteriormente la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso (art. 56.2 LC, en relación con los arts. 8.3.º y 57.1 LC)[56], argumento que hoy abona aún más la operación de cuantificación de los créditos privilegiados que debe hacerse en el procedimiento concursal e incorporarse en la lista de acreedores, con arreglo a los artículos 90.3 y 94.5 LC.

Cuando se trate de hipotecas cuya ejecución no se pueda iniciar o continuar, el cierre registral que provoca la anotación preventiva de concurso es absoluto.

Si el decreto de adjudicación dimanante de la ejecución de la hipoteca anterior fuese de fecha anterior a la declaración de concurso, podrá acceder al Registro, determinando la cancelación de la anotación preventiva de concurso (*arg. ex* art. 56.2 LC).

XI. CONCLUSIONES

I. Las limitaciones patrimoniales del concursado constituyen prohibiciones judiciales de administrar y disponer.

II. La anotación preventiva de concurso (o inscripción de la declaración de concurso) en la hoja registral del bien inmueble produce un efecto de oponibi-

lidad frente a terceros y de cognoscibilidad legal de la situación concursal y de sus efectos sobre el patrimonio del deudor.

III. La anotación preventiva de concurso tiene la finalidad de impedir el surgimiento de terceros hipotecarios mientras no se hace constar en el Registro la inscripción de la declaración de concurso. Pero señalar esta finalidad no es suficiente para determinar la naturaleza de la anotación (y posterior inscripción) y los efectos registrales que producen en relación con actos derivados del procedimiento concursal o bien en relación con actos ajenos al procedimiento concursal, pero relativos a la finca anotada. La naturaleza jurídica de la anotación preventiva de concurso guarda relación con la naturaleza jurídica de las limitaciones derivadas de la situación de concurso que publica.

IV. La anotación preventiva de concurso es una anotación de prohibición judicial de disponer o gravar (sin la autorización de la administración concursal, en caso de intervención o absoluta, en caso de suspensión), *por lo que en el caso de la hipoteca, al ser la inscripción constitutiva y gravarse un bien de la masa activa, sería precisa para su inscripción la conformidad de los administradores concursales y la autorización del Juez del concurso (arts. 40 y 43.2 LC), particularmente tratándose de escrituras de hipoteca unilateral otorgadas durante los dos años previos a la declaración de concurso.*

V. Anotar embargos anteriores a la declaración de concurso, cuyo mandamiento se presenta en Registro después de practicada la anotación de concurso, tiene sentido pues si verificada la liquidación, quedase parte del crédito sin satisfacer, quien adquiriese el bien en la liquidación concursal lo compraría con dicha carga (que no sería cancelable), quedando como tercer poseedor del bien anotado. El argumento sería similar al mantenido para defender la inscripción de la hipoteca rezagada. No obstante, cabe pensar que anotar un embargo de una ejecución que debe suspenderse es continuar con el procedimiento de ejecución (dando publicidad a la traba), por lo que no debería practicarse la anotación de embargo.

VI. Anotado el concurso no se produciría el cierre registral de la anotación preventiva de demanda (interpuesta antes de la declaración de concurso), pues el órgano que ordenó la práctica de la anotación es el competente para ello y no parece haber incompatibilidad con la anotación de concurso (art. 17 LH), máxime, reconocido el derecho de separación del propietario (art. 80 LC), el cual se pudo comenzar a ejercitar antes de la declaración de concurso.

VII. Para poder inscribir el decreto de adjudicación de una ejecución hipotecaria no paralizada por el procedimiento concursal, este deberá emanar del Juzgado competente, siendo este el Juez del concurso, posición doctrinal avalada por razón de que la operación de cuantificación de los créditos privilegiados debe hacerse en el procedimiento concursal e incorporarse en la lista de acreedores, con arreglo a los artículos 90.3 y 94.5 LC.

XII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS:

- RDGRN de 8 de mayo de 1943
- RDGRN de 24 de abril de 1959
- RDGRN de 6 de septiembre de 1988
- RDGRN de 12 de junio de 1989
- RDGRN de 23 de marzo de 1993
- RDGRN de 5 de mayo de 1993

- RDGRN de 25 de marzo de 2000
- RDGRN de 1 de abril de 2000
- RDGRN de 3 de junio de 2009
- RDGRN de 29 de junio de 1988
- RDGRN de 28 de noviembre de 2008
- RDGRN de 8 de julio de 2010
- RDGRN de 2 de noviembre de 2011
- RDGRN de 16 de febrero de 2012
- STS de 22 de diciembre de 2006, Sala de Conflictos de Jurisdicción

XIII. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M. (2012). *Derecho Civil I. Introducción y Parte General.* Barcelona: Bosch.

BLANQUER UBEROS, R. (2005). Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones. *Cuadernos de Derecho y Comercio,* núm. 43, 37-192.

BLASCO GASCÓ, F. de P. (2004). *Declaración de concurso e inscripción de hipoteca unilateral por los acreedores.* Valencia: Tirant lo Blanch.

CONCURSO en http://www.registradores demadrid.org/revista/24/Casos–Propiedad/CONCURSO.aspx

CONCURSO en http://www.registradores demadrid.org/revista/33/Casos–Propiedad/CONCURSO.aspx

CUENA CASAS, M. (2010). Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial. En: M. Cuena Casas (coord.). *Familia y concurso de acreedores.* Editorial Aranzadi: Cizur Menor, 97-188.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, B. (2011). Efectos del concurso. En: *Memento práctico concursal 2012.* Madrid: Francis Lefebvre, 169-256.

GALEOTE, M.ª del P. (2010). El sistema de publicidad de las resoluciones concursales. *Anuario de Derecho Concursal,* 2010, núm. 20, 277-306.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2004). Comentario al artículo 24 LC. En: J. Sánchez-Calero y V. Guilarte Gutiérrez (dir.). *Comentarios a la legislación concursal.* Valladolid: Lex Nova, 531-552.

— (2016). Derechos reales y concurso de acreedores (1). *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* núm. 25, 1-14 (versión electrónica).

GONZÁLEZ GARCÍA, J. M. (2016). Comentario al artículo 24 LC. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.). *Comentario a la Ley Concursal.* Madrid: Wolters Kluver, 421-426.

JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2012) (1). Las limitaciones patrimoniales del concursado y la ineficacia de los actos que contravienen aquellas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 730, 987-1198.

— (2012) (2). La competencia judicial para la determinación del carácter afecto o necesario de los bienes del concursado objeto de ejecución hipotecaria y la STC 191/2011, de 12 de diciembre. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 734, 3602-3638.

— (2013). Hipoteca unilateral e inscripción de la declaración de concurso de acreedores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 737, 1999-2051.

— (2017). Derecho de separación de la masa activa y adquisición *a non domino. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 762.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2004). Comentario al artículo 40 LC. En: Rojo, A. y Beltrán, E. (coords.). Comentario de la Ley Concursal. Civitas Ediciones: Madrid.
— (2005). La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor. *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 6, 65-127.
MONTÉS PENADÉS, V. L. (2007). Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso. *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 11, 7-27.
PARRA LUCÁN, M. A. (2009). Las limitaciones patrimoniales del concursado como instrumento de protección de la masa en el concurso de acreedores. *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 1, 1699-3500.
PAU PEDRÓN, A. (2015). Procedimiento concursal y Registro de la Propiedad. http://www.Notariosyregistradores.com/web/secciones/oficinaregistral/estudios/procedimiento-concursal-y-registro-de-la-propiedad/
PULGAR EZQUERRA, J. (2005). *La declaración de concurso de acreedores*. Madrid: La Ley.
ROCA SASTRE, R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1997). *Derecho Hipotecario. Tomo VI*. Barcelona: Bosch.
SÁNCHEZ CALERO, F. J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2015). *Manual de Derecho Inmobiliario Registral.* Valencia: Tirant lo Blanch.

NOTAS

[1] *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2012 (1).

[2] La admisión a trámite de la solicitud del concurso no produce alteración alguna en las facultades de administración y disposición del deudor, salvo las que se pudieran derivar de las medidas cautelares que el Juez decida adoptar (art. 17 LC).

[3] La doctrina ha insistido en que la calificación jurídica de las limitaciones patrimoniales impuestas al concursado en el auto de declaración de concurso es «una cuestión de enorme transcendencia teórica y práctica, que condicionará, sin duda alguna, la solución de problemas importantes que no están resueltos expresamente o que lo están de forma incompleta. Y además, incluso ante aspectos resueltos expresamente por el legislador, la calificación de la institución servirá de ayuda en su interpretación para modularlos en atención a la específica función que deben cumplir» (MARTÍNEZ FLÓREZ, 2005, 73).

[4] FERNÁNDEZ SEIJO y GUTIÉRREZ DE LA ROZA, 2011, 175 y 176.

[5] Bajo el Derecho derogado, la doctrina y la jurisprudencia se inclinó mayoritariamente por considerar que las limitaciones a que quedaba sujeto el concursado y el quebrado suponían una incapacidad de obrar. Respecto de las limitaciones del suspenso estaba menos extendida esta interpretación. En este sentido, la LEC 1881 y el Código Civil establecían que el concursado quedaría incapacitado para la administración de sus bienes (arts. 1161 LEC y 1914 del Código Civil), si bien el concurso no se incluía entre las causas de incapacidad (arts. 32 y 1263 del Código Civil). El C de C hablaba de inhabilitación para la administración de los bienes (art. 878 C de C). La propia LC sigue aludiendo en algunos preceptos (arts. 51.3 y 54.2 y Disp. Final 3.ª.1 LC) a los efectos del concurso sobre la capacidad del concursado, si bien en el artículo 40 ha evitado calificar los efectos del concurso sobre las facultades de administrar y disponer de los bienes como incapacidad de obrar (MARTÍNEZ FLÓREZ, 2005, 74-76 y 86-89). Pero la legislación hipotecaria (art. 142 RH en relación con el art. 2.4.º LH y 166.4.º RH) consideraría que la declaración de concurso constituiría más bien una prohibición judicial de disponer.

[6] Artículo 182.1 LC: «La muerte o declaración de fallecimiento del concursado no será causa de conclusión del concurso, que continuará en tramitación como concurso de la herencia, correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto».

[7] MARTÍNEZ FLÓREZ, 2004, 782-786; BLANQUER UBEROS, 2005, 61-62.

[8] Si bien podrían señalarse algunas semejanzas entre deudor sometido a concurso e incapacitado, existen diferencias importantes entre la situación de uno y otro. La incapacitación tiende a proteger a la persona que padece una enfermedad, fijándose por el Juez la extensión y límites de la incapacitación en función de su grado de discernimiento, así como el órgano encargado de su guarda (art. 760 LEC). Como consecuencia de lo anterior, se atribuye a los incapacitados cuando recuperan la capacidad, o a sus órganos de protección mientras perdura la incapacidad, la facultad de anular los actos realizados por aquellos sin sujeción a la sentencia de incapacitación (art. 1301 del Código Civil). Pero las limitaciones del concursado no obedecen a un estado natural de la persona (enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que impide a la persona gobernarse por sí misma), sino a un estado de su patrimonio (insolvencia, iliquidez). Pretenden garantizar que los bienes del concursado no desaparecerán mientras se tramita el procedimiento concursal, procedimiento que está dirigido a satisfacer a los acreedores por el orden de su graduación y a los ordinarios según el principio *par conditio creditorum* (arts. 156 y 157 LC). Además, la administración que llevan a cabo los órganos de protección del incapacitado suele corresponderse con la que realizaría el titular del patrimonio si no estuviera incapacitado. En cambio, los actos de administración que llevan a cabo los administradores concursales por entrar dentro de su competencia, no coinciden con los que realizaría el concursado si no estuviera en concurso. Finalmente, en el caso de contravención de las limitaciones impuestas al concursado, la acción de impugnación o anulabilidad no protege al concursado sino a sus acreedores, no ostentando aquel legitimación (art. 40.7 LC) para ejercitarla (MARTÍNEZ FLÓREZ, 2005, 89-93). El presupuesto de la incapacidad (la enfermedad) impide por su propia naturaleza una incapacidad *limitada objetivamente a ciertos bienes o derechos*, pues la incapacidad es una cualidad personal, intrínseca y abstracta del sujeto. *Las limitaciones impuestas al concursado, en cambio, suponen una limitación objetiva en relación con ciertos bienes, desplegando sus efectos incluso en caso de muerte del concursado* (arts. 182.1 y 40.5 LC), de manera que tales limitaciones solo se extinguen cuando se agotan los bienes de la masa activa y concluye el concurso (art. 176.1.3.º y 178 LC) o bien cuando se aprueba judicialmente el convenio o a falta de este, cuando concluye la liquidación (arts. 133.2, 3 y 4 LC y 147, 176.2.º y 4.º y 178 LC). Las limitaciones, pues, recaen sobre los derechos de titularidad del concursado, y más precisamente, sobre las facultades de administrar y disponer que integran el contenido de tales derechos y se refieren a los bienes integrados en la masa activa, esto es, bienes existentes en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso, bienes que se reintegren al mismo y bienes que se adquieran hasta la conclusión del procedimiento (art. 76.1 LC); no así referentes a los bienes inembargables ni a los que se entreguen al concursado en concepto de alimentos (art. 76.2 y 47 LC). Por todas estas razones MARTÍNEZ FLÓREZ considera que estaríamos en presencia de prohibiciones de disponer y de enajenar (MARTÍNEZ FLÓREZ, 2005, 104-127). *Vid*., en este sentido, MONTÉS PENADÉS, 2007, 15-8. Por su parte, PARRA LUCÁN reconoce que, al menos en ciertos casos, la limitación de facultades patrimoniales del concursado va unida a una auténtica prohibición cuya infracción llevaría aparejada una sanción penal indicando que «al legislador no le ha parecido suficiente, dados los intereses en juego, con privar de validez a los actos del concursado [que infringen las limitaciones impuestas por el auto de concurso], y ha decidido castigar penalmente a quien, una vez admitida la solicitud de concurso (antes, incluso de que se dicte el auto de declaración) *realice disposiciones patrimoniales o asuma obligaciones perjudicando a sus acreedores*» (PARRA LUCÁN, 2009, Base de Datos Dialnet, Texto electrónico, 9-12). Así, el artículo 260. 2 CP señala que «será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto».

[9] En el mandamiento habrá de expresarse si la resolución es o no firme (art. 24.5 LC), e insertarse la propia resolución en cuya virtud se libra (arts. 165 y 166.4.ª RH).

[10] La práctica de la anotación de concurso sería posible sobre la base de este tipo de documento, pues el artículo 24.7 en relación con el artículo 24.2 LC establece que regla-

mentariamente podrán establecerse mecanismos de coordinación *entre los diversos registros públicos en los, con arreglo a lo previsto en los apartados anteriores,* habrán de hacerse constar el auto de declaración y las demás vicisitudes del concurso. Artículo 323 RRM. *Remisión de datos al Registro Mercantil Central y a los registros públicos de bienes*. «1. Los Registradores Mercantiles, remitirán al Registro Mercantil Central, inmediatamente después de practicar el correspondiente asiento, los datos relativos a las resoluciones judiciales en materia concursal a las que se refiere el artículo 320 que sean suficientes para que, conforme a lo dispuesto por el artículo 390, la información que facilite el Registro Mercantil Central y su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil permitan apreciar el contenido esencial del asiento al que se refieran. 2. Si los datos relativos a los bienes que obraran en las actuaciones y en el mandamiento fueran suficientes, el mismo día en que se hubiera practicado el correspondiente asiento, los Registradores Mercantiles remitirán una certificación del contenido de la resolución dictada por el Juez del concurso al Registro de la Propiedad, al Registro de Bienes Muebles o a cualquier otro registro público de bienes competente. 3. La comunicación a los Registros públicos de bienes será telemática y estará autorizada con la firma electrónica del Registrador Mercantil o, si no fuera posible, se realizará mediante correo certificado urgente, con acuse de recibo. Esta certificación será título bastante para practicar los correspondientes asientos».

[11] PAU PEDRÓN, 2015, 3.

[12] También podrá practicarse sobre bienes no inmatriculados a nombre del concursado, siempre que el Juzgado lo ordene, y se practique previamente la inscripción a favor del concursado (*arg. ex* arts. 629.2 LEC y art. 73.3 y 203.2 LH).

[13] *Vid.*, PAU PEDRÓN, 2015, 4-5; CUENA CASAS, 2010, 97-153.

[14] PAU PEDRÓN, 5. La apertura del procedimiento de ejecución hipotecaria consta en el Registro de la Propiedad mediante la nota marginal acreditativa de haberse expedido la certificación de dominio y cargas para dicho procedimiento.

[15] De acuerdo con el artículo 20.2 LC, el pronunciamiento del auto que declara el concurso es recurrible en apelación, computándose el plazo para ello en la forma indicada en el artículo 20.4 LC.

[16] Sobre el derecho de separación del propietario, *vid.*, GÓMEZ GÁLLIGO, 2016; JIMÉNEZ PARÍS, 2017.

[17] PAU PEDRÓN, 16-17.

[18] Aunque el artículo 40.7 LC señala que los actos del concursado que infrinjan las limitaciones establecidas en el artículo 40 LC no podrán ser inscritos en Registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme, lo cierto es que resulta posible que si todavía no ha accedido al Registro de la Propiedad la declaración de concurso mediante inscripción (o anotación preventiva, si la resolución no es firme), con indicación de la situación de intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado, *puedan acceder al mismo actos anulables verificados por el concursado, es decir, una titularidad claudicante*. Ciertamente esta posibilidad cada vez es más reducida pues el artículo 24.6 LC señala que «el traslado de la documentación necesaria para la práctica de los asientos se realizará preferentemente por vía telemática desde el Juzgado a los Registros correspondientes» y que «excepcionalmente, y si lo previsto en el párrafo anterior no fuera posible, los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso, con los mandamientos necesarios para la práctica inmediata de los asientos registrales previstos en este artículo». Además, el nuevo artículo 24.7 LC indica que «reglamentariamente podrán establecerse mecanismos de coordinación entre los diversos registros públicos en los que, con arreglo a lo previsto en los apartados anteriores, habrán de hacerse constar el auto de declaración de concurso y las demás vicisitudes del concurso» (*vid., ut infra* lo que decimos en torno a los medios de que dispone el Registrador de la Propiedad para conocer la situación concursal del titular registral). En todo caso, si llegara a acceder el título anulable, aunque la parte que hubiese contratado con el concursado hubiera confiado en los pronunciamientos registrales, y por lo tanto, en la libertad de disposición de sus bienes por parte del concursado, el acto no dejaría de ser inválido (con invalidez relativa) desde el punto de vista del Derecho sustantivo civil y la inscripción no convalidaría el acto o contrato

(art. 33 LH). El que contrata con el concursado es parte en el acto afectado por la ineficacia y no tercero. Por ello no puede obtener la protección del Registro de la Propiedad. Sí que resultaría protegido, en cambio, el subadquirente posterior, si reuniese los requisitos del artículo 34 LH, frente a la anulación del derecho del transmitente por la administración concursal (art. 40.7 LC), por causa (limitaciones patrimoniales del concursado) que no constaba en el Registro. Señalado lo anterior, resulta evidente que anotar preventivamente la declaración de concurso mientras esta no es firme, impide el surgimiento de un tercero hipotecario en los términos explicados.

[19] GÓMEZ GÁLLIGO, 2016, 2-4. Se trataría, señala, de una solución similar a la que la DGRN seguiría, inspirándose en los artículos 71 LH y 145 RH, para las anotaciones preventivas de prohibición de disponer adoptadas en *procedimientos civiles*. Según estos preceptos se impide el acceso al Registro del acto dispositivo *inter vivos* otorgado con posterioridad a la anotación preventiva pero, *a sensu contrario*, se permite el acceso al Registro del título de fecha anterior, pues cuando se celebró el acto dispositivo, el demandado no tenía limitada su facultad dispositiva, y por ello el acto fue válido y debe tener acceso al registro, aunque ello no implique la cancelación de la anotación preventiva de prohibición de disponer, la cual deberá arrastrarse. En cambio, en relación con las anotaciones preventivas de prohibición de disponer derivadas de *procesos penales y expedientes administrativos*, la DGRN aplicaría el artículo 17 LH y no el artículo 145 RH, provocando el cierre registral incluso respecto de actos dispositivos anteriores a la anotación preventiva de prohibición de disponer por existir en esta cierto componente de orden público (intereses penales, urbanísticos…). Cuestión distinta sería la ejecución derivada de asientos anteriores (anotación de embargo, hipoteca) a la anotación de prohibición de disponer en que cabría inscribir la adjudicación o venta forzosa (*ex*. art. 145 RH), determinando la cancelación de la anotación de prohibición de disponer por ser asiento posterior (art. 674 LEC). Solución aplicable en relación con el concurso, siempre que la adjudicación derivada de hipoteca anterior se hubiese verificado antes de dictarse el auto de declaración de concurso (*cfr*. art. 56.2 LC) (*op. cit, loc. cit.*).

[20] La publicación en el Registro Público Concursal tendría un valor meramente informativo o de publicidad noticia, a la vista de la cual, el interesado podrá acudir a los registros de eficacia jurídica (Registro Civil, Mercantil, Registro de la Propiedad, Registro de Bienes Muebles). Por ello, algunos Registradores consideran que es imposible calificar una escritura a la vista de lo publicado en el mismo. A favor de tal calificación sobre la base de tal publicidad noticia, se alega el artículo 24.7 LC.

[21] GÓMEZ GÁLLIGO, 2016, 3.

[22] *Vid*., RDGRN de 16 de febrero de 2012, que cita la RDGRN de 29 de junio de 1988, y según la cual siempre que la situación concursal conste fehacientemente al Registrador, bien por derivar de asientos previos practicados en la hoja registral del bien, o de asientos vigentes en el Libro de Incapacitados del propio Registro o del Índice centralizado de la información de los libros de incapacitados del Colegio de Registradores (creado por la Instrucción de la DGRN de 29 de octubre de 1996), o del Registro Mercantil, *debe tenerse en cuenta a la hora de calificar el título*. Incluso el auto declaratorio del concurso, presentado después que el título que se califica, podría ser tenido en cuenta pues el artículo 17 LH no jugaría respecto de documentos que solo afectan a la situación subjetiva del otorgante del documento y que ofrecen la posibilidad de realizar una calificación más adecuada a la legalidad a la vista de la capacidad de los otorgantes (art. 18 LH en relación con el art. 65.4.º LH, que habla de calificar con arreglo a los asientos relacionados con el título presentado existentes en [cualquier] Registro; art. 281.4.º LEC en relación con el art. 23 LC). Pues resultaría absurdo concluir que porque las partes o el Notario autorizante no han consultado el Registro Mercantil al tiempo del otorgamiento, el Registrador tiene que inscribir un título para el que el disponente estaba legalmente inhabilitado (según dato obrante en el Registro Mercantil) y permitir que, merced al juego del artículo 34 LH se puedan causar perjuicios y situaciones irreversibles derivados del principio de fe pública registral.

[23] BLASCO GASCÓ, 2004, 33.

[24] SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2015, 86. Para estos autores la anotación preventiva de concurso sería encuadrable entre las anotaciones preventivas de demanda de incapacidad.

[25] «Como ya dijo este Centro Directivo con respecto a las inscripciones o anotaciones de quiebra extendidas en el Registro con arreglo a la legislación anterior, y que igualmente puede aplicarse al régimen actual, tales asientos no constituyen propiamente una carga de la finca o derecho sino una situación subjetiva de dicho titular que afecta a la libre disposición de sus bienes, como son las inscripciones de incapacidad a que se refiere el artículo 2.4 de la LH (*cfr*. Resoluciones de 25 de marzo de y 1 de abril de 2000). De ahí que sean inscribibles los actos otorgados por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso, en cuanto válidos y eficaces, si bien con importantes limitaciones derivadas del juego del principio de prioridad, en los casos en los que conste ya en el Registro la anotación o inscripción del concurso, pues, como señala la Resolución de 3 de junio de 2009, «…en todo caso, por aplicación de lo establecido en el artículo 17 de la LH, la inscripción de los referidos actos traslativos se practicará con absoluta supeditación al procedimiento concursal al que se refiere la previa anotación preventiva, de modo que será el titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la referida anotación a quien corresponderá la carga de la defensa de su dominio, para evitar que el ulterior desenvolvimiento del procedimiento de ejecución universal provoque la cancelación de aquella inscripción posterior (*cfr*. arts. 80 y 81 LC; y, respecto de la anotación de embargo, las Resoluciones de 6 de septiembre de 1988, 12 de junio de 1989 y 23 de marzo de y 5 de mayo de 1993) … ». En definitiva, con la anotación o inscripción de la declaración de concurso se trata de dar publicidad registral a las limitaciones que afectan al titular registral de los bienes en sus facultades de administración y disposición evitando así el acceso al Registro de actos claudicantes o anulables (*cfr*. art. 18 de la LH y art. 40 LC) y enervando los efectos de la fe pública registral respecto de terceros subadquirentes de los bienes (*cfr*. arts. 32 y 34 de la LH).

[26] *Cfr.*, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1997, 473-475.

[27] *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2013. Para el Derecho anterior a la Ley Concursal de 2003, la RDGRN de 24 de abril de 1959 indicó, en relación con una escritura de hipoteca otorgada con anterioridad a la declaración de quiebra, que «tanto si se estima la declaración de quiebra como una incapacidad, como si constituye una prohibición de enajenar, es lo cierto que producirá efectos en el Registro solo respecto de los actos realizados por el quebrado *posteriores a la declaración o a la fecha a la que deba retrotraerse la misma*». Por su parte, la RDGRN de 8 de julio de 2010, que cita la de 3 de junio de 2009, viene a señalar que la anotación preventiva o inscripción de la declaración de concurso se verifica al amparo del artículo 26.2 LH; que tiene la naturaleza de una anotación preventiva de prohibición judicial de disponer y *que es reflejo registral de la privación del poder de disposición al demandado respecto de los bienes objeto de la anotación.* Pero que «ningún obstáculo existe a la inscripción de los actos de enajenación realizados por el deudor antes de la declaración de concurso, sin necesidad de intervención alguna del Juez del concurso ni de los administradores del mismo, toda vez que tales bienes no se integran en la masa del concurso [tratándose de enajenaciones] … y sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio de la rescisión de tales actos cuando el deudor los hubiera realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración» (art. 71 y 76 LC). Ahora bien, esta admisión de la inscripción del título previo se combina con la idea del arrastre de la carga de la anotación por aplicación del principio de prioridad registral, de modo que *será el titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la referida anotación a quien corresponderá la carga de la defensa de su dominio y la postulación del levantamiento de la medida cautelar (arts. 84 LH y 726.2 LEC y 80 LC), sobre la finca que ya es de su propiedad y no del concursado. Solo al Juez (del concurso) corresponderá acordar la cancelación de la anotación preventiva, conforme a lo previsto en el artículo 83 LH, a la vista de las circunstancias del caso, de forma similar a como acontece, sin perjuicio de sus diferencias, en el caso de las anotaciones de embargo, que se levantan a través de la tercería de dominio*. Finalmente, la RDGRN de 2 de noviembre de 2011, mantuvo que ya se acogiera la tesis de que las limitaciones patrimoniales del concursado afectan a la capacidad de obrar del concursado, ya se entendiese que afectan al poder de disposición sobre los bienes, que ya no sería libérrimo por mediar una prohibición de disponer, la *calificación de la capacidad y legitimación (en la medida en que la prohibición puede ser reconducida a un caso de falta de legitimación) del disponente ha de realizarse con referencia al momento del otorgamiento del negocio de que se trate [se trataba de una hipo-*

teca unilateral, art. 138 LH]. Como los efectos limitativos sobre el poder de disposición del deudor solo se producen a partir del momento en que el Juez declara el concurso, «solo a partir de ese momento estarán viciados de anulabilidad los actos llevados a cabo por él mismo en contravención de las medidas limitativas ordenadas por el Juez. Todo acto o negocio jurídico llevado a cabo por el deudor con anterioridad estará en principio, a salvo de las consecuencias jurídicas establecidas, por el ordenamiento para los posteriores». «… *Emitido el consentimiento para la constitución del derecho de hipoteca sin que exista limitación a la libre disposición del hipotecante, las vicisitudes posteriores que puedan producirse y que deriven en un retraso en la presentación a su inscripción en el Registro, no implican una corrupción de aquel* y todo ello sin perjuicio de las consecuencias que en el desarrollo del procedimiento de ejecución de hipoteca tenga la existencia del procedimiento concursal (arts. 56 y 57 de la LC) o de los derechos de impugnación por rescisión contemplados en la Ley (arts. 71 y 72 de la propia LC)». «Por estas razones, y como pone de manifiesto la Resolución de este Centro Directivo de 3 de junio de 2009, la anotación preventiva relativa al concurso, implica únicamente que "no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el Juez de este, salvo lo establecido en el apartado I del artículo 55 de esta Ley" (art. 24.4 LC). Asimismo, se produce el cierre registral respecto de los actos dispositivos que, con posterioridad a la declaración de concurso realice el deudor con infracción de la limitación consistente en la suspensión de sus facultades de administración… Pero ningún obstáculo existe a la inscripción de los actos dispositivos realizados por el deudor antes de la declaración del concurso, sin necesidad de intervención alguna del Juez del concurso ni de los administradores del mismo y sin perjuicio igualmente del arrastre de la anotación del concurso a la inscripción que se practique».

[28] «Que la anotación preventiva de la prohibición de enajenar bienes inmuebles admitida por el número cuarto del artículo 42 de la LH puede, en primer lugar, ir encaminada a robustecer y asegurar un mandamiento de embargo, en cuyo caso no impide la práctica de posteriores inscripciones o anotaciones, o puede, en segundo término, *reflejar una situación procesal que por motivos de orden público o para garantizar los resultados de un juicio universal* o en atención a los efectos retroactivos que la declaración de incapacidad de una persona puede provocar, *cierra temporalmente el Registro, como si constituyera un obstáculo o precepto impediente y niega las ventajas de la inscripción a los títulos contradictorios de su finalidad que no gocen por otras razones de preferencia hipotecaria*. Que esta aproximación de los efectos de la anotación preventiva de la segunda clase a los característicos de la prohibición de enajenar [voluntaria] se halla también justificada por la fundamental razón de que la orden prohibitiva del Juez más bien va dirigida en tales casos a evitar el acto ilegal o ilícito que a decretar su nulidad, *y por la conveniencia de negar la entrada en los libros hipotecarios a las enajenaciones del quebrado o concursado*, de los presuntos incapaces cuyas facultades se discuten y, en general, de las personas que por su representación en procedimientos universales *pudieran introducir la confusión y la inseguridad en los asientos del Registro*».

[29] La doctrina, justificando el sentido diferente de esta resolución respecto de la doctrina mayoritaria de la DGRN ha señalado que se trataba de una prohibición de disponer decretada en expediente administrativo de disciplina urbanística, lo que pudo dar lugar a la apreciación de la concurrencia de un motivo de orden público o interés público relevante, determinante del fallo de la Resolución (*vid., ut supra*, nota 20).

[30] *Vid.,* BLASCO GASCÓ, 2004, 11-13.

[31] *Vid*, más extensamente, JIMÉNEZ PARÍS, 2013.

[32] *Cfr.,* PAU PEDRÓN, 2015, 18-21. A favor de la inscripción de la hipoteca rezagada se alega también que el privilegio especial del artículo 90 LC no nace *ex lege*, sino que ha de ser reconocido por el Juez en el concurso por los trámites concursales ordinarios, y que sería necesario tal reconocimiento expreso (que no debería producirse *ex artículo 90.2 LC* pues los requisitos de oponibilidad no se cumplían al declararse el concurso), para poder inscribir la adjudicación acordada fuera del concurso.

[33] PAU PEDRÓN, 2015, 21.

[34] PAU PEDRÓN, 2015, 27. Pueden practicarse anotaciones de embargo, posteriores a la declaración de concurso, sobre bienes integrados en la masa activa y ordenadas por el

Juez del concurso, derivadas de créditos contra la masa. Estos créditos extraconcursales, enumerados en el artículo 84 LC y no sometidos al concurso, gozan de preferencia sobre los créditos concursales, pagándose de forma inmediata o a su respectivo vencimiento. En la fase de convenio no quedan sometidos al mismo y en la fase de liquidación se pagan antes que los créditos concursales (art. 154 LC). De acuerdo con los artículos 82.3 y 84.4 LC, los bienes de la masa activa pueden ser objeto de anotación de embargo o de hipoteca en garantía de estos créditos. Ahora bien, como están vigentes las limitaciones derivadas del auto de declaración de concurso, en la fase común solo podrán constituirse tales hipotecas con autorización del Juez del concurso (salvas las excepciones del art. 43.3 LC) y el embargo y su anotación deberá estar decretado por el mismo Juez. Tanto la ejecución de la hipoteca como la ejecución de los embargos, recaiga sobre bienes necesarios o no necesarios para la actividad profesional o empresarial, se somete a las limitaciones señaladas en el artículo 84 LC que son las mismas que las previstas en el artículo 56 LC para hipotecas anteriores a la declaración de concurso (PAU PEDRÓN, 2015, 31-32).

[35] PAU PEDRÓN, 2015, 6. La inscripción de concurso ha podido practicarse antes de la aceptación del cargo por el administrador concursal (art. 29 LC). Por ello, a la hora de inscribir un acto dispositivo intervenido u otorgado por la administración concursal, el Registrador debe exigir que se acredite la aceptación del cargo, a través del testimonio expedido por el Secretario judicial del acta correspondiente o a través del documento acreditativo de la condición de administrador concursal que se entrega a los administradores una vez que han aceptado el cargo (PAU PEDRÓN, 2015, 3).

[36] La hipoteca otorgada por el concursado después de la declaración de concurso (sin sujetarse a las limitaciones dispositivas) no podrá inscribirse aunque estuviera ya asentada en el Libro Diario al presentarse el mandamiento con el auto declaratorio del concurso, porque de los propios asientos del Registro, resultaría la falta de facultad dispositiva del otorgante, no jugando aquí el principio de prioridad (art. 17 LH) sino el de legalidad (art. 18 LH).

[37] Se trata de autorización para la venta directa. La venta por subasta solo es requerida en la fase de liquidación, si el plan de liquidación no prevé otra cosa (art. 149.2 LC). El Juez, mediante su autorización, determina el precio, forma y condiciones de la misma (PAU PEDRÓN, 2015, 7).

[38] *Cfr.:* GÓMEZ GÁLLIGO, 2016, 5; PAU PEDRÓN, 2015, 7.

[39] Se ha considerado que las nuevas excepciones contenidas en los números 1.º y 2.º del 43.3 LC, a la regla general del artículo 43.2 LC, están redactadas en términos tan amplios e indeterminados que quedan bajo la responsabilidad y decisión de la administración concursal (no cabiendo un control registral). A este respecto el control se limitaría a verificar que en el título presentado la administración concursal manifiesta expresamente la razón por la que estima no aplicable la regla general del artículo 43.2 LC (dado que en caso de omisión, el Registrador deberá calificar conforme a tal omisión, y por lo tanto exigir la autorización judicial previa). Hecha tal manifestación por la administración concursal, a efectos de calificación, bastaría que se expresase en el título que se ha dado o se va dar cuenta del cumplimiento de la obligación de comunicación al Juez del concurso. En mi opinión sería preciso acreditar al Registrador la comunicación al juzgado (pues de lo contrario tal obligación podría ser incumplida).

[40] PAU PEDRÓN, 2015, 7.

[41] *Cfr.* ALBALADEJO, 2002, 850. Esta interpretación se deduce también de los términos del artículo 43.3.2.º *in fine, según los cuales «la oferta presentada quedará aprobada si en plazo de diez días no se presenta una superior»*.

[42] PAU PEDRÓN, 2015, 7.

[43] Sobre que la autorización no es necesaria siempre, poniendo en relación el artículo 155 LC, con los artículos 43 y 44 de la misma, *vid.,* PAU PEDRÓN, 8.

[44] PAU PEDRÓN, 8-9.

[45] Señala PAU PEDRÓN que «en el régimen concursal late el principio, no formulado explícitamente, de que las hipotecas solo pueden cancelarse por pago o cumplimiento» (*op. cit.,* 8).

[46] *Cfr.:* PAU PEDRÓN, 2015, 9-13.

[47] PAU PEDRÓN, 2015, 28-29.

[48] *Vid.,* JIMÉNEZ PARÍS, 2017.

[49] PAU PEDRÓN, 17-18.

[50] De acuerdo con el artículo 51 LC, el juicio declarativo seguirá sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo del mismo, hasta la firmeza de la sentencia. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá al deudor en el procedimiento judicial en trámite, necesitando la autorización del Juez del concurso para desistir, allanarse y transigir. En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal para desistir, allanarse, y transigir. Al formarse el inventario, de acuerdo con el artículo 82.4 LC se añadirá una relación de todos los litigios (y por lo tanto del derivado del ejercicio de la acción reivindicatoria o declarativa del dominio), cuyo resultado pueda afectar a su contenido, informándose sobre viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales.

[51] Es preciso estar a la fecha de la diligencia de embargo y cotejarla con la del auto de declaración de concurso

[52] Una vez aprobado el plan de liquidación, hay que estar al contenido del plan y procede la satisfacción del crédito por el orden legalmente establecido dentro del concurso.

[53] PAU PEDRÓN, 2015, 21-23. Excepción justificada, pues podría ocurrir que anotado el concurso, y recurrido en apelación el auto de declaración, fuese estimada la apelación y concluyese el concurso, archivándose las actuaciones (art. 176.1.1.º LC), no pareciendo lógico que el anotante de embargo pudiera perder la prioridad y publicidad y oponibilidad de la traba, ganada con la práctica de la anotación.

[54] PAU PEDRÓN, 2015, 27.

[55] La paralización de la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar ha sido acogida en la regulación del AEP (art. 235.2 a) de la LC).

[56] JIMÉNEZ PARÍS, 2012 (2).

2. DERECHO MERCANTIL

El plazo de prescripción ante la nulidad de las cláusulas abusivas

Statutory limitation on actions asserting the voidability of abusive clauses

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: La alegación de prescripción de la acción de nulidad de las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas está siendo constante en consideración al plazo de anulabilidad de cuatro años previsto en el artículo 1301 del Código Civil, lo que de forma reiterada no viene admitiéndose por nuestras Audiencias Provinciales quienes vienen declarando unánimemente la imprescriptibilidad de la acción de nulidad ante este tipo de acciones.

The contention that actions to set aside general conditions of contract and abusive clauses are time barred is constantly made on the basis of the statutory limitation of four years for voidability provided for in article 1301 of the Civil Code. This has been repeatedly rejected by the Spanish Provincial Courts, which have unanimously ruled that such actions to set aside are not time barred.

PALABRAS CLAVE: Derecho de contratos. Cláusulas abusivas. Nulidad de las condiciones generales. Plazo de prescripción.

KEY WORDS: Contract law. Abusive clauses. Voidability of general conditions. Statutory limitation.

SUMARIO: I. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA. —II. LA RESPUESTA EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA

De nuevo la restitución de las cantidades derivadas de la declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas suelo, parece que está siendo origen

de debate, esta vez en cuanto a la existencia o no de un plazo de prescripción para la obtención de las mismas.

Para empezar con la exposición del tema prescriptivo que en estos momentos nos ocupa, hemos de tener presente que el artículo 8 de la LCGC, establece expresamente lo siguiente:

> «Artículo 8. Nulidad.
>
> 1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.
>
> 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

Mientras que el artículo 83 de la LGDCU, prevé lo siguiente:

> «Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.
>
> *Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*».

Como afirma GETE ALONSO[1], expresando a nuestro juicio una opinión generalizada: «la nulidad de pleno derecho implica la ineficacia absoluta, imprescriptible, no sanable y *erga omnes,* de la cláusula: el régimen de la nulidad contractual (como recuerda el art. 9.1). El "otro efecto distinto" habrá de indagarse en cada caso concreto, aunque se hace difícil pensar en supuestos en los que esto ocurra (salvo, en su caso, el de los actos en fraude, artículo 6.4 del Código Civil).

No se hace referencia a la posibilidad del régimen de anulabilidad, impugnación, cuando el contrato se haya celebrado bajo algún vicio del consentimiento (cfr. arts. 1265 y sigs. del Código Civil). Ha de entenderse que este no se excluye por aplicación de las reglas generales del Código Civil (*vid.,* sobre esto, recientemente, PAGADOR LÓPEZ, Impugnación por vicios del consentimiento, La Ley, 1999, abril)».

Asumiendo la imprescriptibilidad de la acción de nulidad pero sí la prescriptibilidad de la acción restitutoria, a modo de ejemplo BLANDINO GARRIDO, razona lo siguiente[2]: «Desde el momento en que la nulidad opera *ope legis* y *ab initio,* y sobre todo estando la nulidad fuera del campo de la autonomía de la voluntad, la acción individual de las cláusulas abusivas, no prescribe, ni caduca, ni tampoco la excepción (con carácter general, artículo 1296.1 *in fine,* de la PMCC decreta que la acción de nulidad de pleno derecho es «imprescriptible»)… Cuestión distinta es que el adherente ya hubiera cumplido su prestación, sobre la base precisamente de la cláusula cuestionada, en cuyo caso la acción de condena a la restitución estará sometida al plazo general de prescripción de quince años. Acudimos al plazo de quince años porque es el general establecido en nuestro ordenamiento para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción (art. 1964 del Código Civil). Naturalmente, no cabe aplicar ni el plazo corto de prescripción trienal del artículo 1967.4 C, por cuanto esta norma, aun teniendo

como *ratio* la tutela del consumidor, se aplica a una hipótesis totalmente diferente (a las reclamaciones que efectúen los mercaderes del precio en las ventas de consumo), ni tampoco al plazo de cuatro años del artículo 1301 del Código Civil (dos años en la PMC, *ex* art. 1304), dado que no estamos ante un supuesto de anulabilidad. Desde luego, debe quedar claro que lo prescribe es la acción de restitución, pero no la excepción, en virtud de la regla *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*. En todo caso, si se llegara a estimar que también la acción para pedir la declaración de nulidad de cláusulas abusivas está sometida a plazo de prescripción el *dies a quo* debería fijarse en el momento en que el predisponente quisiera hacer valer la cláusula abusiva. Antes no será necesario anular dichas cláusulas (es posible incluso que no lleguen nunca a utilizarse). Es entonces además cuando la parte adherente tendrá noticia del contenido de la cláusula abusiva, dado que los requisitos del control de inclusión no garantizan un conocimiento efectivo de los clausulados predispuestos».

No obstante, lo anterior se ha defendido la aplicación de cuatro años (MIQUEL GONZÁLEZ)[3] para la acción restitutoria derivada de esta nulidad, sobre la base del entendimiento de que nos encontramos ante una nulidad de pleno derecho de carácter relativo: «La nulidad establecida en el artículo 8 es una nulidad de pleno derecho relativa. La doctrina a veces parte de prejuicios sobre la nulidad. Una ineficacia establecida por la Ley no tiene por qué encajar en un concepto previo elaborado por alguna de las construcciones doctrinales sobre la nulidad. Una nulidad de pleno derecho relativa no es ninguna contradicción en los términos. De pleno derecho equivale a por obra de la Ley y no por obra de la sentencia que la aprecie. La sentencia que estime la nulidad no es constitutiva. Así, se rechaza que el artículo 8 establezca una ineficacia semejante a la que representa para la doctrina dominante la anulabilidad. Mas esa ineficacia no se aleja en esto de otra construcción de la anulabilidad, que sostiene que la sentencia en el caso de la anulabilidad no es constitutiva.

Lo específico del artículo 8.1 es la frase en perjuicio del adherente, que lo diferencia del artículo 6.3 Código Civil, y establece una ineficacia relativa a pesar de ser de pleno derecho. Esa frase no significa, claro es, que solamente sean nulas las condiciones generales que contravengan en perjuicio del adherente normas imperativas o prohibitivas. Las normas imperativas o prohibitivas de otras leyes no se ven afectadas por el artículo 8.1 LCGC; por ello la mención de esas normas en el artículo 8.1 LCGC es en alguna medida irrelevante e inoportuna. Pero hay normas imperativas relativas o parcialmente imperativas, como son las que tratan de proteger a una parte y no a otra, lo que no debe confundirse con que sean de interés privado solamente. La contravención de estas normas puede dar lugar coherentemente a una nulidad de pleno derecho relativa».

Dicha asunción la efectúa MIQUEL GONZÁLEZ tanto en casos de nulidad de las condiciones generales *ex* artículo 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación sobre el entendimiento de que nos encontramos ante una nulidad relativa, al producirse la nulidad solo en perjuicio del adherente, como para los casos de la nulidad de la cláusula abusiva en el ámbito de la contratación con consumidores y usuarios, *ex* artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y del artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dado que a juicio de MIQUEL GONZÁLEZ existe una cierta analogía entre el control de transparencia y los vicios del consentimiento (error y dolo)[4].

Así, concluye MIQUEL GONZÁLEZ[5] sobre el referido plazo prescriptivo restitutorio sobre la base de la consideración de una nulidad de pleno derecho

de carácter relativo: «La nulidad de pleno derecho es imprescriptible según la doctrina dominante, pero no parece que, una vez declarada la nulidad, pueda reclamarse sin límite temporal alguno la restitución de cantidades percibidas por el predisponente. No sería sistemáticamente descabellado aplicar a esta acción de restitución el plazo de cuatro años del artículo 1301. La remisión del artículo 9 a las reglas de la nulidad contractual podría entenderse hecha a este precepto situado justamente en un capítulo del Código Civil que lleva ese título. A mi juicio la ineficacia que corresponde a una nulidad de pleno derecho relativa es análoga a la llamada anulabilidad entendida conforme a la tesis de F. DE CASTRO Y DELGADO, que parcialmente comparto. No se trata de una anulabilidad tal como la entiende la doctrina dominante, sino de una nulidad que solamente puede hacer valer el adherente, pero que no requiere una sentencia. Tampoco se trata de una ineficacia que se produzca por el ejercicio de un derecho potestativo, porque es de pleno derecho. En cualquier caso parece que la prescripción aplicable a la restitución de las cantidades indebidamente percibidas no podría exceder del plazo de una acción de enriquecimiento, que es el general de las acciones personales (15 años, art. 1964)».

Otra tesis ha sido sostenida recientemente por CARRASCO PERERA[6], consistente en afirmar que está prescrita la acción de restitución de las cantidades pagadas en virtud de una cláusula suelo cuando han transcurrido cuatro años desde que la relación derivada del préstamo hipotecaria haya sido terminada por cualquier causa.

CARRASCO PERERA, entiende que nos encontramos ante un supuesto de anulabilidad, razonando al respecto lo siguiente: «En una *concepción funcional de las nulidades* proponemos que toda nulidad producida en el contexto de condiciones generales y cláusulas no negociadas, *y por supuesto la que procede de un reproche de falta de transparencia,* son hipótesis de «anulabilidad». Llamamos concepción funcional de las nulidades a una división del género de la ineficacia originaria como la que espléndidamente se expone hoy en el artículo 1179 del Código Civil francés reformado por la Ordenanza 2016-131 de 10 de febrero de 2016: *la nulidad será absoluta cuando la regla violada tenga por objeto la salvaguarda del interés general. Será relativa cuando la regla violada tenga por objeto la salvaguarda del interés privado.* Esta concepción es la que se defiende en España por los autores que más conspicuamente y más recientemente han reflexionado sobre la teoría de las nulidades en España».

Apoya además CARRASCO sus razonamientos en lo que llama «régimen expansivo de la anulabilidad que *ha de servir de marco regulatorio analógico para otros supuestos de ineficacia negocial donde concurra identidad de razón*», cuando explica que: «Por eso los artículos 1302 y 1304 del Código Civil son incuestionablemente aplicables a los contratos celebrados por *incapaces naturales no incapacitados,* aunque se sostenga —lo que me parece incorrecto que estos contratos no son anulables, sino entera y radicalmente nulos. Dicha fuerza expansiva se justifica con más razón cuando las leyes califican como de anulabilidad casos que son extravagantes a la lógica de la anulabilidad. Así, cuando la forma está exigida por la ley en beneficio de uno solo de los contratantes, habrá que sostener que el régimen adecuado es el de la anulabilidad, generalizando de esta forma la solución que para un caso singular contiene el artículo 100 TRLGDCU. El artículo 40.7 LCon ha venido a confirmar esta tendencia. Incluso en aquellos casos en que la norma se formula como una aparente prohibición de conducta negocial (como en los tres primeros apartados del artículo 1459 del Código Civil o en el artículo 643 del Código Civil), en verdad se trata de una regla de protección

de intereses privados, por lo que el contrato prohibido podrá ser confirmado, y la legitimación para impugnarlo se delimitará por el artículo 1302 del Código Civil; en cualquier caso, la eventual ineficacia del negocio no puede fundarse en el artículo 6.3 del Código Civil, pues la norma que establece el privilegio y la protección de un tercero es precisamente derogable a voluntad de este tercero, lo que excluye la condición de norma prohibitiva. Por eso importa mucho considerar si la prohibición de contratar obedece a una razón de interés público o se trata de una regla de protección de sujetos determinados, y decidir por la nulidad radical o la anulabilidad en consecuencia».

En base a lo anterior, CARRASCO concluye que «la declaración de un contrato afectado de anulabilidad es imprescriptible y que la acción de restitución de las aportaciones hechas está afectada por la prescripción de cuatro años del artículo 1301 del Código Civil».

Cabe señalar que esta denominada fuerza expansiva de la anulabilidad en el ámbito de la contratación con consumidores ya fue puesta de manifiesto por DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN[7], cuando afirman lo siguiente: «Cabe conjeturar que en el terreno de la protección de consumidores y usuarios el mecanismo de la anulabilidad de los contratos se extenderá por ser preferible al de la nulidad de pleno derecho, precisamente porque aquel está diseñado para proteger a una de las partes contratantes frente a la otra (orden público de protección frente a orden público de dirección, según el conocido planteamiento de la doctrina francesa)», aunque pese a dicho desiderátum, también estos autores califican el régimen analizado de nulidad de pleno derecho relativo, cuando afirman lo siguiente: «Precisamente porque al establecer un régimen de invalidez el legislador no está vinculado por los prejuicios doctrinales sobre la nulidad, la Ley de condiciones generales de la contratación establece en su artículo 8 un régimen que puede calificarse de «nulidad de pleno derecho relativa».

En nuestra opinión la nulidad de pleno derecho a la que hacen referencia el artículo 8 de la LCGC y el artículo 83 de la LGDCU, son un claro caso de lo que se ha venido a denominar ineficacia automática del contrato[8] sin que la misma sea necesaria para su existencia una declaración judicial, siendo de carácter relativo ya que se limita el ejercicio de esta nulidad única y exclusivamente al adherente. Por ello, coincidimos con ese sector doctrinal (MIQUEL GONZÁLEZ) que califica a esta nulidad como nulidad de pleno derecho de carácter relativo.

Destaca en esta calificación a nuestro juicio, de forma correcta, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 10 de enero de 2007 *(AC* 2007, 843), cuando motiva su fallo de la siguiente forma:

> «*La sentencia apelada también desestima la nulidad de la cláusula sobre el pago de costas ínsita en la escritura de préstamo hipotecario porque considera que la acción está prescrita al haber transcurrido el plazo de 4 años del artículo 1301 del Código Civil (LEG 1889, 27) desde la firma de la escritura de préstamo el 6 de abril de 2001. Sin embargo, se trata de un supuesto de nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta, que es imprescriptible, a diferencia de la acción de la acción de anulabilidad o nulidad relativa sometida al plazo de prescripción de 4 años. Así resulta del artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 960), sobre Condiciones generales de la contratación según el cual «1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para*

el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional 1.ª L 26/1984 de 19 de julio (RCL 1984, 1906), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Puede surgir la duda de cómo se debe entender la remisión que se hace a las normas generales de la nulidad de los contratos. Lógicamente no se está haciendo referencia con dicha remisión a las normas de los artículos 1300 y siguientes del Código Civil reguladoras de las acciones de anulabilidad en nuestro Derecho, sino al conjunto de principios que doctrinal y jurisprudencialmente se han ido desarrollando y que permiten configurar dicha nulidad de pleno derecho en la ausencia de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil y la contravención directa de normas imperativas al amparo de los artículos 6.3 y 1255 del Código Civil.

Realmente, del juego de los artículos 8.1 y 9.1 LCGCU se desprende una curiosa situación, que algún autor ha denominado como de nulidad de pleno derecho de carácter relativo. En tal sentido no cabe duda que el artículo 8.1 proclama abiertamente la nulidad de pleno derecho o absoluta en relación con las condiciones generales. Este hecho, como es conocido, determina el carácter imprescriptible de las acciones de nulidad, la posible alegación por parte de cualquier interesado, su eficacia «erga onmes» *y la posibilidad de aplicación de oficio de las mismas por los tribunales. Sin embargo, y ahí radica el concepto de relativa, el artículo 9.1 limita la legitimación para el ejercicio de dichas acciones únicamente a los adherentes, privando de dicha legitimación al predisponente e incluso a terceros que se podrían ver afectados por dichas condiciones generales aún cuando no fueron parte del contrato. Es por tanto una nulidad absoluta, pero limitada en el ejercicio de la acción o de la excepción».*

Para la aplicación de la analogía, como función integradora del Derecho se requiere la existencia de una laguna legal. Puede hablarse pacíficamente de dicha existencia cuando existe una ausencia legislativa expresa. Comentando el artículo 4 del Código Civil, GULLÓN BALLESTEROS[9] se refiere a la analogía de esta forma: «Por tanto, se reconoce por el legislador la existencia de lagunas en la norma jurídica cuando —estas no contemplen un supuesto específico—. Sin embargo para recurrir a la analogía no basta este silencio, pues puede tratarse de una omisión deliberada porque no se ha querido regular. Es necesario que exista una necesidad de dar una respuesta jurídica, y de ahí que el precepto exija que se regule otro semejante, es decir, que si el legislador ha creído darle consecuencias jurídicas, el primero debe también recibirlas».

Siguiendo con la exposición de GULLÓN BALLESTEROS (*v. op. cit.*), a efectos de dilucidar la viabilidad de la aplicación analógica a este caso tratado, dice el citado autor que «La analogía descansa en la semejanza entre el supuesto de hecho no regulado con el regulado. Es una tarea difícil apreciar cuando existe esa semejanza. Puede entenderse que se produce cuando en el primero están los elementos sobre los que descansa la regulación del segundo o, dicho de otra forma, hay que ver si los elementos esenciales que constituyen la *ratio iuris* de la norma se observan en el primero, en el supuesto no regulado. El elemento de identidad no debe ser uno cualquiera, sino que el legislador tomó en consideración para establecer determinada norma concerniente a la relación prevista, con la que se quiere parangonar la no considerada. A ello alude el precepto comentado al

hablar de identidad de razón, queriendo significar seguramente que por contener ambos supuestos el elemento o elementos que llevan a establecer una determinada norma, la misma es, o debe ser, de aplicación a ambos. Precisamente porque hay que retornar a los fines de la regulación legal (*ratio iuris*), la analogía es un proceso de pensamiento valorativo y no únicamente una operación lógico-formal».

Puede afirmarse pues, que será posible la analogía porque la «*ratio iuris*» sea en mayor o en menor medida expresión de un principio general del sistema, que se enuncia ya expresamente (mediante el procedimiento analógico) como norma en la que subsumir el caso carente de regulación.

Sin embargo, en nuestro caso no estimamos que exista una laguna jurídica que pudiere justificar la aplicación analógica del régimen de la anulabilidad del Código Civil al régimen de la nulidad de pleno derecho de carácter relativo, ya que es el propio legislador quien en el artículo 8 de la LCGC se ha querido apartar del régimen general del Código Civil, para configurar esta categoría especial de ineficacia, por lo que consideramos efectivamente que nos encontramos ante una nulidad absoluta pero restringida en cuanto al régimen de legitimación al adherente, resultando que el plazo prescriptivo de la acción declarativa de nulidad es inexistente o lo que es lo mismo, imprescriptible, mientras que el plazo prescriptivo de los efectos restitutorios de la nulidad han de quedar sujetos al régimen de prescripción general de las acciones personales (*ex* art. 1964 del Código Civil).

Además no compartimos que el plazo de prescripción para los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula abusiva sea el previsto para la acción de anulabilidad ya que sería reconducir todos los supuestos de nulidad de una condición general en el ámbito de la contratación con consumidores al control de transparencia (si es que realmente, nos encontramos ante un tercer control y no se sostuviera lo que realmente parece ser que es que la falta de transparencia conduce al control de contenido) que es el que realmente afecta al consentimiento contractual, más allá del control de incorporación, obviando, por ejemplo, la nulidad que pudiera derivarse de una condición general por el conocido control de contenido y su consecuente declaración de abusividad[10].

Ya opinamos en su día[11], que al Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de marzo de 2013 *(JUR* 2013, 170534) no le falta razón en declarar imprescriptible la acción de simulación, ahora bien, solo lo debería haber hecho en cuanto a los efectos declarativos pero no en relación con los efectos restitutorios de la misma, los cuales, en nuestra opinión, estarían sujetos al plazo de prescripción general de las acciones personales de 15 años (hoy en día 5 años, tras la reciente reforma del art. 1964 del Código Civil), por aplicación de lo previsto en el artículo 1964 del Código Civil, puesto que sin lugar a dudas el artículo 1930 del Código Civil declara la prescriptibilidad de los derechos y acciones de cualquier clase que sean, sin que los efectos restitutorios de la nulidad se encuentren dentro de las acciones imprescriptibles que la Ley declara como tales.

Pone de manifiesto un debate existente como hiciera la clásica sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1964 *(RJ* 1964, 1152), que sentara con acierto el criterio de la prescriptibilidad de los efectos restitutorios de la acción de nulidad del siguiente modo:

> «*Que en la Sentencia últimamente citada de 7 de enero de 1958, proclamó esta Sala que la opinión científica, la legislación y la doctrina jurisprudencial, reconocen la existencia de la prescripción, como institución necesaria que sirve para asegurar la estabilidad económica, transformando en situación de Derecho, la que solo era de mero hecho, ya que, sin este*

medio, la propiedad y los derechos todos, se hallarían expuestos a una incertidumbre e inseguridad impropia de lo que constituye su esencia, con cuyas afirmaciones, se confirmaba la doctrina, ya hecha constar en anteriores Sentencias, entre otras en las de 8 de mayo de 1903, 2 de marzo de 1912, 26 de marzo de 1915 y 13 de abril de 1956 (RJ *1956, 1560), de que dado el concepto y fundamento de la prescripción, está la Institución encaminada, especialmente, a dar fijeza y certidumbre a la propiedad y a toda clase de derechos emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolla la vida, aun cuando estas, no se ajusten siempre a estricta justicia, que hay que subordinar, como mal menor, al que resultaría de una inestabilidad indefinida; y de esta doctrina se deduce que, si bien el mero transcurso del tiempo, no puede cambiar la naturaleza jurídica de los actos que han de evaluarse en Derecho, por lo que, lo inexistente, no alcanza realidad, ni lo ilícito, inmoral o dañoso, al interés público, se purifican de sus defectos, de lo que es consecuencia que no cabe accionar sobre la base de que, lo originariamente inválido, cobró eficacia por la acción del tiempo, que es principio de Derecho que lo nulo o vicioso no convalece por su transcurso, ello es cuestión aparte de la que se plantea en el caso de que, por voluntad de las partes, aunque sea al socaire del negocio viciado, se hayan creado situaciones de hecho y que, al no reaccionar contra ellas, oportunamente, terminen siendo enroladas en el ímpetu de la prescripción que actúa confirmando las situaciones de hecho al liberarlas de sus posibles reparos jurídicos; dentro de nuestro Código Civil, la cuestión aparece clara: en el párr. 2.º del artículo 1930, se declara la prescriptibilidad de los "derechos y acciones, de cualquier clase que sean": en los artículos 1295 y 1306, respectivamente, se establecen las obligaciones de las partes, en orden a deshacer los efectos de los contratos rescindidos o nulos por concurrencia de causa, torpe, sin establecer que, las oportunas acciones restitutorias sean imprescriptibles, cuyo carácter reconoce el Código solo a las que enumera en su artículo 1965; de aquí se sigue que aun no participando de la opinión de la Sala sentenciadora en orden a la inexistencia de la radical nulidad que se invoca —y dicho queda que este Tribunal la estima acertada— no escaparían las consecuencias fácticas, ya producidas y aun reiteradas por las partes en anteriores litigios, a la eficacia de la prescripción, cuya excepción alegada y aceptada en la instancia, por todo lo dicho, no puede quedar sin efecto, a la vista de los preceptos legales cuya infundada infracción, el recurrente denuncia*».

DE CASTRO[12], con apoyo en la Sentencia citada del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1964, se manifestó del siguiente modo: «Las llamadas acciones meramente declarativas, no están comprendidas dentro de sentido estricto de acción («actio») empleado por los artículos 1930, 1932 y 1961. Así no quedan sometidas a la prescripción las acciones para declarar la inexistencia, nulidad y simulación; aunque sí lo están las acciones restitutorias que de ellas pueden resultar. La prescripción de estas últimas acciones puede a su vez ser obstáculo para el ejercicio de las acciones declarativas, cuando ellas sean el interés que pueda justificar su ejercicio».

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN[13] también con apoyo en la Sentencia citada del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1964 vuelve a manifestarse a favor de la aplicación del plazo de prescripción de 15 años a los efectos restitutorios de la nulidad, al decir: «Es imprescriptible la acción para obtener la declaración de

nulidad absoluta (o inexistencia) de un negocio jurídico. Sin embargo, los efectos restitutorios que se persigan como consecuencia de la nulidad están afectados por la prescripción. Las acciones restitutorias que se ejercitan con la de nulidad de un contrato, por ejemplo, para lograr la restitución de la cosa entregada, prescriben como cualquier otra acción (Sentencias de 27 de febrero de 1964 y 13 de abril de 1988)».

Del mismo modo, CARRASCO[14] se pronuncia sobre la prescriptibilidad de los efectos restitutorios de la nulidad al razonar que: «El plazo de la acción de restitución derivada de un contrato que padezca de una ineficacia sin un régimen específico de prescripción es el general de quince años, como por lo demás la jurisprudencia viene manteniendo pacíficamente para la nulidad del contrato usurario».

REGLERO CAMPOS[15], resume el estado de la cuestión de la siguiente forma: «Especial consideración merece la acción de simulación. La imprescriptibilidad es evidente cuando se trata de simulación absoluta. Se ha planteado la duda respecto de la relativa, duda que, como se ha señalado, carece de fundamento, puesto que no parece que el negocio simulado tenga realidad jurídica, ni que esta pueda nacer utilizando la figura de la prescripción.

En definitiva, y con carácter general, la no sujeción a plazo de este tipo de acciones ha sido y sigue siendo una cuestión tradicionalmente pacífica en nuestra doctrina, habiendo sido confirmada por una copiosa jurisprudencia. En efecto, pasado un primer periodo de confusión entre los supuestos de mera anulabilidad y de nulidad absoluta, la jurisprudencia ha distinguido con claridad entre ambos tipos de ineficacia del negocio, declarando la imprescriptibilidad de la acción dirigida a la declaración de nulidad absoluta de un contrato o negocio, de acuerdo con la regla *quod ab initium vitiosum est*. Así, STS de 23 de octubre de 1992 (simulación absoluta en contrato de compraventa), 6 de junio de 1986 (falta de consentimiento contractual), 13 de febrero de 1985 (inexistencia de causa), 4 de abril de 1984 (falta de consentimiento: contratante mentalmente incapaz), 25 de abril de 1983 (contrato de arrendamiento celebrado por Consejero sin poder para ello).

Declaran también la imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta, diferenciándola de la situación de sometimiento a plazo de la acción de nulidad relativa, las STS de 16 de febrero de 1990, 19 de julio de 1989, 6 de abril de 1984, 14 de marzo de 1983, 5 de noviembre de 1981, 20 de noviembre de 1980, entre otras muchas, consolidando una doctrina que, referida al contrato, puede sintetizarse del siguiente modo: cuando se trate de un supuesto de nulidad absoluta del contrato por faltar algunos de sus requisitos esenciales, no cabe aplicar el plazo de cuatro años sancionado por el artículo 1301 del Código Civil, ya que, puesto en relación concordante con el 1300 que le precede, dicho plazo solamente tiene aplicación a los contratos subsanables, es decir, a aquellos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 del Código Civil, y no a los radicalmente nulos por falta de alguno de los requisitos que este último precepto señala.

Se ha declarado igualmente la imprescriptibilidad de:

— La acción de nulidad por adolecer el negocio de defectos formales, cuando la forma tiene carácter constitutivo, fundamentalmente en materia de donación de bienes inmuebles (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1987).

— La acción dirigida a desvelar el contrato oculto en un negocio simulado con simulación relativa (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1987).

Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la imprescriptibilidad que aquí estudiamos debe predicarse tan solo de las acciones dirigidas a la declaración

de nulidad del negocio nulo de pleno derecho, pero no alcanza a las acciones restitutorias que de ellos puedan derivarse o, en general, al conjunto de efectos derivados de otros hechos jurídicos, como pueden ser ciertas situaciones posesorias surgidas como consecuencia del contrato nulo. Esto es así hasta el punto de que la prescripción de tales acciones pueden dejar prácticamente sin objeto a las acciones declarativas de nulidad, cuando lo que se pretenda con estas sea exclusivamente obtener los efectos restitutorios, o cuando se ha operado la usucapión extraordinaria (cfr. art, 1959). De este modo, cuando se han ejecutado las prestaciones, se considera que la acción restitutoria está sometida a plazo, y más concretamente, al no poder entenderse comprendida en los supuestos de los artículos 1300 y siguientes del Código Civil, al general de quince años del artículo 1964 del Código Civil.

De igual modo se ha pronunciado la jurisprudencia. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1964 distinguió entre la acción declarativa de nulidad absoluta del negocio, considerándola imprescriptible, y la acción restitutoria, de carácter prescriptible, declarando a este respecto que —dentro de nuestro Código Civil la cuestión aparece clara: en el párrafo segundo del artículo 1930 se declara la prescriptibilidad de los derechos y acciones de cualquiera clase que sean; en los artículos 1295 y 1306, respectivamente, se establecen las obligaciones de las partes, en orden a deshacer los efectos de los contratos rescindidos o nulos por concurrencia de causa torpe, sin establecer que las oportunas acciones restitutorias sean imprescriptibles, cuyo carácter reconoce el Código solo a las que enumera en su artículo 1965—. Precisión esta última evidentemente inexacta».

Por su parte, DELGADO ECHEVARRÍA[16] concluye igualmente sobre la prescriptibilidad de los efectos restitutorios de la acción de nulidad, lo siguiente:

«Pero si esto es así, por ello mismo distinto ha de ser el tratamiento de las pretensiones que, si bien basadas en la nulidad, no se reducen a su mera declaración: en particular, la acción restitutoria de la prestación realizada. Como recuerda la importante Sentencia de 27 de febrero de 1964 (con antecedente en la de 31 de octubre de 1922), en el artículo 1930 del Código Civil se declara la prescripción de los «derechos y acciones, de cualquier clase que sean», sin que se establezca en parte alguna que las acciones restitutorias basadas en la nulidad sean imprescriptibles, carácter que el Código reconoce solo a las que enumera en su artículo 1965. Dado que el Código tampoco señala particularmente el plazo de prescripción —y supuesto que no ha de aplicarse el artículo 1301—, debemos inclinarnos por el genérico de quince años de las acciones personales que no tengan fijado otro (art. 1964 del Código Civil).

En este sentido ESPÍN, D. 1970, 531 y sigs., y 537 y sigs., con cita de doctrina y amplio razonamiento. Mucho antes, BORRELL Y SOLER, A. 1947, 115-117. La misma opinión en DÍEZ-PICAZO, L. 1970 I, 302, 1993 I, 448, 1996 I, 474; BELLO JANEIRO, D. 1993, 63; con dudas, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. 1995, 245, 249 y 278 y sigs.».

En este ámbito, resultan interesantes las aportaciones de PASQUAU LIAÑO[17] al respecto, cuando razona lo siguiente:

«Si las opiniones también prescribieran, estaría ya a punto de extinguirse la que expresé en 1997, porque no ha tenido apenas éxito alguno ni, desde luego, ningún eco jurisprudencial que hubiese interrumpido su prescripción… Entonces ya defendí que la imprescriptibilidad de la nulidad radical es un dogma sin fundamento, y que tanto desde el punto de vista de los textos legales (art. 1930.2 del Código Civil) como de los intereses en presencia (la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción), y de la misma naturaleza de la nulidad, debe más

bien mantenerse que la acción de nulidad, como acción personal que no tiene señalado plazo especial, prescribe a los quince años, a contar no desde el momento de su celebración, pero sí desde que el interesado en la ineficacia del contrato "pudiera" ejercitar la acción o "debiera" invocar la nulidad (art. 1969 del Código Civil). También creo que la disociación entre la acción «declarativa» de la nulidad y la acción que quiere hacer valer "sus consecuencias" parte de una distinción forzada (aunque ciertamente consolidada) que más parece una necesidad para precisamente escapar "a veces" de la imprescriptibilidad que al mismo tiempo se proclama. Yo entiendo que siempre que sea necesario el ejercicio de la acción para que un contrato pueda ser considerado jurídicamente como nulo (porque su declaración exija una valoración judicial en procedimiento contradictorio con todas las garantías: por ejemplo los casos de causa inexistente o ilícita —arg. art. 1277 del Código Civil—), dicha acción estará sujeta al límite temporal de la prescripción, por exigirlo así, igual que en cualquier otro ámbito del derecho de contratos, la seguridad jurídica. Esta herejía cambia alguna de las soluciones a los diferentes supuestos que cabe imaginar de ejercicio tardío de la acción de nulidad, respecto incluso de las propiciadas por la versión más razonable de las antes expuestas, es decir, la que no duda que la acción de restitución derivada de la nulidad sí prescribe; pero sobre todo, a mi juicio, mejora las explicaciones, se incardina mejor en la teoría general de la prescripción, contribuye a la seguridad jurídica, evita con más eficacia los excesos a que de vez en cuando se llega en la práctica judicial de la mano del dogma de la imprescriptibilidad, y resuelve mejor el problema derivado del desajuste entre los plazos de la acción restitutoria y la usucapión».

Sin embargo, las afirmaciones sobre la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, son constantes en la jurisprudencia. Dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2002 *(RJ* 2002, 2476), rec. 3003/1996, que:

> «*La doctrina de esta Sala viene reiterando que los vicios de inexistencia y nulidad radical de los actos o negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el transcurso del tiempo… (Sentencias, entre otras, 19 de diciembre de 1951, 20 de diciembre de 1975, 13 de febrero de 1985, 6 de junio de 1986, 14 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1992, 8 de marzo y 15 de junio de 1994, 29 de abril de 1997, 14 de marzo y 5 de junio de 2000) por lo que las acciones correspondientes son imprescriptibles*».

Como ya hemos adelantado, en nuestra opinión, al recurrente en casación (STS de 2013) no le faltaba razón en cuanto a la alegación de la prescripción de los efectos restitutorios de la acción de nulidad, sometida por tanto al plazo general de las acciones personales de 15 años. Sin embargo, seguimos asistiendo en nuestra Jurisprudencia a afirmaciones y soluciones que siguen declarando la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, en todos sus efectos, en contravención de lo que realmente prescribe es la acción (art. 1930.2 del Código Civil) y no la situación jurídica derivada de la nulidad[18]. Dicho plazo de prescripción debería contarse por tanto desde la consumación del contrato nulo, *ex* artículo 1969 del Código Civil.

Tras la reforma del artículo 1964 del Código Civil las acciones personales (efectos restitutorios de la nulidad) no prescriben sino hasta transcurridos 5 años desde la entrada en vigor de la reforma del artículo 1964 de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil,

puesta en relación con el artículo 1964 y 1939 del Código Civil. Así, a las relaciones jurídicas nacidas entre 7 de octubre de 2005 y 7 de octubre de 2015 se aplica la regla transitoria de tal modo que —siempre a salvo de la interrupción de la prescripción— prescribirán antes de transcurrir los quince años y, en concreto, el 7 de octubre de 2020. Es decir, a los cinco años de entrada en vigor de la citada reforma.

II. LA RESPUESTA EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

Son muy numerosas las sentencias de nuestras Audiencias Provinciales que unánimemente se decantan por la consideración del supuesto como de nulidad de pleno derecho (art. 8 LCGC) y por lo tanto declaran la imprescriptibilidad de los derechos del consumidor, no tratándose de un caso de anulabilidad ya que la acción ejercitada así es la de nulidad absoluta derivada del referido artículo 8 LCGC y no en base a los artículos 1301 y siguientes del Código Civil.

Buen exponente de ello, es la más reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de abril de 2017, Sección 11.ª, (JUR 2017, 164166), que recogiendo lo razonado en la SAP de Madrid sección 8.ª del 30 de enero de 2017 y en la SAP de Madrid sección 28.ª del 24 de enero de 2017, razona lo siguiente:

> *«No se ejercita en este caso la acción de nulidad por vicio de consentimiento a que se refiere el artículo 1301 del Código Civil (LEG 1889, 27). La parte actora insta la declaración de nulidad de la llamada cláusula suelo por su carácter abusivo, siendo por tanto su fundamento la legislación relativa a consumidores y usuarios, anterior Ley General para Defensa de Consumidores y Usuarios Ley 26/1984 —dada la fecha de concertación del préstamo— en cuyo artículo 10 bis.2 se sanciona con nulidad de pleno derecho las clausulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie carácter abusivo. El plazo de cuatro años señalado se aplica en definitiva en caso de anulabilidad pero no se aplica a la nulidad de pleno derecho como se pretende en este caso. En este sentido se pronuncia la SAP de Burgos de 6 de julio de 2015, que en cuanto a la posible caducidad de acciones relativas a cláusulas suelo afirma: "La excepción se desestima. La acción individual de nulidad de una condición general, que es la que se ha ejercitado en este procedimiento, no está sujeta a un plazo de prescripción, y de hecho el artículo 19 señala que las acciones colectivas de cesación y retractación son, con carácter general, imprescriptibles.*
>
> *Esta ausencia de plazo de prescripción o de caducidad es coherente con el sistema instaurado por la LCGC (RCL 1998, 960), ya que la declaración de nulidad, según los artículos 9 del Código Civil, artículo 9 y 10 de la LCGC, es la de pleno derecho o absoluta, y no la relativa o anulabilidad sujeta a plazo de caducidad, lo que determina que no esté sujeta al plazo de caducidad del artículo 1301 del Código Civil". En el mismo sentido se pronuncian entre otras la SAP de Orense de 26 de mayo de 2016 y SAP de Asturias de 24 de noviembre de 2016. Procede en suma la desestimación del motivo de recurso».*
>
> (…)
>
> *10. La lectura de la demanda permite deducir con claridad que la acción ejercitada no es la que postula el apelante, sino que se trata de*

la acción de nulidad de cláusulas abusivas, ejercitada al amparo de los preceptos citados de la LCGC y LGCU. La propia entidad financiera admite en su contestación (f. 151) que los demandantes no manifiestan haber incurrido en error alguno en la contratación. Es decir, no alegan vicio de consentimiento, por lo que la acción no puede haberse basado en esta circunstancia.

11. El artículo 8 de la LCGC declara que son nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor.

12. Esta nulidad absoluta es proclamada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (RJ *2013, 3088) recurso 485/2012, y es reiterada en otras posteriores, como la de 25 de marzo de 2015, recurso 2351/2012.*

13. El propio apelante cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2005, que declara que «la literalidad del artículo 1301 del Código Civil podría llevar a un lector profano a considerar que la acción de nulidad caduca a los cuatro años. Sin embargo, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden unánimemente en interpretar que el artículo 1301 del Código Civil se aplica a la anulabilidad y no a la nulidad, que es definitiva y no puede sanarse por el paso del tiempo, habiendo declarado la Sentencia de 4 de noviembre de 1996, que "la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción" (en el mismo sentido la Sentencia de 14 de marzo de 2000, entre muchas otras)».

*14. La jurisprudencia más reciente sigue esta misma línea en Sentencias del Tribunal Supremo como la de 19 de noviembre de 2015. Dicha resolución proclama que «la nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "*ipso iure*" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto (…). Sin que tampoco sea atendible el argumento de la parte demandada relativo a la caducidad de la acción, puesto que tratándose de nulidad absoluta, la acción es imprescriptible (por todas, Sentencia de esta Sala 178/2013, de 25 de marzo)».*

En el mismo sentido y a título de ejemplo, podemos observar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5.ª) núm. 83/2017 de 15 de marzo de 2017 *(JUR* 2017, 150135), que razona lo siguiente:

«Con todo aunque se hubiera formulado la excepción la respuesta hubiera sido contraria a sus intereses desde el momento en que la acción ejercitada no es de anulabilidad sino de "nulidad absoluta" como resulta incuestionablemente de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 960), sobre condiciones generales de la contratación [que dispone "Artículo 8. Nulidad. 1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo

> *dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. / 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios"] y del artículo 10. Bis, 2 de L 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente a la fecha del contrato, al decir "Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas abusivas" y reproduce el actual artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. En consecuencia siendo la acción de nulidad absoluta imprescriptible, conforme a constante jurisprudencia de ociosa cita, resulta de inaplicación el plazo de caducidad establecido en el artículo 1301 del Código Civil (LEG 1889, 27)*».

Por su parte la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2.ª) núm. 34/2017 de 16 de febrero (*JUR* 2017, 119097), establece que:

> «*Ha de hacerse, pues, una clara diferenciación entre la nulidad absoluta, radical o de pleno derecho, y la anulabilidad o nulidad relativa y ha de precisarse igualmente que, en este caso que nos ocupa, no cabe hablar de esta última, ni puede acudirse a las normas que sobre la nulidad contractual, o, mejor dicho, sobre la anulabilidad, establecen los artículos 1300 y 1301 de Código Civil, el primero de los cuales se refiere de modo expreso a los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 del mismo cuerpo legal, que, siendo existentes, pueden ser anulados cuando adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley, ya que lo que se ha producido es la vulneración y contravención de las disposiciones contenidas en unas Leyes imperativas, en concreto de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que regulan y contienen las reglas que han de respetarse, entre otros, por parte de las entidades bancarias, en la contratación con los consumidores, y, puesto que, según lo establecido en las referidas Leyes, y así ha estimado la Juez* a quo, *la cláusula controvertida es nula, por abusiva, como ya se ha indicado, no puede por menos que concluirse que vulnera unas normas imperativas, y, en consecuencia, debe considerarse nula de pleno derecho, y, como consecuencia de ello, la acción para pedir la declaración de nulidad de la misma no está sujeta en su ejercicio a plazo de caducidad o de prescripción alguno, pues lo que no existe no puede pasar a tener realidad jurídica por el transcurso del tiempo*».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.ª) núm. 327/2016 de 24 de noviembre de 2016 *(JUR* 2016, 274642), prevé lo siguiente:

> «*Cierta es la polémica doctrinal acerca de la imprescriptibilidad de las acciones que pretenden la nulidad absoluta de una cláusula como es el supuesto que se examina, si bien no es menos cierto que, aun cuando el*

artículo 1301 del Código Civil (LEG 1889, 27) se refiere a "la acción de nulidad" fijándola con una duración de cuatro años, no lo es menos que resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo a lo largo del tiempo han señalado que el plazo de cuatro años de dicho precepto es propio únicamente de la acción de anulabilidad, no siendo aplicable sin embargo a la nulidad de pleno derecho, como es el caso. Y así se ha manifestado, por ejemplo, en torno a este tipo de acciones relativas a cláusulas suelo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.ª, de 6 de julio de 2015, en cuanto a su posible caducidad señalando lo siguiente: "La excepción se desestima. La acción individual de nulidad de una condición general, que es la que se ha ejercitado en este procedimiento, no está sujeta a un plazo de prescripción, y de hecho el artículo 19 señala que las acciones colectivas de cesación y retractación son, con carácter general, imprescriptibles. Esta ausencia de plazo de prescripción o de caducidad es coherente con el sistema instaurado por la LCGC, ya que la declaración de nulidad, según los artículos 9 y 10 de la LCGC, es la de pleno derecho o absoluta, y no la relativa o anulabilidad sujeta a plazo de caducidad, lo que determina que no esté sujeta al plazo de caducidad del artículo 1301 del Código Civil". Conforme se indicó en el inicio de este párrafo, ha sido este un criterio general para supuestos en los que la acción que se ejercita es de nulidad absoluta cual es el caso».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1.ª) núm. 42/2014 de 10 de febrero de 2014 *(JUR* 2014, 64988), establece que:

«1.º) la posibilidad defensiva del demandado, sin necesidad de acudir al mecanismo reconvencional, de alegar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales ya que puede realizarse mediante excepción. En este sentido, respecto de la prescripción, debe traerse a colación lo señalado por la Audiencia Provincial de Castellón en Sentencia de la Sección 3.ª de 17 de septiembre de 2012: "Por lo que respecta a la prescripción de la solicitud por parte de la comunidad demandada de la nulidad de dicha cláusula, debe coincidirse con los argumentos expuestos por la parte demandada en el escrito de oposición del recurso que no nos encontramos ante un supuesto de nulidad relativa o anulabilidad, sino ante una nulidad absoluta o radical, como es la solicitud de que se declare nula una determinada cláusula por considerarla abusiva al infringir los preceptos de la Ley de Consumidores y Usuarios. La nulidad absoluta de un contrato o de alguna de sus cláusulas puede alegarse por medio de excepción en la contestación a la demanda sin necesidad de formular reconvención, como así establece el artículo 408.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), a diferencia de la nulidad relativa o anulabilidad que debe alegarse mediante la correspondiente acción. La acción de nulidad radical, así como su alegación por medio de excepción, a diferencia de la nulidad relativa, es imprescriptible, por lo que no puede calificarse de extemporánea su alegación por la parte demandada"».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª) núm. 15/2013 de 10 de enero (*JUR* 2013, 46333), razona lo siguiente:

«En estas condiciones, la cláusula debe reputarse nula por abusiva, de conformidad con el artículo 83.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007

(«Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas»). Y de ahí, precisamente, lo improcedente del motivo de recurso por el que se pretende la apreciación del plazo de prescripción de cuatro años establecido en el artículo 1301 del Código Civil (LEG 1889, 27), dado que, contrariamente a lo que se argumenta, no estamos en presencia de una nulidad relativa, sino radical, de pleno derecho y, como tal, no sujeta a plazo prescriptivo alguno. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2000, son innumerables las sentencias que declaran inaplicable el plazo de cuatro años, que establece el artículo 1301, a supuestos de nulidad radical o absoluta».

III. BIBLIOGRAFÍA

BLANDINO GARRIDO. *Derecho Privado europeo y modernización del derecho contractual en España,* Klaus Jochen Albiez Dohrmann (coord.), María Luisa Palazón Garrido (coord.), María del Mar Méndez Serrano (coord.), 2011.

CAÑIZARES LASO. Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil* vol. II, núm. 3 (julio-septiembre de 2015) Estudios, 67-105.

CARRASCO PERERA. *Derecho de Contratos.* Aranzadi, 2010.

— La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado. http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/03/Prescripcion-accion-restitutoria-clausula-suelo.pdf.

DE CASTRO. *Temas de Derecho Civil*, 1972.

DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN. *Las nulidades de los contratos.* Zaragoza, 2003.

DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*. Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2007.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil. Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica.* Duodécima Edición, Ed. Tecnos, 2012.

GETE ALONSO. *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación,* dir. Arroyo-Miquel, Tecnos, Madrid 1999.

GULLÓN BALLESTEROS. *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia. Tomo I, 1990.

MIQUEL GONZÁLEZ. *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea.* Editorial Constitución y Leyes, COLEX, 2011.

— La nulidad de las condiciones generales. http://www.codigo-civil.net/nulidad/lodel/document.

PASQUAU LIAÑO. La acción de nulidad sí prescribe. 2006 (Especial Coloquio) *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia.* Nulidad de los actos jurídicos.

— Nulidad y anulabilidad del contrato, Madrid, 1997.

REDONDO TRIGO. Prescripción extintiva y adquisitiva en una compraventa de acciones de una sociedad anónima en la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2013. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 89, núm. 740, 2013.

REGLERO CAMPOS. *Comentarios al Código Civil. Tomo XXV vol 2, artículos 1961 al final del Código Civil*, Edersa (1994).

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 27 de febrero de 1964*(RJ* 1964, 1152)
- STS de 14 de marzo de 2002 *(RJ* 2002, 2476)
- STS 25 de marzo de 2013 *(JUR* 2013, 170534)
- SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) núm. 15/2013 de 10 de enero (*JUR* 2013, 46333)
- SAP de Ciudad Real (Sección 1.ª) núm. 42/2014 de 10 de febrero de 2014 *(JUR* 2014, 64988)
- SAP de Asturias (Sección 1.ª) núm. 327/2016 de 24 de noviembre de 2016 *(JUR* 2016, 274642)
- SAP de Burgos de 10 de enero de 2007 *(AC* 2007/843)
- SAP de Madrid sección 28.ª del 24 de enero de 2017
- SAP de Madrid sección 8.ª del 30 de enero de 2017
- SAP de Guipúzcoa (Sección 2.ª) núm. 34/2017 de 16 de febrero (*JUR* 2017, 119097)
- SAP de Las Palmas (Sección 5.ª) núm. 83/2017 de 15 de marzo de 2017 *(JUR* 2017, 150135)
- SAP de Madrid de 28 de abril de 2017, Sección 11.ª *(JUR* 2017, 164166)

NOTAS

[1] GETE ALONSO. *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación,* dir. Arroyo-Miquel, Tecnos, Madrid 1999, 84.

[2] BLANDINO GARRIDO. *Derecho Privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Klaus Jochen Albiez Dohrmann (coord.), María Luisa Palazón Garrido (coord.), María del Mar Méndez Serrano (coord), 2011, 262 y 263.

[3] MIQUEL GONZÁLEZ. La nulidad de las condiciones generales. http://www.codigo-civil.net/nulidad/lodel/document.php?id=343.

[4] MIQUEL GONZÁLEZ. Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea Editorial Constitución y Leyes, COLEX, 2011.

[5] MIQUEL GONZÁLEZ. La nulidad de las condiciones generales. http://www.codigo-civil.net/nulidad/lodel/document.php?id=343.

[6] CARRASCO PERERA. La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado. http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/03/Prescripcion-accion-restitutoria-clausula-suelo.pdf.

[7] DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN. *Las nulidades de los contratos.* Zaragoza, 2003.

[8] DÍEZ PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato.* Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2007, 565, caracteriza este tipo de ineficacia automática del siguiente modo: «Atendiendo al mecanismo de producción y de actuación, pueden distinguirse dos tipos de ineficacia, a los que llamaremos automática y provocada. Llamamos automática a la ineficacia cuando esta se produce por la fuerza misma del ordenamiento jurídico como *ipso iure,* esto es, por obra del mismo Derecho. La misma idea se expresa modernamente al decir "de pleno derecho", como en la actualidad hace el artículo 6.3 del Código Civil tras la reforma del Título Preliminar de 1974. De "pleno derecho"

quiere decir que no es necesario que nadie inste ante los órganos jurisdiccionales, o, lo que es lo mismo, que algo puede ser puesto en juego sin necesidad de la previa declaración y, por consiguiente, que hay ineficacia desde el momento mismo en que el contrato ineficaz aparece. En cambio llamamos provocada a la ineficacia, cuando el ordenamiento jurídico, en lugar de establecer una automática actuación de la sanción, se limita a atribuir a uno o a varios sujetos un poder jurídico en virtud del cual y únicamente en virtud del cual la sanción será actuada».

[9] GULLÓN BALLESTEROS. *Comentario del Código Civil,* Ministerio de Justicia. Tomo I, 1990, página 29.

[10] En cuanto a la delimitación de los referidos controles de incorporación, contenido y transparencia, nos remitimos al trabajo de CAÑIZARES LASO. Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil* vol. II, núm. 3 (julio-septiembre de 2015) Estudios, 67-105.

[11] REDONDO TRIGO. Prescripción extintiva y adquisitiva en una compraventa de acciones de una sociedad anónima en la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2013. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 89, núm. 740, 2013, 4280-4295.

[12] DE CASTRO. *Temas de Derecho Civil,* 1972, 150.

[13] DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil. Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica.* Duodécima Edición, Ed. Tecnos, 2012, 428.

[14] CARRASCO PERERA. *Derecho de Contratos.* Aranzadi, 2010, 675 y 676.

[15] REGLERO CAMPOS. *Comentarios al Código Civil. Tomo XXV, vol 2, Artículos 1961 al final del Código Civil,* Edersa (1994).

[16] DELGADO ECHEVARRÍA. *Tratado de la nulidad de los contratos. Parte 2. Las acciones de invalidez. 2.3.4 Tiempo en que puede hacerse valer la nulidad,* páginas 126 y siguientes. Zaragoza. 2003.

[17] PASQUAU LIAÑO. La acción de nulidad sí prescribe. *principal,* 2006 (Especial Coloquio) *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*. Nulidad de los actos jurídicos. *Vid.,* anteriormente las reflexiones del mismo autor al respecto en: Pasquau Liaño. *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, 277 y sigs.

[18] Para PASQUAU LIAÑO (*vid., op. cit.*), no habría incluso que hacer diferencias en cuanto a la prescripción de la nulidad, tanto en la denominada vertiente declarativa, como restitutoria, cuando afirma que: «En mi opinión, lo que se denomina acción "meramente declarativa de nulidad" como pretensión que se agota en la constatación judicial de la existencia del vicio de nulidad, es una entelequia. Puede, en casos extremos que no se encuentran en los repertorios de jurisprudencia sino solo en los manuales, pedirse la nulidad *sin más*, pero incluso entonces será *para algo más*: por ejemplo, para disuadir a la otra parte de reclamar el cumplimiento y evitar la responsabilidad por incumplimiento. Entendería que suscitase indiferencia la afirmación de que esa acción no prescribe (porque aunque se dijera lo contrario ello sería absolutamente irrelevante, salvo que se defendiera un plazo de prescripción de la nulidad inferior al de la acción de cumplimiento), pero desde luego no concibo que pueda suscitar entusiasmo, ni logro comprender que se hayan dedicado tantos esfuerzos a defenderlo ni tantos epígrafes de manuales. La acción de nulidad persigue un pronunciamiento que desactive todos o alguno de los efectos del contrato. Su éxito traerá consecuencias beneficiosas (ofensivas o defensivas) para el demandante (es de suponer que de lo contrario no la pediría) y consecuencias perjudiciales para la otra parte, que defiende todos o alguno de los efectos del contrato (de lo contrario es de suponer que se allanaría). La acción de nulidad no pretende *adjetivar el contrato*: declarar el contrato nulo no es como declararlo largo, corto, o amarillo. Pretender la nulidad es pretender la ineficacia de un contrato del que otra parte defiende su eficacia: por eso, cada vez que el contrato haya desplegado algún efecto, la acción está sujeta a prescripción. Mientras no haya desplegado efecto alguno no es que no prescriba la acción: es que no ha comenzado el plazo todavía. Pero la acción de nulidad, en cualquiera de sus modalidades, como toda otra acción personal, prescribe si, pudiendo ejercitarse (para perseguir un interés procesalmente suficiente), transcurre determinado tiempo sin ser ejercitada».

3. URBANISMO

La renovación de la afección registral al cumplimiento de la obligación de urbanizar y el tercer adquirente de finca reparcelada no subrogado en el pago de las cargas pendientes

The renewal of the urban liability in the land registry and the third party after a plot redivision process without taking the respective obligations

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: La Resolución de 21 de junio de 2017 plantea, por una parte, las condiciones para la inscripción de una nueva afección registral al cumplimiento de la obligación de urbanizar una vez caducada la originaria y, por otro, permite detenerse en el régimen jurídico en el que se encuentra, ante posibles reclamaciones en orden a sufragar los gastos de urbanización, el tercer adquirente de suelo reparcelado cuando no se hubiera subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización.

ABSTRACT: The decisión of 21 June 2017 raise, on one side, the conditions under which the urban liability can be registered in the land registry regarding the fulfilment of the obligations attributable to the landowner and, on the other hand, the position of the third party after a plot redivision process without taking the respective obligations once the urban liability has been already cancelled.

PALABRAS CLAVE: Afección. Gastos. Urbanización. Caducidad. Nueva constancia. Tercer adquirente. Procedimiento. Reclamación gastos.

KEY WORDS: Urban liability. Renewal. Expiration. Urbanisation. Third party. Cost claim.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES Y CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN DE 21 DE JUNIO DE 2017: 1. Consideración inicial. 2. Los motivos consignados en la nota de calificación. 3. Breve referencia al recurso gubernativo. 4. Los fundamentos de la Resolución de 21 de junio de 2017.—II. SÍNTESIS DE LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL HASTA LA RESOLUCIÓN DE 21 DE JUNIO DE

2017.—III. SOBRE LA RENOVACIÓN DE LA AFECCIÓN REGISTRAL DE LOS GASTOS DE URBANIZACIÓN.—IV. EN CUANTO A LA POSICIÓN DEL TERCER ADQUIRENTE CON EL PROYECTO DE REPARCELACIÓN INSCRITO Y LA AFECCIÓN CADUCADA QUE NO SE HUBIERA SUBROGADO EN EL PAGO DE LOS GASTOS DE URBANIZACIÓN: 1. La condición de terceros adquirentes, poseedores de buena fe, de los adquirentes de parcelas de resultado o viviendas. 2. La traslación de las obligaciones a los subrogados legales.—V. LA POSICIÓN DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN: 1. La naturaleza de la Junta y su proyección sobre los terceros poseedores. 2. La estructura jurídica de la obligación y su incidencia procesal.

I. ANTECEDENTES Y CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN DE 21 DE JUNIO DE 2017

1. Consideración inicial

Centrado el comentario precedente de la Resolución de 25 de abril de 2017[1] en el análisis del requisito de la firmeza de los actos administrativos de naturaleza urbanística a partir de la instancia suscrita por el agente urbanizador del Sector PP-33 Bulevar del Plan General de Ordenación Urbana de Villajoyosa por la que se pretendió la inscripción de la Memoria de cuotas de urbanización de tal Sector aprobada por acuerdo municipal de 26 de octubre de 2016 y decreto de Alcaldía de 3 de noviembre siguiente, el presente parte de una nueva nota de calificación dictada tras la subsanación del primer defecto que da lugar a la nueva Resolución de 21 de junio de 2017.

Así, tal y como se hace constar en la Resolución, «*la cuestión de fondo que es objeto de controversia en este expediente se centra en la posibilidad de hacer constar en el Registro las nuevas cantidades que determinan la afección de una serie de fincas a los gastos de urbanización derivados de una reparcelación urbanística, teniendo en cuenta que el acuerdo que fija las nuevas cuotas ha sido presentado cuando ya ha caducado el plazo de vigencia de la afección practicada por estos conceptos al tiempo de inscribir el proyecto de reparcelación*».

2. Los motivos consignados en la nota de calificación

Pues bien, en relación con los motivos consignados en la nota de calificación a fin de rechazar la inscripción de la Memoria de las nuevas cuotas de urbanización se recuerda que el Proyecto de Reparcelación en su día aprobado fue inscrito el 27 de noviembre del 2009 extendiendo sobre las parcelas de resultado la afección real al cumplimiento de la obligación de urbanizar y de los demás deberes dimanantes del Proyecto y de la legislación urbanística conforme al artículo 19 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, señalando en las inscripciones primeras las respectivas cuotas de afección al pago en la cuenta de liquidación definitiva e indicándose las correspondientes cantidades que representaban en la cuenta de liquidación provisional del Proyecto.

De igual modo, después de reflejar las reglas dispuestas en el artículo 20 del citado Real Decreto en orden a la caducidad y cancelación de la afección con expresión, en cuanto a la primera, de que se produce a los siete años de su fecha sin perjuicio de la aplicación de un plazo de caducidad de dos años cuando durante

su vigencia se hubiera elevado a definitiva la cuenta de liquidación provisional, también en cuanto a la cuestión de la caducidad se refiere seguidamente a la doctrina sentada en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de enero y 26 de mayo del 2014. Se dice así de tal doctrina, una vez resaltado el hecho de haber recaído ambas resoluciones en el ámbito de la Comunidad Valenciana, que «*vino a decir que este plazo de caducidad es automático, sin que en ningún caso quepa "renovación" o "prórroga" de la afección al pago de los costes de urbanización, una vez ya transcurridos los siete años desde la fecha de su inscripción*».

Concluye con ello afirmando la nota de calificación que, «*en definitiva, el Registrador que suscribe esta calificación considera que la afección real inscrita el 27 de noviembre del 2009 está ya caducada a día de hoy y pendiente de cancelación, razón esta por la cual no cabe en este momento, fuera de la vigencia de dicha garantía real, la inscripción de la Memoria de cuotas de urbanización de que se trata, simplemente determinativa o especificativa de las cantidades a satisfacer y el calendario de pagos aprobado*», a lo que se añade, como razón adicional, que tal «*Memoria viene a suponer, en síntesis, una mera modificación de las cantidades en la cuenta de liquidación provisional, algunas de ellas ya satisfechas, y el establecimiento de un calendario de pagos al Agente Urbanizador del sector. Modificación esta que por su simplicidad no implica una retasación de cargas y que dista mucho de ser una modificación sustancial del Proyecto de Reparcelación que permita la práctica de una nueva afección real*».

3. Breve referencia al recurso gubernativo

Del recurso gubernativo interesa destacar que, además de que la cita de las Resoluciones de 31 de enero, 26 de mayo y 13 de junio de 2014 se efectúa en sentido contrario al realizado en la nota de calificación, se pone especial énfasis en que durante la ejecución de las obras de urbanización del Sector PP-33 se constató la existencia de una discordancia entre las previsiones iniciales dispuestas en la alternativa técnica seleccionada y la realidad de las obras de urbanización que debían ser efectivamente ejecutadas en beneficio de la actuación con la necesidad consiguiente de tramitar un nuevo Proyecto técnico que, además de la previsión de las nuevas obras, reflejara el coste actualizado al momento de su ejecución dando a su vez lugar a una nueva Memoria de cuotas.

Fue así por la anterior necesidad por lo que, en efecto, se aprobó el denominado Proyecto de Urbanización «Modificado», fundando la procedencia de la nueva afección, ello más allá del carácter sustancial o no de las nuevas actuaciones precisas, en lo dispuesto en el artículo 181.2 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística valenciana, el cual disponía que «*(…) El urbanizador podrá solicitar, en cualquier momento posterior, que se practique una nueva afección, en la cuantía que apruebe la administración actuante, hasta cubrir el importe total debido por cuenta de cada finca resultante (…)*».

4. Los fundamentos de la Resolución de 21 de junio de 2017

La estimación del recurso interpuesto contra la nota de calificación se justifica a partir de los siguientes razonamientos:

a) En primer lugar, se invocan las Resoluciones de 31 de enero, 26 de mayo y 13 de junio de 2014 a fin de destacar los efectos de garantía real derivados de la afección urbanística vinculada a lo que denomina «*la ejecución de los Proyectos de reparcelación*», citando al tal fin los artículos 16.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015, 19 del Real Decreto 1093/1997 y 92.5 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Valenciana, regulación autonómica que cuenta con los precedentes de los artículos 72 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística y 181 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística valenciana.

b) Sucesivamente se refiere la Resolución a que la regulación de los actos de naturaleza urbanística, incluyendo los plazos de duración de los asientos registrales y la posibilidad o no de su prórroga, constituye una competencia exclusiva del Estado con base en el artículo 149.1.8ª de la Constitución, lo que determina su aplicabilidad «*independientemente de que, como sucede en determinados casos, la legislación autonómica, que a su vez es competente en materia de gestión urbanística, prevea la posibilidad de practicar nueva afección*».

c) La Resolución, esgrimiendo una afirmación reiterada en las anteriores tres Resoluciones de 31 de enero, 26 de mayo y 13 de junio de 2014, justifica el plazo de vigencia de la afección en siete años por entender que con él el legislador contemplaba un plazo suficiente para la ejecución de la urbanización y para exigir las respectivas cantidades, no obstante lo cual no deja de reconocer que, «*en situaciones de ralentización de la actividad inmobiliaria como la actual*», puede ocurrir «*que dicho plazo resulte insuficiente*».

d) Después de una serie de consideraciones sobre el cómputo del plazo de caducidad, los efectos de la afección frente a terceros adquirentes que no se hubieran subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización y el régimen de aplicación del plazo especial de dos años a raíz de la liquidación definitiva, quizá por mera inercia reproduce la Resolución un texto reiterado en las señaladas Resoluciones de 2014 sin relación alguna con el objeto del recurso interpuesto al referirse a la no admisión de la aplicación analógica a las notas marginales de afección real de la prórroga prevista para las anotaciones preventivas en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria por falta de identidad de razón entre ambas clases de asientos.

e) A partir de este punto es cuando la Resolución aborda la concreta cuestión sobre la posible renovación de la afección, a cuyo fin afirma en el Fundamento de Derecho Séptimo que «*(…) nada obsta a la extensión de una nueva nota de afección, permitida por otra parte en la legislación autonómica, en caso de producirse una modificación del proyecto de urbanización que implique a su vez la de las cuotas correspondientes a la reparcelación previamente inscrita, (…) y ello con independencia de la envergadura de la modificación operada, pues con ello se consigue que el Registro se adecue con exactitud a los cambios efectuados. Siempre, claro está, que la alteración del proyecto cumpla las reglas generales previstas al efecto, entre ellas que hayan sido notificados todos los propietarios y titulares de derechos y cargas de las fincas de que se trata y que dichos acuerdos sean firmes, habiendo puesto fin a la vía administrativa*».

f) Concluye finalmente la Resolución haciendo referencia a que la nueva Memoria del Proyecto de Urbanización «*provoca un nuevo cálculo de las cantidades por las que cada una de las fincas surgidas de la reparcelación han de quedar afectas en garantía de la satisfacción de los costes de urbanización*», lo cual permite concluir con que «*no existe ningún obstáculo para que se puedan reflejar en el*

Registro las nuevas cuotas de afección de las fincas a los costes de urbanización resultantes de la alteración del proyecto inicial»

II. SÍNTESIS DE LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL HASTA LA RESOLUCIÓN DE 21 DE JUNIO DE 2017

Como en efecto pone de manifiesto la Resolución de 21 de junio de 2017 frente a la nota de calificación, la serie de Resoluciones que la preceden sobre la cuestión tratada, de 31 de enero, 26 de mayo y 13 de junio de 2014, se pronuncian de modo favorable a la admisión de la renovación de la constancia registral de la afección de las fincas afectadas por un proceso reparcelatorio cuando su justificación se encontrara en la alteración de las cargas de urbanización.

En este sentido, las notas más relevantes que cabe destacar al respecto son las siguientes:

a) Se comienza por reconocer que aun cuando el plazo legal asignado a la afección respondió a su consideración por el legislador como suficiente para la ejecución de la urbanización, no puede sin embargo ocultarse su insuficiencia en periodos de ralentización de la actividad inmobiliaria.

b) Se reconoce que es al legislador estatal al que corresponde la competencia exclusiva sobre la regulación de la inscripción de los actos de naturaleza urbanística así como sobre el plazo de duración de los asientos registrales, lo cual se ve acompañado de la afirmación de que por la legislación autonómica se prevea la posibilidad de practicar una nueva afección.

c) Si bien la causa última inicialmente parecería que habría de situarse necesariamente en la concurrencia de una modificación del Proyecto de Urbanización de la que resultara el incremento de las cargas respectivas, aunque la anterior habría de ser la situación más habitual no siempre habría de concurrir como condición necesaria para la alteración de las afecciones registrales.

d) Así, en efecto, mientras las Resoluciones de 26 de mayo y 13 de junio de 2014, y de 21 de junio de 2017 hacen referencia expresa a la posible renovación de la afección «*en caso de producirse una modificación del proyecto de urbanización*», no lo hace así, sin embargo, la de 31 de enero de 2014, la cual lo refiere acertadamente al Proyecto de Reparcelación por cuanto, en el caso en ella tratado, fue en virtud de una sentencia por lo que se hizo necesario acometer su modificación hasta el punto de tener que rehacerse por razón de la exclusión de fincas del ámbito afectado.

e) A tal fin, la diversidad de causas que se desprende de las Resoluciones precedentes lo que en realidad pone de manifiesto es que la renovación de la afección puede venir justificada no solo en virtud de una modificación del Proyecto de Urbanización incrementando las cargas de urbanización, lo que, como se ha dicho, será lo habitual, sino también cuando manteniéndose el Proyecto de Urbanización original concurrieran razones sobrevenidas tales como la mencionada reconfiguración del ámbito que hubieran de dar lugar a una reasignación de las afecciones. En suma, como sostienen las cuatro Resoluciones, lo relevante es que cualquiera que fuera la causa que motivara la extensión de una nueva afección a lo que diera lugar fuera a la modificación «*de las cuotas correspondientes a la reparcelación previamente inscrita*».

f) Por otro lado, la Resolución de 21 de junio de 2017 introduce una novedad respecto de las anteriores resoluciones al sostener que la extensión de la nueva nota de afección tenga lugar «*con independencia de la envergadura de la*

modificación operada», lo que se relaciona con el objetivo de que «*el Registro se adecue con exactitud a los cambios efectuados*».

g) Por último y aunque suponga una reiteración de lo ya dicho, las cuatro Resoluciones afirman que «*respecto a los titulares del dominio u otros derechos reales o cargas cuya inscripción o anotación se haya producido sobre las fincas de resultado, sin intervención en el expediente de equidistribución, y que no se hayan subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización, hay que entender que la afección urbanística sólo podrá perjudicarles en la medida en que resulte inscrita y no haya caducado*».

III. SOBRE LA RENOVACIÓN DE LA AFECCIÓN REGISTRAL DE LOS GASTOS DE URBANIZACIÓN

Si, como dice la Dirección General, la competencia exclusiva del Estado en la regulación de la inscripción de los actos de naturaleza urbanística se extiende a la determinación de los plazos de vigencia de los asientos registrales y si, como consecuencia del ejercicio de tal competencia y como también dice la Dirección General, el legislador optó por un plazo máximo de siete años de vigencia de la afección dispuesta justamente por considerarlo tiempo suficiente para acceder a la culminación del proceso de ejecución del planeamiento urbanístico en los ámbitos necesitados de una actividad urbanizadora de transformación del suelo, la primera cuestión que cabe plantearse es la de la admisión de la renovación de la afección, especialmente cuando tal posibilidad no figura contemplada en la legislación autonómica.

En este sentido no deja de ser curioso contemplar que de las cuatro Resoluciones citadas, en tres de ellas, las de 31 de enero y 26 de mayo de 2014 y la de 21 de junio de 2017, se actuaba en el ámbito de la Comunidad Valenciana en el que, en todo caso, si bien bajo la vigencia de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana se admitió en su artículo 181 la renovación de la afección mediante la práctica de una nueva a instancias del urbanizador, no ocurrió ya lo mismo en la vigente Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio según se desprende de su artículo 92.5 tomada en consideración en la de 21 de junio de 2017.

Por lo que se refiere a la cuarta resolución, la de 13 de junio de 2014, se da la circunstancia particular de que, pese a venir referida a una nota de calificación extendida por el Registrador de la Propiedad de Santa Fe, núm. 2, provincia de Granada, se hace referencia expresa entre la normativa de aplicación al artículo 181 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana, lo que muy previsiblemente explica la coincidencia de su argumentación sobre la renovación de la constancia de la afección con las dos precedentes del mismo año 2014 al descansar en ambos casos en lo dispuesto en la referida Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana.

De este modo, lo que cabe apreciar es que así como la Dirección General admite la posibilidad de practicar una nueva afección lo justifica sobre la base de que fuera expresamente contemplado por el legislador autonómico, lo que no se ve obstaculizado por el simultáneo reconocimiento de la competencia exclusiva del legislador estatal en orden a la regulación de los plazos de duración de los asientos registrales.

La situación paradójica a que lleva lo anterior es pues clara. Mientras la legislación estatal nada dice sobre la posibilidad de practicar una nueva afección

una vez caducada la originaria derivada de la inscripción de la reparcelación, expresa la Dirección General, contradictoriamente con el previo reconocimiento de la competencia exclusiva estatal, que podrá prever la renovación el legislador autonómico, lo que, en el caso de la legislación valenciana, así tuvo lugar durante el periodo de vigencia de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana, es decir, no ya una vez derogada por la vigente Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio.

En este sentido, la duda inmediata que cabe plantear es clara. ¿Cabe admitir la renovación de una afección caducada cuando guardando silencio al respecto el legislador estatal también lo hace el autonómico?

Según José Manuel GARCÍA GARCÍA[2] y en línea con la consideración inicial reflejada en la Resolución de 21 de junio de 2017, el establecimiento del plazo máximo de siete años respondía a su consideración como «*plazo suficiente para exigir las cantidades correspondientes*», a lo que añade la referencia al artículo 128.1 del Reglamento de Gestión Urbanística en cuanto «*prevé un plazo de cinco años como tope para la liquidación definitiva, por lo que el establecimiento de dos más como plazo de caducidad cubre cualquier contingencia que se pueda producir*».

No obstante, la constatación efectiva de una regulación claramente superada por una realidad social que en tiempos de crisis ha revelado la insuficiencia del plazo reglamentario de vigencia de la afección, según entendemos, sobre la base de la concepción legal de la actividad urbanística como función pública, una primera aproximación permitiría entender que dado que la ejecución del planeamiento constituye un deber legal que en los procesos reparcelatorios de carácter privado, singularmente por el sistema de compensación, presupone una decisión favorable del propietario a protagonizar el proceso de gestión mediante su incorporación a la Junta de Compensación, la constancia registral de la afección habría de ser su natural correlato de tal modo que, como resulta de la resolución de 21 de junio de 2017, «*con ello se consigue que el Registro se adecue con exactitud a los cambios (en su caso) efectuados*».

Dando un paso más, si lo que en realidad ha revelado la situación de inactividad del sector inmobiliario es que la afección y los efectos a ella ligados no dejan de ser una mera ficción cuando la obligación no se cumple no porque no se paguen los gastos de urbanización sino porque su ejecución ni siquiera cabe ser planteada de tal manera que aquellos no llegan a devengarse, cabe formularse la doble hipótesis bien de la modificación del proyecto de urbanización dando lugar a un nuevo importe, bien la procedencia de que, ante una situación de reactivación del proceso de ejecución del planeamiento, pudiera encontrar justificación la extensión de una nueva afección, lo que, bien es cierto, no encuentra reflejo alguno en el marco normativo aplicable.

Así, en el primer caso, cuando lo que se produce es una modificación del Proyecto de Urbanización o incluso de la asignación de las cuotas de participación por razón de eventuales alteraciones del ámbito de actuación que obliguen a su reasignación, la solución dada por la Dirección General parecería claramente acertada en el caso de que la nueva constancia registral de la afección reflejara ajustadamente el contenido del cambio producido, no, en cambio, si supusiera una puerta abierta a la reiteración de la situación originaria con su consiguiente alteración.

Sin embargo, en cuanto se pretendiera una renovación no amparada en cambio alguno de la afección inscrita, no puede olvidarse que la cierta prolongación de los plazos correspondientes a los procesos de urbanización por encima del plazo de vigencia de la afección de las fincas sujetas a procesos reparcelatorios

manifestada durante el tiempo de inactividad inmobiliaria propia de la crisis económica padecida revela un desajuste entre la realidad y la norma cuando, más allá de no contemplar la renovación de la afección, guarda silencio sobre la posibilidad de su prórroga, por lo demás rechazada por la Dirección General, desajuste cuya corrección, según se entiende, corresponde que sea afrontada por el legislador y no reconociendo un régimen que aun siendo razonable muy discutiblemente encuentra un suficiente respaldo normativo.

En este sentido, igualmente, no puede perderse de vista el marco normativo de referencia que fundamentalmente se encuentra en la base de la doctrina de la Dirección General por estar todas las resoluciones señaladas, con los matices apuntados, en el marco de la legislación urbanística valenciana temporalmente favorable a su práctica a instancias del urbanizador con carácter previo a lo que resulta de la normativa vigente.

IV. EL TERCER ADQUIRENTE DE SUELO REPARCELADO NO SUBROGADO EN EL PAGO DE LOS GASTOS DE URBANIZACIÓN CON LA AFECCIÓN CADUCADA[3]

1. La condición de terceros adquirentes, poseedores de buena fe, de los adquirentes de parcelas de resultado o viviendas

Una de las situaciones advertidas durante el largo periodo de crisis por el que ha venido pasando el sector inmobiliario es la concerniente a la posición del tercer adquirente de suelo en ámbitos de actuación con el proceso reparcelatorio ya culminado y sin subrogarse en el pago de los gastos de urbanización, a los que, por lo tanto, se obliga el transmitente en tanto no se produzca la terminación de la ejecución material de las obras de urbanización y su correspondiente recepción por parte de la Administración.

La cuestión es así notoriamente relevante por cuanto, ante la incapacidad sobrevenida del transmitente de hacer frente al pago de los gastos de urbanización tantas veces producida durante el indicado periodo, no ha sido extraño constatar la irresistible inclinación tanto de la Administración como de las entidades urbanísticas encargadas de la gestión de dirigirse contra los terceros adquirentes bajo la incorrecta apreciación de que por estar todavía en marcha el proceso de urbanización quedaban obligados a sufragar tales gastos, hasta el punto de considerarlos miembros de las mismas y de llegar a dar curso a procedimientos de apremio para acceder a su cobro.

Nos referimos, por lo tanto, a aquellas situaciones en las que, aprobada la reparcelación e incluso formalizada la recepción de la urbanización con la consiguiente consecuencia de tener que considerarla satisfactoriamente ejecutada por la Junta de Compensación constituida por las personas o entidades que concurrieron a suscribir la escritura de constitución o sus subrogados voluntarios, la Administración o la propia Junta se dirige no ya solo a los adquirentes de parcelas de resultado sino incluso a los de viviendas construidas por los promotores sobre parcelas igualmente adjudicadas en el proyecto de reparcelación, para pedirles que abonen las cuotas insatisfechas por su causante.

Con ello se pretende convertir en agentes urbanizadores de facto a compradores que han pagado un precio por el suelo adjudicado o por las viviendas para las que se dieron licencias de edificación, lo que lleva al absurdo de pretender la transformación de profesionales, empleados públicos, artesanos y cualquier

otra categoría laboral en promotores de la urbanización además ya cobrada en el precio de venta.

A estos efectos, el modo de actuar apuntado a lo que lleva, expresado en términos jurídicos, es al artificio de atribuir la condición de sucesores voluntarios a quienes no son más que terceros poseedores de buena fe, adquirentes a título oneroso de sus parcelas o viviendas que a lo sumo, si estuviera vigente la afección como bien advierte la Resolución de 21 de junio de 2017 al decir que «*la afección urbanística solo podrá perjudicarles en la medida en que resulte inscrita y no haya caducado*», serían subrogados legales para los casos en los que todos los miembros de la Junta resultaren insolventes después de pagar todas sus deudas y ello, como condición esencial, únicamente hasta la cifra de la responsabilidad fijada en la afección, una vez seguido para ello el procedimiento contenido en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria al tratarse de créditos de Derecho Público sujetos a ella y al Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio de 2005.

2. La traslación de las obligaciones a los subrogados legales

De lo expuesto se deduce que los terceros poseedores adquirentes de parcelas de resultado que no se hubieran subrogado voluntariamente en las cargas de urbanización pendientes o de viviendas construidas en suelos reparcelados no asumen como obligados directos tales cargas de urbanización, a lo que además se une que en ningún caso adquieren la condición de miembros de la Junta de Compensación, siendo su condición de terceros la que les hace responsables solo hasta el límite de la responsabilidad inscrita y ello, según lo dicho, después de que los miembros de la Junta hagan frente solidariamente a las deudas propias del resto de sus miembros que incumplan sus obligaciones, una vez seguido el procedimiento marcado por las Leyes y decretada la vía de apremio por el Ayuntamiento en un acto sujeto al régimen ordinario de recursos.

Por lo tanto, antes de reclamar a terceros, hay que reclamar en primer lugar a los miembros de la Junta de Compensación.

No cabe, por ello, que con base en el artículo 27 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015, que se refiere a la subrogación legal de los terceros adquirentes en procesos de urbanización, pretenda justificarse su mandato normativo según su verdadera finalidad para llevar a la quimera de que los terceros adquirentes de las parcelas de resultado o de las viviendas quedan incorporados de pleno derecho a la Junta de Compensación, lo que resulta rigurosamente inadmisible tanto por razones que podrían calificarse de sociológicas —según ello todos los españoles cuyas propiedades provengan de actuaciones sistemáticas por compensación reunirían tal condición de miembros de una Junta de Compensación—, como en términos económicos en cuanto se transformarían en promotores urbanísticos quienes, en el segundo de los supuestos apuntados, habrían adquirido viviendas autorizadas después de recibida la urbanización o ejecutada solidariamente, o, en fin, por razones estrictamente jurídicas toda vez que la figura de los terceros procedentes de procesos reparcelatorios se corresponde con la de los subrogados legales hasta el importe de las afecciones urbanísticas inscritas y mientras estén vigentes, no en sucesores voluntarios salvo asunción de la deuda por ellos, con el consentimiento de los acreedores.

Por tanto, salvo asunción expresa de los terceros estos se sitúan fuera de la relación jurídica urbanizadora y, en consecuencia, jamás cabe pretender atribuirles la condición de ser miembros de la Junta de Compensación al tratarse de terceros poseedores con una afección vigente o caducada, supuesto, este último, en el que carecerían de responsabilidad tanto real como personal.

Además siendo las obras de urbanización identificables con la ejecución de una obra pública, los medios para su financiación tanto por el procedimiento conforme al cual son exigibles como por su destino son igualmente ingresos de Derecho Público por lo que es necesario que se acomoden al vigente Reglamento General de Recaudación resultante del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio de 2005, en cuanto su artículo 1.1 contiene el desarrollo para la obtención de recursos de naturaleza pública de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, los cuales llevan consigo la obligada acomodación a sus preceptos ya que el cobro de los gastos de urbanización en beneficio de otros propietarios ante un tercero adquirente de bienes ya reparcelados se corresponde con el cobro de «*recursos de naturaleza pública*».

La cuestión es por lo tanto la de hacer frente a la interpretación según la cual se considera que la mera condición de titular de suelos reparcelados incluidos dentro del ámbito produce por sí sola y de modo automático la sustitución del primitivo deudor por el nuevo, que es el comprador, como nos hemos anticipado a tratar en este epígrafe.

A tal efecto debe señalarse que los terceros adquirentes podrán ser subrogados legales por incumplimiento del deudor, esto es responsables, pero no deudores, lo que supone una distinción esencial tanto en el orden civil como en el de la gestión administrativa de apremio, que se destaca en los artículos 41 sobre los responsables solidarios y, en particular, el artículo 43 de la Ley General Tributaria que se refiere a los responsables subsidiarios.

Así, dentro de éste último, se contempla en la letra d) a «*los adquirentes de bienes afectos por ley al pago de la deuda tributaria*», debiendo recordar que el artículo 2, párrafo segundo, del Reglamento de Recaudación, para evitar equívocos en la terminología, se cuida de decir que «*a efectos de este Reglamento, todos los créditos de naturaleza pública a que se refiere este artículo se denominarán deudas*»; esto es, no sería de recibo considerar inaplicable la Ley General Tributaria por el hecho de que en este caso no se está ante la exacción de un tributo.

Con expresiones terminantes se pronuncia al respecto el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de noviembre de 1996 *(RJ* 1996, 8611) cuando, con aplicación del artículo 41.2 de la Ley General Tributaria, el artículo 11.2 del Reglamento entonces vigente de 1968 y la Instrucción General de 1969, dice lo siguiente:

> *«(…) la actuación de la Administración Tributaria incide en una transgresión total del procedimiento, porque ignora o incumple, el requisito legal de dictar el "acto administrativo de derivación de responsabilidad", repetido y expresamente mencionado en los siguientes preceptos:*
>
> *Artículo 41, apartado 2, de la Ley General Tributaria que meridianamente dispone: "La derivación de la acción tributaria contra los bienes afectos exigirá acto administrativo notificado reglamentariamente, pudiendo el adquirente hacer el pago, dejar que prosiga la actuación o reclamar contra la liquidación practicada o contra la procedencia de dicha derivación".*
>
> *Artículo 11, apartado 2 del Reglamento General de Recaudación de 1968: «El acto administrativo de derivación de responsabilidad, como*

declarativo que es de ésta, será dictado por el órgano a quien corresponda la determinación de la deuda tributaria. El procedimiento recaudatorio concluye con la declaración de insolvencia del primero obligado al pago. Como consecuencia de aquel acto, el responsable subsidiario, como tal declarado, pasa a ocupar el lugar de dicho primer obligado, como titular de la liquidación, que le será notificado a efectos de su pago en período voluntario (es decir sin recargo de apremio y costas como pretende la Administración) y con todos los demás derechos inherentes a tal titularidad".

Y, por último la Regla 7ª de la Instrucción General de Recaudación y Contabilidad de 1969, que también dispone: "1. Existiendo bienes o derechos afectos por la Ley al pago de una deuda tributaria, si los obligados principalmente al pago resultasen insolventes, la Tesorería lo pondrá en conocimiento del correspondiente órgano gestor para que se deriva contra los adquirentes de aquéllas la acción tributaria. 2. El acto administrativo de derivación de la responsabilidad determinará la cantidad exigible al responsable dentro del límite señalado para la afección de los bienes o derechos, se trasladará a la Tesorería, y ésta acordará se proceda como dispone el artículo 124, f)". Este último precepto regula el modo de proceder cuando los bienes afectos se hallen inscritos en el Registro a nombre de un tercero.

El total incumplimiento de las normas reproducidas, lleva a declarar la nulidad de todas las actuaciones recaudatorias».

Por consecuencia, tanto los adquirentes de parcelas resultantes como de viviendas en ningún caso son deudores principales frente a la Junta sino que, a la vista de lo expuesto, pasarían a ser responsables subsidiarios en el caso de que la vendedora incumpliera sus obligaciones y dirigidos contra ella los medios de ejecución resultara insolvente y no se ejecutara la obra por el resto de los miembros de la Junta responsables solidarios y directos.

Pero, como condición previa, todas estas circunstancias han de ser previamente notificadas al responsable subsidiario con justificación de los trámites realizados y su resultado, además de acreditarse que el procedimiento se ha dirigido contra todos los miembros de la Junta en igualdad de condiciones. Sólo de darse estas circunstancias y hasta el límite de la responsabilidad inscrita, no por lo tanto respecto de las garantías constituidas ya canceladas, cabría ejercitar la acción de derivación frente al responsable subsidiario, lo que evidentemente es imposible en el caso de que la afección hubiera caducado.

Debe recordarse en este punto también que una Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1987 dice que, «*Cuando se pretende por el apelante que el Ayuntamiento debe dirigirse contra los propietarios —terceros adquirentes— parece querer olvidarse que se encuentra en vigor todavía la relación jurídica urbanizadora que liga al Ayuntamiento con el promotor y no con los propietarios*», lo que significa que los terceros adquirentes en ningún caso son promotores sino terceros hipotecarios sin la condición de subrogados en caso de caducidad de la afección.

Por eso la calificación de los terceros adquirentes como responsables subsidiarios no es meramente formal sino que trasciende al ámbito de la ejecución ya que, como dice el párrafo primero del artículo 168 de la Ley General Tributaria, cuando la deuda está garantizada «*se procederá en primer lugar a ejecutar la garantía (…)*».

Es decir, el orden de ejecución viene legalmente predeterminado por la ejecución del bien que garantiza la obligación, alterándose en otro caso radicalmente

el orden de proceder en cuanto debe recaer exclusivamente sobre el bien que soporta la garantía.

Lo que se corrobora en el orden urbanístico ya que el tercer poseedor del bien adquirido, a partir del título reparcelatorio, queda subrogado en la obligación de su deudor principal, cuando existe una garantía calificada por la Ley del Suelo vigente como carga real, lo que significa que opera exclusivamente sobre ella, si estuviera vigente y hasta el límite de ella, siguiendo el modelo de la hipoteca de máximo mediante la cual el tercer poseedor que no es deudor personal responde en lugar de él, pero tan solo hasta la cifra máxima resultante de la afección inscrita, sin que sea admisible su superación ya que sería contrario al principio de seguridad jurídica que un tercero en los procesos reparcelatorios se viera obligado a soportar importes mayores de los que resultan de los límites de responsabilidad inscritos cuando adquirió su derecho, al estar protegido por la fe pública registral mientras no preste su consentimiento en contra en escritura pública, ya sea el adquirente de una parcela para edificar, ya el de una vivienda construida o por construir, ya sea, por fin, una empresa constructora, o un empleado, por ejemplo, de farmacia.

Por tanto, las limitaciones resultantes de la Ley General Tributaria de los preceptos relacionados constituyen límites imperativos que si podrían ser desconocidos por una Junta de Compensación, que se limita a solicitar la iniciación de la vía de apremio, son en cambio de inexcusable aplicación por la Administración Territorial bajo cuya tutela aquella actúa.

V. LA POSICIÓN DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN

1. La naturaleza de la Junta y su proyección sobre los terceros poseedores

Una Junta de Compensación es una entidad que, aún teniendo personalidad jurídica independiente de la de sus miembros y participando de una naturaleza administrativa, no es más que una reunión de propietarios que genera entre quienes la componen una relación jurídica propia creada para resolver sus obligaciones.

Si esto parece que inevitablemente es así, la Junta está sujeta a las consecuencias de las decisiones administrativas que han de insertarse en el estatuto jurídico de la propiedad definido por el legislador, de modo que no puede impulsar un procedimiento de apremio en cualquier vía contra los adquirentes sucesivos por título de compra en el contexto de un acto de reparcelación inscrito, haciendo caso omiso de que la responsabilidad de los terceros adquirentes es subsidiaria y que, en todo caso, frustrada la acción ejecutiva contra el deudor, frente al tercer poseedor solo puede acudir si está vigente la garantía que le afecta, hasta el límite de la responsabilidad inscrita y tan solo contra el bien adquirido.

Así ha de entenderse toda vez que, a partir de la distinción esencial entre deuda y responsabilidad, el tercer poseedor podrá ser responsable subsidiario mientras subsista la garantía inscrita pero nunca deudor personal, salvo asunción de la deuda, y en todo caso tan solo con el bien sobre el que se constituyó la garantía.

Todo ello no es presupuesto irrelevante, ni en modo alguno el procedimiento que se siga es un trámite insignificante.

2. La estructura jurídica de la obligación y su incidencia procesal

Al hilo de lo expuesto hasta este punto ha de tomarse pues conciencia de que las iniciativas de la naturaleza de las comentadas son radicalmente incompatibles con la compleja estructura de las relaciones jurídicas derivadas de la ejecución del planeamiento, en particular cuando los afectados son terceros hipotecarios.

La configuración del planeamiento como función pública ha ideado una serie de estructuras para asegurar su ejecución, pero cuando lo hace ni puede prescindir del haz complejo de las relaciones obligacionales resultantes del Derecho civil ni tampoco, por supuesto, de las propias instituciones urbanísticas.

Desde las primeras, es decir, desde las procedentes del Derecho civil, es inevitable reconocer que las relaciones jurídicas se conciertan entre personas y que la sucesión en ellas viene marcada por las reglas de modificación de las mismas, de tal modo que cuando se alteran sus términos el juego de la novación exige el cumplimiento de unas pautas obligadas y, a su vez, el ordenamiento jurídico, que crea el principio de subrogación legal, al mismo tiempo marca unas diferencias entre obligados y terceros poseedores. Así tiene lugar sin transformar la naturaleza de la obligación y distinguiendo entre el deudor y sus sucesores voluntarios y los posteriores adquirentes, que son responsables hasta el límite de la garantía inscrita para el caso de insolvencia definitiva del deudor.

Es decir, no es una obligación universal aunque nazca *propter rem*, sino una responsabilidad concretada en el objeto respecto del que se le traslada la responsabilidad.

Así viene a decirlo la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2003 según la cual «*la responsabilidad por adquisición de bienes afectados por la Ley al pago de deudas tributarias es subsidiaria, aunque se diferencia del régimen general de este tipo de responsabilidad por su carácter real, es decir, porque el responsable subsidiario, el adquirente del bien, sólo responde, en este caso, con los bienes adquiridos afectos por Ley al pago del tributo y sólo con ellos; todo lo cual viene a reforzar el que la afección se interpreta desde el plano de la responsabilidad como así se infiere, además, del artículo 62.2 del Reglamento General de Recaudación de 1990*».

En definitiva, se han de enlazar de manera precisa las instituciones civiles con las urbanísticas poniendo a cada sujeto en la posición que le corresponde; esto es, los terceros poseedores son responsables hasta el límite de la responsabilidad inscrita y después de que el deudor resulte insolvente o en la parte que resultó insuficiente para cubrir la deuda, y ello siempre que la carga frente a ellos conste vigente.

Así resulta, por otra parte, de la propia jurisprudencia recaída en la materia, de tal manera que incluso de ejercitarse en vía civil se reivindica la competencia judicial y se exige la estricta sujeción al régimen civil en un proceso contradictorio desde la igualdad entre las partes.

Y en el mismo sentido pueden citarse las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2002 y 19 de diciembre de 2003.

En efecto, el artículo 120 de la Ley Hipotecaria aplicable también a los procedimientos de apremio, dice que «*fijada en la inscripción la parte de crédito de que deban responder los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses, con arreglo a lo prescrito en los artículos anteriores*».

El 121 siguiente añade que lo dispuesto en el anterior «*se entenderá sin perjuicio de que, si la hipoteca no alcanzase a cubrir la totalidad del crédito,*

pueda el acreedor repetir por la diferencia contra las demás fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder, pero sin prelación en cuanto a dicha diferencia (…)».

Y por fin el artículo 221 del Reglamento Hipotecario, referido precisamente al supuesto idéntico al contemplado del tercer poseedor, dice que «*distribuido el crédito hipotecario entre varias fincas, conforme a los artículos 119 y siguientes de la Ley, si alguna de ellas pasare a tercer poseedor, este podrá pagar al acreedor el importe de la responsabilidad especial de la misma y, en su caso, el de los intereses correspondientes y exigir la cancelación de la hipoteca en cuanto a la finca o fincas liberadas*».

Lo que trasladado al orden administrativo exige, conforme a lo dicho por la Ley General Tributaria en cuanto se intenta repercutir sobre quien no es deudor personal, el planteamiento de la acción de responsabilidad de derivación, lo que, por otro lado, supone que su contravención inevitablemente habría de ser entendida como expresión del ejercicio de la potestad administrativa en su máxima expresión (exacción y embargo) al margen de las normas dictadas por el procedimiento al efecto establecido, en contra del administrado y de la protección que el ordenamiento jurídico le concede a través de la seguridad jurídica que el mismo diseña. En este sentido, la iniciación y desarrollo de un procedimiento contra el patrimonio de un particular en una forma no prevista por el ordenamiento jurídico permite recordar, como resulta de las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2003 *(RJ* 2003, 2814) y 25 de septiembre de 2007 *(RJ* 2007, 6285) que «*la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, [y] en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución*».

CONCLUSIONES

I. En cuanto se refiere a la nueva constancia de la afección registral al pago de los gastos de urbanización, la Resolución de 21 de junio de 2017 plantea, cuando se sitúa en el contexto de las precedentes de 31 de enero, 26 de mayo y 13 de junio de 2014, todas ellas situadas en el marco de la legislación urbanística valenciana temporalmente favorable a su práctica a instancias del urbanizador con carácter previo a lo que resulta de la normativa vigente, la paradoja que concurre en aquellos ámbitos de aplicación en los que no siendo contemplada expresamente su admisión por el legislador estatal tampoco lo sea por el autonómico.

II. La prolongación de los plazos correspondientes a los procesos de urbanización por encima del plazo de vigencia de la afección de las fincas sujetas a procesos reparcelatorios manifestada durante el tiempo de inactividad inmobiliaria propia de la crisis económica padecida en los últimos años revela un desajuste entre la realidad y la norma cuando, más allá de no contemplar la renovación de la afección, guarda silencio sobre la posibilidad de su prórroga, por lo demás rechazada por la Dirección General, desajuste cuya corrección, según se entiende, corresponde que sea afrontada por el legislador y no reconociendo un régimen que aun siendo razonable carece de respaldo normativo.

III. Desde otro punto de vista, la Resolución de 21 de junio de 2017 permite también abordar la posición del tercer adquirente de suelo reparcelado cuando, pese a no haberse subrogado voluntariamente en el cumplimiento de la obligación de urbanizar por haber sido retenida por su transmitente, asiste sin embargo a la reclamación que en no pocas ocasiones se le dirige tanto por la Administración como por las Juntas de Compensación a fin de hacer frente directamente o en vía ejecutiva de apremio al pago de los gastos de urbanización, lo que así tiene lugar con el riesgo de eludir las normas procedimentales de obligado cumplimiento y que para llegar a tal punto han de ser previamente observadas.

IV. A tal efecto, las aludidas normas de procedimiento imponen tener presente que no cabe impulsar un procedimiento de apremio en cualquier vía contra los adquirentes sucesivos por título de compra en el contexto de un acto de reparcelación inscrito, haciendo caso omiso de que la responsabilidad de los terceros adquirentes es subsidiaria y que, en todo caso, frustrada la acción ejecutiva contra el deudor, frente al tercer poseedor solo puede acudir si está vigente la garantía que le afecta, hasta el límite de la responsabilidad inscrita y tan sólo contra el bien adquirido.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 18 de marzo de 1987
- STS de 14 de noviembre de 1996
- STS de 18 de marzo de 2002
- STS de 5 de marzo de 2003
- STS de 9 de abril de 2003
- STS de 19 de diciembre de 2003
- STS de 25 de septiembre de 2007
- RDGRN de 31 de enero de 2014
- RDGRN de 26 de mayo de 2014
- RDGRN de 13 de junio de 2014
- RDGRN de 25 de abril de 2017
- RDGRN de 21 de junio de 2017

BIBLIOGRAFÍA

ARNAIZ EGUREN, R., *El hecho urbanístico y su tratamiento en el derecho positivo,* Ed. Civitas, 2014.

GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, Tomo V, Urbanismo y Registro,* Civitas, 1999.

LANZAS MARTÍN, E., El requisito de firmeza de los actos administrativos de naturaleza urbanística, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 762, 2017, 2092-2106.

LASO MARTÍNEZ, J. L., *Afecciones registrales. Aplicaciones tributarias y urbanísticas,* Ed. Centro de Estudios del Colegio de Registradores, 2005.

— *Gastos de urbanización, procesos concursales y derivaciones patrimoniales,* Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles España, 2011.

— Ambigüedades y contradicciones de las deudas por gastos de urbanización en los procesos concursales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, 2014, 3439-3450.

— Constancia registral de los créditos por gastos de urbanización en los procesos concursales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, 2011, 2997-3003.
— Gastos de urbanización, procesos concursales y derivaciones registrales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 719, 2010, 1356-1363.

NOTAS

[1] LANZAS MARTÍN, E., El requisito de firmeza de los actos administrativos de naturaleza urbanística, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 762, 2017, 2092-2106.

[2] GARCÍA GARCÍA, J. M., Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, Tomo V, Urbanismo y Registro, Civitas, 1999, 197.

[3] Sobre la constancia registral de la afección al pago de los gastos de urbanización resultan de interés la obra de ARNAIZ EGUREN, R., *El hecho urbanístico y su tratamiento en el derecho positivo,* Ed. Civitas, 2014, así como las dos monografías sobre la materia de LASO MARTÍNEZ, J. L., *Afecciones registrales. Aplicaciones tributarias y urbanísticas,* Ed. Centro de Estudios del Colegio de Registradores, 2005, y *Gastos de urbanización, procesos concursales y derivaciones patrimoniales,* Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles España, 2011, al igual que los siguientes trabajos del mismo autor publicados en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*: Ambigüedades y contradicciones de las deudas por gastos de urbanización en los procesos concursales, núm. 746, 2014, 3439 a 3450, Constancia registral de los créditos por gastos de urbanización en los procesos concursales, núm. 723, 2011, 2997 a 3003, Gastos de urbanización, procesos concursales y derivaciones registrales, núm. 719, 2010, 1356 a 1363.

4. DERECHO BANCARIO

Retroactividad, cosa juzgada, consideración de la condición de consumidor y superación del control de transparencia en los casos de cláusulas suelo según la doctrina contenida en las STJUE de 21 de diciembre de 2016, SSTS de 18 de enero de 2017, de 30 de enero de 2017, de 24 de febrero de 2017, de 9 de marzo de 2017 y ATS de 4 de abril de 2017

Retroactivity, res judicata, analysis of the consumer condition and fulfilment of the transparency scrutiny in cases of floor provisions according to the judgments of the Court of Justice of the European Union rendered on December 21st 2016, and the judgments of the Spanish Supreme Court rendered on January 18th 2017, January 30th 2017, February 24th 2017, March 9th 2017 and April 4th 2017

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS
Doctor en Derecho
Abogado colegiado en Madrid y en Nueva York
LLM por la University of California Berkeley

RESUMEN: Tras la Sentencia del Alto Tribunal de 9 de mayo de 2013 que declaró la nulidad de las cláusulas suelo abusivas, cinco temas han seguido suscitando especial polémica: la retroactividad, la imposibilidad de plantear acciones por el principio procesal de cosa juzgada, la posibilidad de revisar sentencias firmes por el reciente cambio jurisprudencial que ha habido, la condición de consumidor a efectos de aplicar el control de transparencia y la posibilidad de superar el examen de transparencia cuando concurren determinadas circunstancias.

Todas estas cuestiones se abordan en las resoluciones estudiadas para establecer de forma definitiva la retroactividad e imprescriptibilidad de la acción de nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia, así como rechazar la aplicación de la doctrina de la cosa juzgada por sentencias dictadas en procesos donde se ejercitan acciones colectivas a estos casos (STJUE de 21 de diciembre

de 2016 y STS de 24 de febrero de 2017). Sin perjuicio de lo anterior, en los pronunciamientos analizados también se precisa que no pueden revisarse sentencias firmes que no hayan concedido la retroactividad de los efectos de la nulidad como consecuencia del cambio jurisprudencial experimentado a raíz de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (ATS de 4 de abril de 2017).

Por otro lado, también se clarifica y se declara la posibilidad de que las cláusulas suelo no adolezcan necesariamente de falta de transparencia, y por ello, que tales cláusulas pueden ser válidas cuando no se enmascara el contenido de la provisión, se produce una negociación individual y el Notario informa expresamente al respecto (STS de 9 de marzo de 2017).

Finalmente en las citadas resoluciones también se matiza que el control de transparencia no resulta aplicable en los supuestos en que el préstamo no se ha suscrito por un consumidor, entendiéndose dentro de dichos casos la financiación concedida para la adquisición de locales que se destinan a la actividad empresarial o para refinanciar dicha actividad (SSTS de 18 y de 30 de enero de 2017).

ABSTRACT: After the nullity of the abusive floor clauses was declared by the Spanish Supreme Court in the judgment of May 9th 2013, five matters have kept controversial: the retroactivity effect of the nullity, the foreclosure to bring actions as a result of the res judiciata procedural principle, the possibility to review final judgments beyond appeal as a consequence of the recent change in the caselaw, the consumer condition in order to apply the transparency test and the possibility to satisfy the transparency scrutiny under some circumstances.

All these topics are treated in the judgments that are studied in this article declaring definitively the retroactivity and the non-existent of a statue limitation for this nullity caused by the lack of transparency, as well as the rejection to apply the res judicata principle to these cases due to prior judgments rendered in relation to class actions (Judgments of the Court of Justice of European Union of December 21st 2016 and of the Spanish Supreme Court of February 24th 2017). Notwithstanding the above, the said judgments also establish that final judgments beyond appeal which did not grant the retroactivity cannot be reviewed as consequence of this caselaw change (Spanish Supreme Court resolution of April 4th 2017).

Additionally, they also clarify and declare the possibility that floor clauses may not necessarily lack of transparency, and consequently, that these provisions may be valid when they are not diluted among the text of the contract, there is an individual bargain in relation to the clauses of the loan and the public notary expressly informs on this matter (Spanish Supreme Court Judgment of March 9th 2017).

Finally the aforementioned judgments also set forth that the transparency scrutiny is not applicable to cases in which the loan has not been entered into by a consumer, being considered as one of these cases when the money is borrowed for the acquisition of real states that are used for an entrepreneurial activity or for refinancing the said activity (Judgments of the Spanish Supreme Court of 18th and 30th January 2017).

PALABRAS CLAVE: Cláusula suelo. Préstamo hipotecario. Control de transparencia. Consumidores. Condición abusiva. Cosa juzgada. Retroactividad. Revisión de sentencia. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

KEY WORDS: Floor clause. Mortgage loan. Transparency scrutiny. Consumers. Abusive condition. Res judicata. Retroactivity. Final judgments beyond appeal review. Spanish Supreme Court and Court of Justice of the European Union case law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SENTENCIAS ESTUDIADAS EN EL ARTÍCULO: 1. Imposición de la retroactividad a nivel europeo: STJUE de 21 de diciembre de 2016: *A. Antecedentes de interés. B. Pronunciamientos destacados.* 2. Retroactividad y cosa juzgada en España: STS de 24 de febrero 2017: *A. Cuestiones fácticas y procesales. B. Doctrina relevante.* 3. Superación del control de transparencia en determinados supuestos: STS de 9 de marzo de 2017: *A. Antecedentes. B. Aspectos doctrinales destacados.* 4. Improcedencia de revisar sentencias firmes por el cambio jurisprudencial sobre la irretroactividad de los efectos de la nulidad: ATS de 4 de abril de 2017: *A. Íter procesal. B. Pronunciamientos de interés.* 5. Consideración de consumidor a efectos del control de transparencia: SSTS de 18 y de 30 de enero de 2017: *A. STS de 18 de enero de 2017. B. STS de 30 de enero de 2017.*—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

Como señala la propia STS de 9 de mayo de 2013[1], el uso de cláusulas suelo ha sido consentido durante años sin controversia alguna. Por esa razón habitualmente no se trataba su posible validez dentro la doctrina[2]. Posteriormente, tras la aplicación generalizada de esta cláusula y la bajada de los tipos de interés se inició la controversia y la litigación masiva, que originó una jurisprudencia menor contradictoria respecto a numerosos aspectos relacionados con este tipo de provisión, su aplicación y su posible nulidad[3].

Tras la citada resolución algunas cuestiones de relevancia para los litigios que versan sobre la validez de las cláusulas suelo han permanecido indefinidas por el Alto Tribunal, lo que ha generado posicionamientos dispares entre la jurisprudencia menor y la doctrina.

Dentro de tales aspectos que han continuado siendo contravertidos se encuentran la irretroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo por la falta de superación del control de transparencia, el posible efecto de cosa juzgada por las resoluciones que ventilaban procesos iniciados por acciones colectivas, así como la posibilidad de revisión de las sentencias firmes en las que se ha aplicado la doctrina del Tribunal Supremo sobre la ausencia de total retroactividad de los efectos de la nulidad y la consideración de consumidor y sus consecuencias en relación con la aplicación del examen de transparencia.

Todos estos temas se abordan y se resuelven en los pronunciamientos judiciales que son estudiados en este trabajo con la finalidad de intentar analizar y extraer las principales conclusiones de las últimas resoluciones importantes que han recaído en la materia.

II. SENTENCIAS ESTUDIADAS EN EL ARTÍCULO

1. Imposición de la retroactividad a nivel europeo: STJUE de 21 de diciembre de 2016

Había gran expectación sobre el pronunciamiento del Tribunal Europeo que iba a resolver la cuestión de la retroactividad de la nulidad[4], ya que el Tribunal Supremo español se ha había mantenido inflexible[5] al respecto, a pesar de las grandes críticas doctrinales[6] recibidas e incluso del posicionamiento contrario

de algunas Audiencias Provinciales[7, 8]. Esta sentencia impone la retroactividad con base en el Derecho Europeo, lo que ha permitido a la doctrina profundizar en la situación y evolución del control de transparencia[9] de la cláusula suelo[10].

A. Antecedentes de interés

Esta sentencia tiene su origen en la resolución de varias cuestiones prejudiciales planteadas sobre la interpretación de los artículos 6 y 7[11] de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 en el marco de tres procesos judiciales españoles en los que se dilucidaba la transparencia de cláusulas suelo de préstamos suscritos entre consumidores y entidades financieras, así como la procedencia de la restitución de cantidades abonadas en aplicación de la referida estipulación abusiva[12]. En dichas cuestiones prejudiciales se inquiría fundamentalmente sobre la compatibilidad de la jurisprudencia española que establecía los efectos no retroactivos y los citados preceptos de la normativa de la Unión Europea.

B. Pronunciamientos destacados

Como no podía ser de otra forma para que se pudiera dictar esta resolución con la doctrina que contiene, el Tribunal europeo declara su competencia al entender que como consecuencia de la exigencia fundamental de una aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión Europea, él es el único autorizado para determinar las limitaciones en el tiempo relativas a su aplicación[13]. En este sentido, se precisa que no se trata de una restricción por preclusión de plazos de ejercicio de acciones (que sí considera que se podría establecer a nivel nacional[14]) y que el examen del carácter abusivo de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del negocio jurídico sin que el consumidor haya dispuesto de la información necesaria con carácter previo a la contratación se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la mencionada Directiva[15]. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es competente porque se está dilucidando la aplicación temporal de una normativa europea de protección de consumidores frente a cláusulas abusivas.

El citado Tribunal, tras efectuar las precisiones comentadas y matizar que la protección del consumidor no es absoluta[16], declara con rotundidad respecto a la jurisprudencia española que establecía la improcedencia de la retroacción anterior al 9 de mayo de 2013:

«*Pues bien, la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013.*

De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la Sentencia de 9 de mayo de 2013— relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, solo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de

préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la Sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).

En tales circunstancias, dado que para resolver los litigios principales los órganos jurisdiccionales remitentes están vinculados por la interpretación del Derecho de la Unión que lleva a cabo el Tribunal de Justicia, dichos órganos jurisdiccionales deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las Sentencias de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, apartados 29 a 32; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, apartados 33 y 34; de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, apartado 36, y de 8 de noviembre de 2016, Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835, apartados 67 a 70).

De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

Por lo tanto, la principal conclusión que se extrae de esta resolución es que la irretroactividad postulada por la jurisprudencia del Alto Tribunal español no puede seguirse aplicando, debiendo condenar a la restitución de todas las cantidades abonadas en virtud de la cláusula suelo[17].

Sin perjuicio de lo anterior, algunos autores[18] postulan consecuencias jurídicas adicionales a la comentada:

a) El control de transparencia aplicable es el mismo tanto para las condiciones que regulan elementos esenciales (como es el caso del suelo por estar relacionado con el precio) como las referentes a otros aspectos.
b) Las consecuencias de una nulidad originada por el incumplimiento de la Directiva es la nulidad *ex tunc* porque así lo establece la Directiva, sin que los Estados Miembros puedan modificar los efectos jurídicos de esa nulidad. Aunque en este sentido, se plantea que el TJUE[19] haya podido extralimitarse en sus funciones.
c) Se reitera la primacía y competencias de los tribunales europeos.
d) Uno de los pocos límites que tiene la protección de los consumidores a este respecto es el efecto de la cosa juzgada, que es precisamente el que ha fijado recientemente el Tribunal Supremo español (tal y como se comenta en este trabajo)[20].

A su vez, se plantean cuestiones que el citado pronunciamiento no ha resuelto, proponiendo soluciones concretas para algunas de ellas[21]:

a) La sentencia del TJUE no se pronuncia sobre la posible responsabilidad patrimonial del Estado español por la infracción del Derecho de la Unión

Europea, pero la doctrina estima que no procedería por no estar el incumplimiento suficientemente caracterizado y porque no hay un reconocimiento expreso de un error judicial (si es que pudiera considerarse como tal la doctrina mantenida anteriormente por el Tribunal Supremo español).

b) No se dilucida ni profundiza en las nociones de graves trastornos económicos o la buena fe de los círculos interesados que podrían operar conforme a la jurisprudencia previa del TJUE[22] como posibles límites a la retroactividad de los efectos.

c) No se aborda la asociación directa entre abusividad y falta de transparencia. Según CÁMARA LAPUENTE el Tribunal Supremo sostiene que procede declarar directamente la abusividad ante la falta de transparencia, el TJUE no se posiciona claramente y el citado autor postula que procede declarar la no incorporación[23].

Por consiguiente, aunque la STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha resuelto la polémica sobre la retroactividad de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo que no superen el test de transparencia, parece que hay determinados aspectos importantes en esta materia que todavía necesitan aclaración por parte de los tribunales.

2. Retroactividad y cosa juzgada en España: STS de 24 de febrero 2017

Esta resolución judicial es relevante porque el pleno de la Sala Primera del Alto Tribunal ratifica e incorpora la doctrina de la previamente estudiada STJUE de 21 de diciembre de 2016[24], adaptando la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en la materia, que establecía la improcedencia de la retroactividad de los efectos de la nulidad con anterioridad a la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013[25]. Este criterio sobre la retroactividad sin límites temporales ha sido aplicado posteriormente por las Audiencias Provinciales[26]. Además la sentencia aborda otras cuestiones relevantes como la inexistencia de cosa juzgada material por las sentencias recaídas en casos de acciones colectivas[27, 28].

A. Cuestiones fácticas y procesales

El origen de la controversia radica en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria otorgado ante Notario el 27 de mayo de 2005 por importe de 283.000 euros. El plazo de devolución era 30 años[29].

El contrato litigioso establecía un interés fijo del 3% durante el primer año del préstamo y un interés variable del Euribor más 0,55 puntos para el resto del tiempo de duración pactado. Además, la cláusula tercera bis, apartado f) del referido negocio jurídico señalaba[30]:

«*Las condiciones de interés variable de esta operación se han de pactar entre prestataria y prestador con el condicionante aceptado expresamente por la primera, que el tipo de interés que resulte de la revisión no podrá ser, en ningún caso, inferior al 3% del nominal anual*».

A fecha de presentación de la demanda el actor abonó como consecuencia de la aplicación de la mentada cláusula la cantidad de 5.485,77 euros[31].

Se instó por el demandante (una persona física) en el 2010 a que se eliminara la cláusula suelo, pero la entidad financiera no accedió[32].

Esto motivó la interposición de la demanda en marzo de 2012, solicitando la nulidad de la cláusula suelo y la restitución de las cantidades abonadas a consecuencia de su aplicación[33].

Tras la contestación a la demanda se dictó la sentencia de primera instancia, desestimando la demanda[34].

Dicha resolución fue recurrida por la parte actora, siendo estimado el recurso por la Audiencia Provincial, que declaraba la nulidad de la cláusula suelo y condenaba a la devolución de todas cantidades abonadas en virtud de la provisión anulada. A estos efectos la sentencia de segunda instancia consideró: (i) no surte efecto de cosa juzgada material la resolución del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 porque en la disputa se ejercita una acción individual y no una colectiva, (ii) las circunstancias de la controversia no son similares a los trastornos graves con trascendencia en el orden público económico descritos en la STS de 9 de mayo de 2013, (iii) procede la aplicación de la devolución íntegra de las cantidades abonadas al amparo del artículo 1303 del Código Civil[35].

El banco interpuso recurso de casación, denunciando la infracción del artículo 1303 del Código Civil en relación con el artículo 9.3 del Código Civil, al contravenir la jurisprudencia del Alto Tribunal sobre la improcedencia de la retroactividad de los efectos con anterioridad a 9 de mayo de 2013[36].

Tras dictarse la STJUE de 21 de diciembre de 2016, se concedió un trámite de alegaciones a las partes, el cual fue aprovechado por la entidad financiera, para plantear con carácter subsidiario, la improcedencia del pago de los intereses legales de las cantidades cobradas que deban ser restituidas al consumidor[37].

B. Doctrina relevante

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, entendiendo que los jueces nacionales deben salvaguardar la efectividad y primacía del Derecho de la Unión Europea, teniendo las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea eficacia *erga omnes ex tunc*[38].

En virtud de lo anterior, declara que «*la jurisprudencia de esta Sala*» «*ha de acomodarse a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión*»[39], que ha considerado que[40]:

«*a) La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, se opone al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013.*

b) Dicha jurisprudencia nacional solo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo; y tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE».

Por lo tanto, esta sentencia refleja la rectificación del criterio anteriormente mantenido por el Tribunal Supremo, para ajustarse al posicionamiento previamente expuesto de la STJUE de 21 de diciembre de 2016[41].

A su vez, el Alto Tribunal descarta la existencia de cosa juzgada entre las acciones individuales de los pleitos que se están iniciando y las resoluciones que han resuelto litigios en los que se han ejercitado acciones colectivas como la STS de 9 de mayo de 2013 porque no existe identidad objetiva, puesto que tienen objetos y efectos jurídicos diferentes[42] y porque en el caso de las acciones para la tutela de derechos de consumidores indeterminados o no fácilmente determinables, la eficacia del principio de cosa juzgada tampoco se producirá frente a los no personados[43].

Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener en cuenta que la reciente STS de 8 de junio de 2017[44] declara que las sentencias que estiman acciones colectivas deben traer como consecuencia que en aquellos litigios pendientes en los que se ejercita una acción individual respecto de las cláusulas suelo litigiosas, la regla general deba ser que el Juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en la sentencia que resolvió la acción colectiva, salvo cuando en el litigio consten circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o la información suministrada por la entidad financiera. Consecuentemente, las resoluciones previas provenientes de acciones colectivas no vedan ni limitan la posibilidad de declarar abusivas las estipulaciones suelo respecto a posteriores pleitos donde se ventilan acciones individuales. Únicamente permiten al Juez del posterior pleito declarar su nulidad por los motivos expuestos en la sentencia que resolvió la acción colectiva.

Asimismo resulta de interés que el Tribunal Supremo, a la hora de resolver la pretensión subsidiaria de la entidad financiera antes señalada[45], declare la procedencia de abonar el interés legal de las cantidades que deban devolverse en virtud de la nulidad de la cláusula. Aunque la desestimación se produce por una cuestión procesal, y aparentemente el pronunciamiento de fondo se trata de un *obiter dicta*, este es especialmente claro puesto que el Tribunal Supremo indica[46]:

«*La desestimación del único motivo de casación también implica la desestimación de la pretensión subsidiaria formulada en el escrito de alegaciones sobre los efectos de la STJUE, relativa a los intereses devengados por las cantidades que han de devolverse. No solo porque en estos casos de nulidad, conforme al artículo 1303 del Código Civil, el alcance restitutorio incluye el pago de los intereses devengados por las respectivas prestaciones restituibles (por todas, Sentencia de esta Sala 734/2016, de 20 de diciembre), sino fundamentalmente porque se trata de una cuestión nueva planteada en el mencionado escrito de alegaciones, que no fue incluida como motivo de casación, pudiéndolo haber sido*».

3. Superación del control de transparencia en determinados supuestos: STS de 9 de marzo de 2017

Esta resolución ha sido objeto de múltiples comentarios[47] por resultar la primera del Alto Tribunal que, aplicando el examen de transparencia anteriormente establecido en su jurisprudencia[48], alcanza la conclusión que la cláusula no es nula por haber superado los requisitos establecidos en el mismo. Por consiguiente, esta sentencia que ha sido dictada por el pleno de la Sala Primera es de utilidad para saber qué aspectos son relevantes para superar el referido control de transparencia.

A. Antecedentes

Los hechos que la resolución declara como acreditados en la instancia son[49]:

1. El 14 de julio de 2009 las personas físicas que interpusieron la demanda suscribieron con una entidad financiera un contrato de préstamo con garantía

hipotecaria por un importe de 270.000 euros. La devolución del préstamo estaba fraccionada en cuotas mensuales, la última de las cuales vencía en el año 2039.

2. El contrato se instrumentó en escritura pública. En la cláusula TERCERA. bis del contrato se indicaba que el interés pactado era la suma del interés de referencia y el diferencial. A continuación, después de la explicación de cómo se identificaba el tipo de interés de referencia, había otra provisión que rezaba:

«*TERCERA Bis. Dos- LIMITES A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS.*

El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios de acuerdo con lo establecido en los párrafos anteriores no podrá ser, en ningún caso superior al 8,00 por ciento nominal anual, ni inferior al 3,00 por ciento anual».

Las referidas personas naturales interpusieron demanda en la que instaban la nulidad de la cláusula reproducida, alegando que se trataba de una condición general predispuesta por la entidad financiera, en la que había una falta de reciprocidad y equilibrio entre las contraprestaciones, ya que limitaba la variabilidad a la baja del interés en beneficio del banco y fijaba un techo inalcanzable. La nulidad también se fundaba en la falta de transparencia y de información conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su STS de 9 de mayo de 2013[50].

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, declarando que la cláusula litigiosa superaba el control de transparencia con base en[51]:

- La configuración de la provisión contractual, habiendo sido redactada en la misma fuente de letra que el resto de cláusulas y los porcentajes se destacaban en negrita.
- Los actores negociaron la cláusula suelo.
- Unos cuadros similares de amortizando que reflejaban necesariamente la activación del suelo del 3% fueron entregados a los demandantes.
- El notario público les informó de las condiciones del préstamo, y en particular, de la cláusula suelo.

Los actores recurrieron en apelación, siendo desestimado el mismo por la Audiencia Provincial al entender que se cumplen los requisitos del control de transparencia con la siguiente argumentación[52]:

- «*No se enmascara en el contrato diluyendo la atención del contratante entre otras, sino que se muestra como una cláusula principal del contrato que expresa con meridiana claridad el contenido de la misma que no es otro que los límites al tipo de interés, señalando como límite inferior el 3% nominal anual, que aparecería resaltada en negrilla*».
- «*Existe(n) en el procedimiento elementos probatorios que revelan que el establecimiento de dicha cláusula fue negociado individualmente entre los actores y la entidad demandada, hasta el punto de que la misma aplicó un «suelo» inferior al tipo usual aplicado por dicha entidad, como así ha puesto de manifiesto por la declaración de la persona que negoció el préstamo, por las comunicaciones documentadas entre esta y la entidad matriz al objeto de solicitar autorización para modificar las condiciones contractuales, y por las declaraciones en el acto del juicio de la Notaria autorizante del contrato, que expresamente reconoció la advertencia legal a los contratantes sobre la cláusula de variación del tipo de interés*».
- «*Los actores conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación de la referida "cláusula suelo", que negociaron individualmente y terminaron por aceptar en uso de su autonomía negocial*».

Ante dicho pronunciamiento judicial los demandantes interpusieron recurso de casación alegando la infracción de la jurisprudencia contenida en la STS de 9 de mayo de 2013, y en concreto, los parámetros fijados por dicha sentencia para realizar el test de transparencia[53].

B. Aspectos doctrinales destacados

La resolución analizada desestima el recurso de casación de interpuesto. A estos efectos es interesante recordar que no se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal por lo que no cabía variar la valoración probatoria realizada en la instancia[54], que era especialmente desfavorable para considerar que la inclusión de la cláusula fue sorpresiva al estar oculta entre una profusión de estipulaciones financieras y sin información suficiente sobre la provisión del suelo y sus consecuencias económicas y jurídicas[55]. De hecho, el propio Alto Tribunal señala en este sentido que tales hechos «*muestran claramente que el prestatario conocía la existencia y el alcance de la cláusula suelo litigiosa, incluso se afirma que fue negociada individualmente*»[56].

A este respecto el Tribunal Supremo recuerda que la valoración probatoria sobre el cumplimiento de los requisitos del test de transparencia no se ciñe exclusivamente al contrato o la oferta previa vinculante, sino que puede abarcar otros medios probatorios como la labor del Notario en la instrumentalización del contrato, que permitan acreditar que el suelo no pasó inadvertido para el consumidor y que este estuvo en condiciones de poderse percatar de la carga económica y jurídica de tal cláusula[57]. Este posicionamiento de hecho ha sido interpretado por algún sector doctrinal, por en teoría distanciarse de un control abstracto limitado a la documentación contractual (y supuestamente no haber tenido en cuenta el resto del clausulado para valorar si efectivamente las cláusulas estaban inmersas en una abrumadora cantidad de datos que dificultara su conocimiento) y aproximarse a una especie de acción de anulabilidad por error en el consentimiento en que se evalúa la excusabilidad de la falta de conocimiento[58]. En concreto, AGÜERO ORTIZ comenta que esta sentencia «*recupera la configuración del control de transparencia original, en tanto que requisito previo para entrar a valorar la abusividad de una cláusula relativa al precio y no como equivalente de abusividad en sí misma*», produciéndose «*un salto cualitativo respecto al contenido del control acercándolo, más aún, a la figura del error en el consentimiento*»[59]. Un criterio similar puede apreciarse en la STS de 8 de junio de 2017 al aludir al perfil del cliente para determinar los efectos de las sentencias dictadas en pleitos de acciones colectivas en los casos particulares.

Aunque las conclusiones de esta corriente doctrinal pueden no resultar indubitadas. En este sentido no conviene olvidar que entre los hechos declarados probados en la instancia se encuentran que el suelo no estaba enmascarado (lo cual hace presuponer que el resto del clausulado ha sido tenido en cuenta), que expresamente se alude a que la cláusula tercera que regula el tipo de interés y que es anterior a la provisión sobre el suelo, que la valoración conjunta de las circunstancias y de la prueba del caso concreto sí fue postulada anteriormente por el Tribunal Supremo como criterio del test de transparencia y que aparentemente la posibilidad de conocimiento de la carga económica y jurídica de la cláusula suelo por el consumidor siempre ha sido un aspecto esencial del control de transparencia establecido por la doctrina del Alto Tribunal.

Por ello, ante los hechos declarados probados en la instancia sobre la falta de ocultación de la estipulación, la negociación individual y la advertencia expresa del Notario[60], el Tribunal Supremo confirma el pronunciamiento de la Audiencia Provincial al estimar que se satisfacen los requisitos del examen de transparencia, que deben ser analizados en cada caso, atendiendo al conjunto del material probatorio, teniendo en cuenta de que no se trata de una lista exhaustiva y que la presencia aislada de alguna de las circunstancias mencionadas en la STS de 9 de mayo de 2013 puede ser suficiente para que se considere que la provisión del suelo no es transparente[61].

Consecuentemente esta resolución del Alto Tribunal evidencia que no todas las cláusulas suelo son nulas por no superar el test de transparencia, y que la redacción, el uso de negrillas[62] y la configuración del suelo, así como su negociación individual, el aviso expreso del Notario y la simulación con el funcionamiento expreso del suelo (según los hechos declarados probados en la instancia), pueden permitir en el caso concreto sostener que la particular estipulación es transparente y válida. Algunas sentencias de Audiencias Provinciales parecen seguir implícitamente este criterio al exigir la acreditación de la existencia de una fase precontractual definiendo las condiciones, de forma clara y precisa, e informando del significado y consecuencias[63]. Otras resoluciones de la jurisprudencia menor directamente citan y reproducen este pronunciamiento dentro de su *ratio decidendi*[64]

Además, como señala alguna autora[65], esta sentencia apunta en un pronunciamiento *obiter dicta* que el control de transparencia sobre las cláusulas suelo no puede aplicarse en supuestos en los que se ha producido una negociación de la cláusula, al no tratarse entonces de una condición general de la contratación. Así la resolución dice expresamente[66]: «*este hecho declarado probado por la Audiencia (que el establecimiento de dicha cláusula fue negociado individualmente entre los actores y la entidad demandada) hubiera permitido que nos cuestionáramos en qué medida en este contrato la cláusula suelo no había sido predispuesta por el banco, al haber sido negociada, y si por ello no resultaba de aplicación la normativa y la jurisprudencia sobre las cláusulas abusivas, al quedar en entredicho la propia cualidad de condición general de la contratación de la cláusula litigiosa*».

No obstante, este posicionamiento podría interpretarse que resulta algo contradictorio con el criterio mantenido en las SSTS de 18 de enero de 2017 y de 30 de enero de 2017, en las que se sostiene que no procede aplicar el control de transparencia en casos en los que los préstamos con cláusulas suelo contienen condiciones generales de la contratación pero no han sido suscritos por consumidores. En efecto, si la protección deriva de la normativa de condiciones generales de la contratación siendo relevante al respecto la negociación individual de la correspondiente provisión, puede parecer inconsistente supeditar la referida protección a la condición de consumidor conforme a otra normativa.

4. Improcedencia de revisar sentencias firmes por el cambio jurisprudencial sobre la irretroactividad de los efectos de la nulidad: ATS de 4 de abril de 2017

Este pronunciamiento es de especial interés porque el pleno de la Sala Primera del Alto Tribunal descarta una pretensión surgida con motivo de la STJUE de 21 de diciembre de 2016: la posibilidad de revisar sentencias firmes con motivo de la incompatibilidad de la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo recaída en la materia con la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Nótese que conforme a la STS de 24 de febrero de 2017, no parece vedada la posibilidad de incorporar la nueva doctrina del TJUE en los procesos judiciales que siguen en trámite, ya que en esa ocasión el propio Alto Tribunal concedió un trámite de alegaciones a las partes sobre el asunto y modificó su criterio anterior en la materia[67]. Dicha actuación procesal en un proceso abierto sin sentencia firme permite sortear en gran medida, sino totalmente, los obstáculos procesales que indica el Tribunal Supremo en este auto para proceder a la revisión que permitiría aplicar el nuevo criterio asentado en la STJUE de 21 de diciembre de 2016 al caso concreto (siempre que no haya recaído una resolución firme en el correspondiente proceso).

A. Íter procesal

En este caso los hechos no son particularmente relevantes, ya que lo se plantea y lo que se resuelven son cuestiones procesales.

El proceso se inició con la interposición de la demanda por dos personas físicas en el año 2015, por la que se solicitaba que se declarara la nulidad de la cláusula suelo del préstamo hipotecario que habían concluido con el banco demandado, instando a su vez a que se condenara a devolver todo lo cobrado indebidamente en virtud de dichas provisiones[68].

La demanda se estimó parcialmente en primera instancia, declarando la nulidad de las estipulaciones solicitadas, pero únicamente condenando a devolver las cantidades abonadas en virtud del suelo del préstamo a partir del 9 de mayo de 2013[69].

Al no recurrirse, la sentencia adquirió firmeza el 2 de diciembre de 2016[70]. Posteriormente, el 18 de enero de 2017, los actores presentaron ante el Alto Tribunal demanda de revisión de la resolución firme, alegando que la STJUE de 21 de diciembre de 2016 sostiene que la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicada por el juzgado de primera instancia para estimar parcialmente la demanda se opone al Derecho de la Unión Europea. Según los demandantes conforme a la referida STJUE de 21 de diciembre de 2016 debe procederse a abonar todas las cantidades pagadas en virtud de la cláusula suelo anulada. La revisión se solicitaba al amparo del artículo 510.1.1.º de la LEC[71], con base en la supuesta obtención de un documento decisivo del que no se pudo disponer cuando se dictó la sentencia de primera instancia.

B. Pronunciamientos de interés

Los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para desestimar la solicitud de revisión son:

1. Una sentencia posterior no tiene la consideración de «documento recobrado» a efectos de permitir una revisión al amparo del 510.1.1.º de la LEC[72]. Siguiendo jurisprudencia suya anterior[73], entiende que la citada resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no satisface el requisito de no haberse podido disponer antes por causa de fuerza mayor o actuación de la otra parte, puesto que nos encontramos ante un supuesto de mera inexistencia previa[74].

2. Aunque la STJUE de 21 de diciembre de 2016 establezca una doctrina incompatible con la contenida en el pronunciamiento judicial objeto de revisión, no procede su revisión por cuanto i) ha de prevalecer el efecto de cosa juzgada de la resolución judicial firme por el valor de la seguridad jurídica[75], ii) el Derecho

de la Unión Europea no impone la revisión de las sentencias firmes cuando tal posibilidad no está contemplada en la regulación procesal nacional[76], iii) la no revisión en este caso no vulnera los principios de equivalencia y efectividad[77], iv) el Ordenamiento jurídico español no contiene una previsión legal que permita revisar una resolución judicial porque con posterioridad se haya dictado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una sentencia que sea incompatible con el pronunciamiento judicial nacional devenido firme[78], v) no puede extenderse la posibilidad prevista en el precepto 510.2 de la LEC para sentencias del TEDH a casos del TJUE porque el legislador así no lo ha regulado teniendo posibilidad de hacerlo y porque la justificación de la reforma que posibilitó la mencionada revisión radica en la salvaguarda de los derechos fundamentales[79]. Aunque en este caso podría argumentarse que también podrían verse afectados derechos fundamentales como el de la igualdad (se recibe diferente trato ante el mismo supuesto) o tutela judicial efectiva (al no poderse ni siquiera examinar la revisión de una sentencia que aplica una doctrina que ha sido revocada por un tribunal superior).

Por lo tanto, la resolución analizada veda la posibilidad a que se puedan revisar las sentencias firmes que no hayan condenado a abonar todas las cantidades cobradas en virtud de una cláusula suelo con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en diversas sentencias como las STSS de 9 de mayo de 2013, de 25 de marzo de 2015, 29 de abril de 2015. En este sentido hay que resaltar que este posicionamiento ha sido mantenido posteriormente por los AATS de 19 de abril de 2017, de 10 de mayo de 2017 y de 31 de mayo de 2017.

5. Consideración de consumidor a efectos del control de transparencia: SSTS de 18 y 30 de enero de 2017

La posible aplicación del examen de transparencia a supuestos de préstamos suscritos por no consumidores, o más concretamente, por personas jurídicas dentro del ámbito más o menos claro o directo de su actividad empresarial ha resultado polémica[80]. A este respecto había pronunciamientos jurisprudenciales que dispensaban la referida protección a adherentes no consumidores[81] y otros que no[82]. La tendencia mayoritaria era esta última y la cuestión parecería resolverse en gran medida mediante la STS de 3 de junio de 2016 que se manifestaba claramente en contra de aplicar el mencionado régimen a casos en los que no se adherían consumidores[83], excepto en los casos en que las condiciones generales son contrarias a la buena fe y causan un importante desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. No obstante, se han seguido dictado resoluciones contrarias a los postulados mantenidos en la STS de 3 de junio de 2016, como la SAP de Logroño, Sec. 1.ª, de 15 de julio de 2016. Las dos sentencias estudiadas ratifican y profundizan el criterio sostenido en la STS de 3 de junio de 2016 sobre el concepto de consumidor y la aplicación del control de transparencia. De ahí el interés de abordar su estudio en este trabajo. Ambos pronunciamientos tienen supuestos de hecho y antecedentes relativamente similares[84]. Por eso el análisis de este artículo se centrará en la doctrina contenida en las sentencias comentadas.

A. STS de 18 de enero de 2017

Este pronunciamiento judicial resuelve un recurso de casación sobre la consideración de consumidor y la aplicación del test de transparencia con su co-

rrespondiente protección, aunque los demandantes no gocen de dicha condición conforme a la normativa aplicable[85].

En este caso los actores eran tres personas físicas que habían celebrado un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la finalidad de financiar la compra de un local destinado a oficina[86].

Tras aclarar que resulta de aplicación la normativa anterior de consumidores y usuarios por la fecha de suscripción del contrato[87] (aspecto que a veces no se repara y que puede tener su incidencia), la sentencia declara[88]:

«*Por lo que resulta claro que si el local cuyo precio se financiaba con el préstamo y que ofrecía como garantía hipotecaria iba a ser dedicado a oficina, la intervención de los adquirentes no era como consumidores, puesto que se enmarcaba en una actividad profesional. Sin que ello pueda quedar contradicho por una mera hipótesis, como un incierto y futuro cambio de destino del local, ya que lo relevante es la finalidad en el momento de celebrarse el contrato*».

Consecuentemente, de este pronunciamiento se infiere que (aunque algunos de estos aspectos son claros a la luz de normativa y la jurisprudencia): i) las personas físicas pueden no considerarse consumidores cuando actúan dentro de un ámbito profesional o empresarial, ii) lo relevante para determinar el estatus de consumidor es la finalidad de la financiación y no sus condiciones subjetivas[89], que debe determinarse en el momento de concesión del préstamo. Por lo tanto, posibles cambios posteriores de uso no son relevantes a estos efectos.

A su vez, esta resolución rechaza la aplicación del examen de transparencia al supuesto enjuiciado siguiendo los postulados de la STS de 3 de junio de 2016, señalando tajantemente:

«*(…) esta aproximación entre transparencia y abusividad es lo que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor*».

Posteriormente, siguiendo la doctrina de la citada sentencia aborda la posibilidad de que la condición general sea abusiva indicando:

«*Y como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente.*

(…)

En el caso que nos ocupa, y no discutido que la cláusula supera el control de incorporación, en cuanto a su comprensión gramatical, la sentencia recurrida no considera probado que hubiera déficit de información que la cláusula suelo se impusiera de mala fe para sorprender las legítimas expectativas de los prestatarios respecto del coste del préstamo. Por lo que no podemos afirmar en este trámite casacional que hubiera desequilibrio o abuso de la posición contractual por parte de la prestamista. De manera que no puede afirmarse que en este caso la condición general cuestionada comporte una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener la adherente».

Por consiguiente en este pronunciamiento el Alto Tribunal ciñe el posible control de abusividad a la vulneración de la buena fe que se equipara al abuso de la posición contractual, debiendo acreditar la parte demandante la susodicha infracción. Lo cual dificulta seriamente la posibilidad real de éxito de estas pretensiones, como evidencia la desestimación del recurso planteado en este caso.

B. STS de 30 de enero de 2017

Como previamente se ha señalado, ambas sentencias parten de un sustrato fáctico y procesal similar[90]. En este caso el demandante es una sociedad mercantil que contrató un préstamo a tipo de interés variable con garantía hipotecaria para refinanciar su actividad empresarial. Al haber dos contratos litigiosos concluidos en momentos diferentes resultan de aplicación la anterior y la vigente regulación de consumidores y usuarios[91]. Al valorar estos hechos declarados probados el Tribunal Supremo estima que es claro que no intervino la actora como consumidora, por lo que no resulta de aplicación la legislación protectora de dicho tipo de sujetos ni el control de transparencia según lo sostenido previamente en la STS de 3 de junio de 2016[92].

El Alto Tribunal también aclara, (aunque aparentemente no debiera ser una cuestión controvertida), que los préstamos con garantía hipotecaria no están sometidos a la normativa MIFID[93], puesto que no son productos de inversión o un instrumento financiero[94]. Consecuentemente, no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la referida regulación.

Finalmente esta resolución aborda la posible vulneración de la buena fe siguiendo el criterio mantenido en la STS de 3 de junio de 2016. Al respecto resulta de especial interés la profundización que realiza respecto a las circunstancias que permitirían considerar como sorpresiva la inclusión de una cláusula suelo en estos casos:

«*(…) en el supuesto específico de la denominada cláusula suelo, el carácter sorpresivo contrario a la buena fe vendría determinado por la contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación a dicha variabilidad proveniente de una condición general. Entronca este criterio con la regla de las «cláusulas sorprendentes» (desarrollada jurisprudencialmente en otros ámbitos, especialmente en relación con el contrato de seguro), conforme a la que son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente. Que, a su vez, conecta con la mención de la exposición de motivos LCGC (EDL 1998/43305) al abuso de posición dominante, en el sentido de que el predisponente hace un mal uso de su capacidad de imposición de las condiciones generales para introducir cláusulas que desnaturalizan el contenido del contrato.*

Para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc».

Consecuentemente, el abuso de la posición dominante contractual debe valorarse atendiendo a la información suministrada y la diligencia del profesional o empresario que se adhiere, teniendo en cuenta sus circunstancias subjetivas como el conocimiento financiero, volumen de negocio, etc. Lo cual sí que parece asemejar este requisito de la acción de nulidad al amparo de la normativa de condiciones generales de la contratación a la inexcusabilidad del error en la contratación[95]. Con independencia de lo anterior, resulta de interés indicar que estos criterios empiezan a tener eco dentro de las Audiencias Provinciales para resolver esta clase de litigios[96].

III. CONCLUSIONES

Del estudio de la jurisprudencia y doctrina analizadas en este trabajo pueden extraerse las siguientes conclusiones sobre el control de transparencia y los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable:

I. La STJUE de 21 de diciembre de 2016 ha declarado que no procede la limitación sobre la retroactividad de los efectos de la nulidad establecida en la asentada doctrina del Tribunal Supremo tras la STS de 9 de mayo de 2013.

II. La jurisprudencia previa del Alto Tribunal sobre la irretroactividad de la anulación con anterioridad a 9 de mayo de 2013 ha sido revocada, procediendo actualmente la nulidad radical *ex tunc* desde el momento de la contratación. En consecuencia debe procederse a la devolución en su integridad de lo abonado por el funcionamiento de la cláusula suelo que no supere el examen de transparencia (STS de 24 de febrero de 2017).

III. El Tribunal Supremo siguiendo pronunciamientos suyos anteriores ha aclarado que no procede la revisión de las sentencias firmes por el mencionado cambio jurisprudencial (ATS de 4 de abril de 2017).

IV. El Alto Tribunal ha sostenido en la reciente STS de 9 de marzo de 2017 que la cláusula litigiosa supera el test de transparencia porque según los hechos declarados probados fue negociada individualmente, no está enmascarada dentro del clausulado por su configuración y el uso de negrillas, se produjo un aviso expreso del notario sobre la existencia del suelo y el contrato contiene una simulación con el funcionamiento expreso del suelo. Estos parecen ser unos nuevos parámetros a tener cuenta para valorar la transparencia de las cláusulas suelo. Parte de la doctrina ha entendido que esta resolución supone el recuperar la configuración inicial del examen de transparencia, centrado en la valoración de la abusividad respecto al precio. Con este giro jurisprudencial algunos autores sostienen que se abandona el examen abstracto de transparencia aplicado por el Tribunal Supremo para realizar una especie de evaluación de la excusabilidad del error. Aunque la literalidad de la STS de 9 de marzo de 2017 no parece respaldar claramente estos postulados doctrinales.

V. El control de transparencia no se aplica a profesionales o empresas, entendiéndose dentro de tales supuestos la concesión de financiación para adquirir inmuebles para la actividad empresarial o profesional o refinanciar dicha actividad (SSTS de 18 y de 30 de enero de 2017). La excepción para estimar como abusiva una cláusula suelo en estos casos es que su incorporación haya sido sorpresiva, infringiendo la buena fe mediante un abuso de la posición dominante contractual. Y a esos efectos se tiene en consideración por los tribunales la información suministrada y la diligencia del profesional o empresario que se adhiere, teniendo en cuenta sus circunstancias subjetivas tales como su estructura societaria, volumen de negocio o el conocimiento financiero.

IV. BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A. (2017). Cláusula suelo transparente por quedar probado que el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento? Comentario a la STS de 9 de marzo de 2017 *(JUR* 2017, 55055), publicado por el Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla la Mancha.

AGUILAR LOBATO, S. (2017). Fiscalización de los deberes de información durante la fase precontractual y contractual en las cláusulas suelo contenidas en

préstamos con garantía hipotecaria. La aplicación del test de transparencia al cliente bancario no consumidor a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 759.

BALLUGERA GÓMEZ, C. (2017). Cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios y control de transparencia, *La Hipoteca en el Desarrollo del Modelo Económico*, Aranzadi, Cizur Menor.

CÁMARA LAPUENTE, S., Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, *Indret*, de enero de 2017.

DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J. (2013), El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. I, 6.ª ed., Civitas, Cizur Menor.

GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos swap en la jurisprudencia,* Eolas, León.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

JUAN GÓMEZ, M. (2011). Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés, *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, 3 de marzo de 2011.

MARÍN NARROS, H. D. (2015). El control de transparencia de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable establecido en las SSTS de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752.

— (2017). Las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios y jurisprudencia en torno a los *swaps* en los productos financieros, *La hipoteca en el Desarrollo del Modelo Económico*, Aranzadi.

MATEOS FERRES, M. (2013). Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013.

MARTÍNEZ DEL TORO, S. (2016). Valor y eficacia de las cláusulas suelo en las operaciones bancarias, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 1.

MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J. (2009). *El Recurso de Casación Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PLAZA PENADÉS, J. (2016). Doctrina judicial del control de transparencia en la contratación bancaria. Su posible extensión a otros adherentes no consumidores, *Revista Consumo y Empresa*, núm. 2, mayo.

PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dir.) (2004). *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

V. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE de 30 de septiembre de 2003
- STJUE de 13 de enero de 2004

- STJUE de 16 de marzo de 2006
- STJUE de 12 de febrero de 2008
- STJUE de 13 de marzo de 2008
- STJUE de 21 de marzo de 2013
- STJUE de 9 de mayo de 2013
- STJUE de 3 de septiembre de 2015
- STJUE de 21 de diciembre de 2016

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil

- STS de 25 de enero de 2005
- STS de 13 de diciembre de 2012
- STS de 9 de mayo de 2013
- ATS de 3 de junio de 2013
- STS de 8 de septiembre de 2014
- STS de 25 de marzo de 2015
- STS de 29 de abril de 2015
- STS de 23 de diciembre de 2015
- STS de 18 de febrero de 2016
- STS de 11 de mayo de 2016
- STS de 3 de junio de 2016
- STS de 18 de enero de 2017
- STS de 30 de enero de 2017
- STS de 24 de febrero de 2017
- STS de 9 de marzo de 2017
- ATS de 4 de abril de 2017
- ATS de 19 de abril de 2017
- ATS de 10 de mayo de 2017
- ATS de 31 de mayo de 2017
- STS de 8 de junio de 2017

Resoluciones de Audiencias Provinciales

- SAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 3 de junio de 2013
- SAP de Alicante, Sec. 8.ª, de 23 de julio de 2013
- SAP de Málaga, Sec. 6.ª, de 12 de marzo de 2014
- SAP de Jaén, Sec. 1.ª, de 27 de marzo de 2014
- SAP de Murcia, Sec. 4.ª, de 14 de diciembre de 2014
- SAP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 17 de septiembre de 2015
- SAP de Soria, Sec. 1.ª, de 18 de febrero de 2016
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 19 de febrero de 2016
- SAP de Segovia, Sec. 1.ª, de 17 de mayo de 2016
- SAP de Logroño, Sec. 1.ª, de 15 de julio de 2016
- SAP de Toledo, Sec. 1.ª, de 17 de enero de 2017
- SAP de Zamora, Sec. 1.ª, de 23 de enero de 2017
- SAP de Murcia, Sec. 4.ª, de 2 de febrero de 2017
- SAP de Palencia, Sec. 1.ª, de 7 de febrero de 2017
- SAP de las Islas Baleares, Sec. 5.ª, de 20 de febrero de 2017
- SAP de La Coruña, Sec. 4.ª, de 9 de marzo de 2017

- SAP de Ciudad Real, Sec. 2.ª, de 27 de marzo de 2017
- SAP de Cantabria, Sec. 2.ª, de 30 de marzo de 2017

NOTAS

[1] Cfr. apartado 293 de la citada sentencia.

[2] *Vid.* PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dirs.) (2004). *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

[3] *Vid.* GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013), Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, BALLUGERA GÓMEZ, C. (2017), Cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios y control de transparencia, *La Hipoteca en el Desarrollo del Modelo Económico*, Aranzadi, Cizur Menor.

[4] *Vid.* MARTÍNEZ DEL TORO, S. (2016), Valor y eficacia de las cláusulas suelo en las operaciones bancarias, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 1.

[5] Cfr. SSTS de 9 de mayo de 2013, de Auto de 3 de junio de 2013, de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015.

[6] Cfr. MATEOS FERRES, M. (2013), Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013, DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J. (2013), El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2013, MARTÍNEZ DEL TORO, S., *op. cit.*, entre otros. Tener en cuenta que en sentido similar se pronunciaron en los votos particulares de las SSTS de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015 los magistrados ORDUÑA MORENO y O'CALLAGHAN MUÑOZ.

[7] Cfr. SSAP de Alicante, Sec. 8.ª, de 23 de julio de 2013, de Málaga, Sec. 6.ª, de 12 de marzo de 2014, de Jaén, Sec. 1.ª, de 27 de marzo de 2014.

[8] Sobre esta controversia en general *vid.* MARÍN NARROS, H. D. (2017), Las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios y jurisprudencia en torno a los swaps en los productos financieros, *La hipoteca en el Desarrollo del Modelo Económico*, Aranzadi, 239 y sigs., MARÍN NARROS, H. D. (2015). El control de transparencia de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable establecido en las SSTS de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752.

[9] Sobre el test de transparencia aplicado por el Alto Tribunal cfr. STS de 9 de mayo de 2013 entre otras y *vid.* MARTÍNEZ DEL TORO, S., *op. cit.*, MARÍN NARROS, H. D. (2015), *op. cit.*

[10] Cfr. CÁMARA LAPUENTE, S. (2017), Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, *Indret*, de enero de 2017.

[11] A estos efectos se reproducen los apartados más relevantes relacionados con la cuestión analizada. Artículo 6.1: «*Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas*». El precepto 7.1 dispone «*Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores*».

[12] Cfr. STJUE de 21 de diciembre de 2016, párrafo 1 y sigs. y 46.

[13] Cfr. párrafo 70.

[14] Cfr. párrafos 68 y sigs.

[15] Cfr. párrafo 51.

[16] Cfr. párrafo 68.

[17] Cfr. CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*

[18] Cfr. CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit*.

[19] Abreviatura de Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se utilizará a lo largo de este artículo.

[20] *Vid. infra* apartado II.4.

[21] Cfr. CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit*.

[22] Cfr. SSTJUE de 21 de marzo de 2013 y de 9 de mayo de 2013.

[23] En ese mismo sentido se han pronunciado otros autores como GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *op. cit*. Estos autores generalmente postulan la improcedencia de una integración o interpretación, incluso aunque sea favorable para el consumidor. Cfr. también BALLUGERA GÓMEZ, C., *op. cit*. De igual manera se han pronunciado algunas resoluciones judiciales como la SAP de Palencia, Sec. 1.ª, de 7 de febrero de 2017.

[24] *Vid. ut supra* apartado II.1.

[25] Cfr. SSTS de 9 de mayo de 2013, de 25 de marzo de 2015, de 29 de abril de 2015, entre otras.

[26] Cfr. SSAP de Toledo, Sec. 1.ª, de 17 de enero de 2017, de Zamora, Sec. 1.ª, de 23 de enero de 2017, de Murcia, Sec. 4.ª, de 2 de febrero de 2017, de Palencia, Sec. 1.ª, de 7 de febrero de 2017, de las Islas Baleares, Sec. 5.ª, de 20 de febrero de 2017.

[27] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero, siguiendo el posicionamiento contenido en las SSTS de 25 de marzo de 2015 y de 23 de diciembre de 2015.

[28] En general sobre este debate *vid.* MARÍN NARROS, H. D. (2015), *op. cit*.

[29] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 1. Nótese que el ATS de 4 de abril de 2017 tiene un error en la numeración por el que falta el Fundamento de Derecho Cuarto, pasando del Tercero al Quinto.

[30] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 2.

[31] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 3.

[32] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 4.

[33] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 6.

[34] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 7.

[35] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 8.

[36] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 1.

[37] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 3.

[38] Cfr. Fundamento de Derecho Quinto, 1 y 2, citando numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

[39] Cfr. Fundamento de Derecho Quinto, 4.

[40] Cfr. Fundamento de Derecho Quinto, 3.

[41] *Vid. ut supra* apartado II.1.

[42] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero, 2 y 3.

[43] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero, 4.

[44] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 4.

[45] *Vid ut supra* apartado II.2.A.

[46] Cfr. Fundamento de Derecho Quinto, 5.

[47] *Vid.* AGÜERO ORTIZ, A. (2017), Cláusula suelo transparente por quedar probado que el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento? Comentario a la STS de 9 de marzo de 2017 *(JUR* 2017, 55055), publicado por el Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla la Mancha, consultado en http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/03/sts-transparencia-suelo-v2.pdf el 24 de abril de 2017 a las 20:00; BENITO SANCHO, E. (2017), Giro de la doctrina del Supremo en relación con las cláusula suelo, *Expansión digital*, consultado en http://www.expansion.com/especiales/pwc/2017/03/15/58c98c8446163fe67a8b4573.html, el 24 de abril de 2017 a las 20:00, e infinidad de reseñas como las disponibles en las siguientes webs http://bufetebq.com/resena-de-la-sts-7882017-de-9-de-marzo/, http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Validez-clausula-suelo-abusividad-transparente_11_1071055003.html o http://www.diariocritico.com/economia/clausulas-suelo-sentencia-tribunal-supremo-transparencia, consultadas el 24 de abril de 2017 a las 20:15.

[48] Cfr. SSTS de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, de 24 de marzo de 2015, de 25 de marzo de 2015, de 29 de abril de 2015 y de 23 de diciembre de 2015.

[49] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 1 y AGÜERO ORTIZ, A., *op. cit*.

[50] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 2.

[51] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 3.

[52] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 4.

[53] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 5.

[54] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 7. Aunque se debe tener en cuenta que la revisión probatoria es más que excepcional en esta instancia y que se tiene que evitar hacer supuesto de hecho de la cuestión cuando se está recurriendo. *Vid.* MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J. (2009), *El Recurso de Casación Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 125 y sigs., Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011, apartado I.6.

[55] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 3, que indica ilustrativamente que «*el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó*».

[56] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 7.

[57] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 5.

[58] Cfr. AGÜERO ORTIZ, A., o*p. cit.*

[59] Cfr. AGÜERO ORTIZ, A., *op. cit.*

[60] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 6, que señala expresamente: «*Los hechos acreditados en la instancia ponen en evidencia que la cláusula no aparece enmascarada ni se diluye la atención del contratante entre otras cláusulas, "sino que se muestra como una cláusula principal de contrato que expresa con meridiana claridad el contenido de la misma que no es otro que los límites al tipo de interés, señalando como límite inferior el 3% nominal anual, que aparecía resaltado en negrilla". Se añade, a continuación, que la prueba practicada acredita que la cláusula fue negociada individualmente entre los demandantes y la Caja Rural, como lo muestra que se aplicó como suelo un tipo inferior al que venía usando la entidad, y que la Notario que autorizó la escritura expresamente advirtió a los contratantes de la cláusula de variación del tipo de interés*». De igual manera cfr. AGÜERO ORTIZ, A., *op. cit*.

[61] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 7, reproduciendo el apartado 11 del ATS de 3 de junio de 2013.

[62] Para alguna autora este hecho parece determinante en el pronunciamiento del Tribunal Supremo. Cfr. AGÜERO ORTIZ, A., *op. cit*.

[63] Cfr. SAP de Zamora, Sec. 1.ª, de 23 de enero de 2017.

[64] Cfr. SSAP Ciudad Real, Sec. 2.ª, de 27 de marzo de 2017 y de Cantabria, Sec. 2.ª, de 30 de marzo de 2017.

[65] Cfr. AGÜERO ORTIZ, A., *op. cit.*

[66] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo.

[67] *Vid. ut supra* apartado II.2.B.

[68] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 1.

[69] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 2.

[70] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 3.

[71] Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, referida en este trabajo como «LEC».

[72] El citado artículo establece: «*Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: 1.º Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado*».

[73] *Vid.* SSTS de 25 de enero de 2005, de 13 de diciembre de 2012 y de 11 de mayo de 2016, entre otras que se aluden en la señalada resolución judicial.

[74] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo. Nótese que los requisitos para que proceda la revisión de una sentencia firme según el ATS de 4 de abril de 2017 y resto de jurisprudencia que cita son: «*a) que los documentos se hayan obtenido (o, en su caso, recobrado) después de pronunciada la sentencia firme cuya revisión se pretende; que no se haya podido disponer de los documentos para el proceso en que recayó dicha sentencia,, por causa de fuerza mayor*

(o, en su caso, por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado la sentencia; c) que se trate de documentos decisivos para el pleito, este es, con valor y eficacia para resolverlo». *Loc. Cit*. Fundamento de Derecho Segundo.

[75] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero y STS de 18 de febrero de 2016.

[76] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero y STJUE de 30 de septiembre de 2003, de 13 de enero de 2004, de 16 de marzo de 2006, de 12 de febrero de 2008 y de 13 de marzo de 2008.

[77] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero y STJUE de 16 de marzo de 2006.

[78] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero y STS de 18 de febrero de 2016.

[79] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero y STS de 18 de febrero de 2016.

[80] Cfr. AGUILAR LOBATO, S. (2017), Fiscalización de los deberes de información durante la fase precontractual y contractual en las cláusulas suelo contenidas en préstamos con garantía hipotecaria. La aplicación del test de transparencia al cliente bancario no consumidor a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 759; PLAZA PENADÉS, J. (2016), «Doctrina judicial del control de transparencia en la contratación bancaria. Su posible extensión a otros adherentes no consumidores», *Revista Consumo y Empresa*, núm. 2, de mayo de http://vlex.com/vid/doctrina-judicial-control-transparencia-638432929. En general sobre la consideración de consumidor respecto a los préstamos con garantía hipotecaria y cláusula suelo *vid.* GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *op. cit*.

[81] Cfr. SSAP de Cáceres, Sec. 1.ª, de 3 de junio de 2013, de Murcia, Sec. 4.ª, de 14 de diciembre de 2014, de Soria, Sec. 1.ª, de 18 de febrero de 2016.

[82] Cfr. SSAP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 17 de septiembre de 2015, de Segovia, Sec. 1.ª, de 17 de mayo de 2016 y de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 19 de febrero de 2016.

[83] Cfr. AGUILAR LOBATO, S., *op. cit*.

[84] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, STS de 18 de enero de 2017 y Fundamento de Derecho Primero de STS de 30 de enero de 2017.

[85] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo y Tercero, STS de 18 de enero de 2017.

[86] Cfr. Fundamento de Derecho Primero.

[87] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 1.

[88] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 2.

[89] Siguiendo los postulados de la STJUE de 3 de septiembre de 2015, en la que se resolvía un litigio en el que un abogado había concluido un contrato de crédito, sin que en dicho negocio jurídico se precisara la finalidad del mismo. De lo cual parece extraerse que la falta de mención de la finalidad del contrato no constituye un impedimento absoluto a la estimación de la condición de consumidor, aunque este se dedique a una actividad profesional (que no tiene porqué ejercerse en el inmueble para que el que se obtiene la financiación).

[90] *Vid. ut supra* apartado II.5.A).

[91] Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto.

[92] Cfr. Fundamento de Derecho Quinto y Sexto, reproduciendo los pronunciamientos anteriores como las SSTS de 9 de mayo de 2013 y de 3 de junio de 2016.

[93] Que son las siglas de la siguiente denominación en inglés: *Markets in Financial Instruments Directive* (cuya traducción literal es directiva del mercado de instrumentos financieros).

[94] Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto.

[95] *Vid.* AGÜERO ORTIZ, A., *op. cit.*, respecto al control de transparencia. Sobre la inexcusabilidad del error en pleitos sobre productos bancarios *vid.* JUAN GÓMEZ, M. (2011), Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés, *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, 3 de marzo de 2011, Año XXXII, GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos swap en la jurisprudencia,* Eolas, León, 59 y sigs., MARÍN NARROS, H. D. (2013), Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737. En general sobre la inexecusabilidad del error *vid.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2007), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. I, 6.ª ed., Civitas, Cizur Menor, pp. 207 y sigs.

[96] Cfr. SAP de La Coruña, Sec. 4.ª, de 9 de marzo de 2017.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

CANTABRIA

Los días 17 y 18 de julio de 2017, tuvo lugar en Santander el ENCUENTRO PROPUESTO POR EL MINISTERIO DE JUSTICIA *UNA JUSTICIA DE FUTURO, 3ª EDICIÓN*, organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo.

Día 17:
Apertura: *Justicia ágil y eficaz*, por el Excmo. Sr. D. Rafael CATALÁ POLO, Ministro de Justicia.

Mesa redonda: *El proceso penal en el siglo XXI*.
Modera: Dña. Áurea ROLDÁN MARTÍN, Subsecretaria del Ministerio de Justicia.
Participan: D. Manuel MARCHENA GÓMEZ, Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo; D. José MARTÍNEZ JIMÉNEZ, Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; D. Víctor MORENO CATENA, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Carlos III, Dña. Victoria ORTEGA BENITO, Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española.

Mesa redonda: *Proceso Civil: Mejoras y agilización en el procedimiento civil*.
Modera: D. Antonio DORADO PICÓN, Secretario General de la Administración de Justicia.
Participan: D. Antonio RECIO CORDOVA, Presidente de la Audiencia Provincial de Barcelona; D. Jesús ZARZALEJOS NIETO, Profesor Asociado de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid y en el Colegio Universitario de Estudios Financieros (CUNEF); D. Julio BANACLOCHE PALAO, Catedrático de Derecho procesal UCM. Presidente Sección Quinta

CGC; D. Juan Carlos ESTÉVEZ FERNÁNDEZ-NOVOA, Presidente del Consejo General de Procuradores de España.

Mesa redonda: *La protección de derechos y las Nuevas Tecnologías.*
Modera: D. José AMÉRIGO ALONSO, Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia.
Participan: Dña. Alejandra FRÍAS LÓPEZ, Magistrada; D. Vicente SÁNCHEZ VELASCO, Consejero Delegado Wolters Kluwer y Abogado; Doña. Mar ESPAÑA, Directora de la Agencia Española de Protección de Datos; D. José Luis PIÑAR MAÑAS, Catedrático de Derecho Administrativo. Presidente de la Sección Tercera de la CGC.

Mesa redonda: *Adaptaciones normativas al servicio del ciudadano.*
Modera: Dña. Carmen SÁNCHEZ CORTES, Secretaria de Estado del Ministerio de Justicia.
Participan: Dña. Pilar GONZÁLVEZ VICENTE, Directora General de Familia; D. Antonio PAU PEDRÓN, Presidente de la Sección Primera de la CGC; D. Javier SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, Presidente del Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España; D. Santiago MUÑOZ MACHADO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, Académico de Número.

Día 18: *Impacto de la Justicia en la Sociedad y la economía.*

Mesa redonda: *Impacto de las reformas de la Justicia en la economía. Mejorando la competitividad.*
Modera: D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado.
Participan: D. Pascual FERNÁNDEZ, Presidente del Colegio de Economistas de Madrid; D. José Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ, Presidente del Consejo del Notariado; D. Gonzalo AGUILERA ANEGÓN, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; D. Juan S. MORA-SANGUINETTI, Economista Titulado del Servicio de Estudios del Banco de España-Eurosistema y Abogado.

Mesa redonda: *Calidad e independencia de la Justicia: un reto de todos.*
Modera: D. Joaquín DELGADO, Magistrado, Director General de Relaciones con la Administración de Justicia.
Participan: Dña. M. Jesús MORO ALMARAZ, Portavoz del Grupo Popular, de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados; D. Juan Carlos CAMPO MORENO, Portavoz del Grupo Socialista, de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados; D. José Ignacio PRENDES

PRENDES, Portavoz del Grupo Ciudadanos, de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados; D. Jaume MOYA MATAS, Portavoz del Grupo CUP-EC-EM, de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados.

Clausura: Dña. Carmen SÁNCHEZ-CORTÉS MARTÍN, Secretaria de Estado de Justicia.

CASTILLA-LA MANCHA

Los días 3 y 4 de julio de 2017, tuvieron lugar en Cuenca, los CURSOS DE VERANO 2017, organizados por la universidad de Castilla-La Mancha.

Dirección: Dña. Ana Isabel MENDOZA LOSADA, Profesora Titular de Derecho Civil, Directora revista CESCO. UCLAM y Dña. Pilar DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil, CESCO. UCLAM.

Inauguración: D. Miguel Ángel COLLADO YURRITA, Rector OCLM; D. Luis FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, Decano del Ilustre Colegio Notarial de Castilla-La Mancha y D. Ángel CARRASCOSA PERERA, Director del Centro de Estudios de Consumo.

Ponencias:

«Novedades en materia de préstamos hipotecarios. Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», por Dña. Silvia DÍAZ ALABART, Catedrática de Derecho Civil. UCLM.
«Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», por Dña. Encarna CORDERO LOBATO, Catedrática de Derecho Civil. UCLM.
«Regulación de las relaciones de consumo en materia de créditos o préstamos hipotecarios sobre viviendas en el Proyecto de Ley sobre los Derechos de las Personas Consumidoras en Castilla-La Mancha y en otras leyes autonómicas», por Dña. M.ª Ángeles ZURILLA CARIÑANA, Catedrática de Derecho Civil. UCLM.
«Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», por D. Ángel CARRASCO PERERA, Catedrático de Derecho Civil. UCLM. Director CESCO.
«Imposición de los gastos de formalización del préstamo hipotecario al consumidor: ¿es nula la cláusula? ¿Qué cantidades puede recuperar el consumidor tras la nulidad? Nulidad de la cláusula de gastos de formalización:

alcance y consecuencias», por Dña. Alicia AGÜERO ORTÍZ, Investigadora del CESCO y becaria FPU. UCLM.
«Quién debe abonar el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados», por D. Ramón CASERO BARRÓN, Profesor de Derecho Financiero y Tributario. ICADE.
«Repercusión de los gastos notariales», por D. Luis FERNÁNDEZ BRAVO FRANCÉS, Decano del Ilustre Colegio Notarial de Castilla-La Mancha.
«Principales cláusulas discutidas en préstamos hipotecarios de consumo. Alcance y contenido del control de transparencia tras las SSTJUE de 21/12/2016 y de 26/01/2017 ¿Cuándo una cláusula suelo es transparente?», por Luis SANZ ACOSTA, Magistrado de la Audiencia Provincial de Cáceres.
«Nulidad de los Índices de Referencia de Préstamos Hipotecarios», por D. Pascual MARTÍNEZ ESPÍN, Profesor Titular de Derecho Civil, UCLM.
«La cláusula de vencimiento anticipado: ¿control en abstracto en el procedimiento de ejecución hipotecaria?», por D. José María MARTÍN FABA, investigador de CESCO.
«Los intereses moratorios: del artículo 114.II LH a la STS de 3 de junio de 2016, pasando por el Código de Consumo de Cataluña y las RRDGRN», por Dña. Rosa MILÀ RAFEL, Investigadora Juan de la Cierva en la UCLM.
«Modalidades de contratación bajo sospecha o consecuencias fiscales de la declaración de nulidad. Intereses remuneratorios fijos: ¿transparencia, abusividad o usura?», por Dña. Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, Profesora Titular de Derecho Civil. UCLM.
«Hipotecas multidivisa: ¿son realmente productos financieros?», por D. Luis CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO. Profesor Contratado Doctor. Universidad Rey Juan Carlos.
«Productos vinculados: ¿cuándo puede reputarse abusiva su contratación?», por Dña. Lourdes GARCÍA MONTORO, Investigadora del CESCO. UCLM.
«Impacto fiscal de las declaraciones de nulidad», por Dña. Gemma PATÓN GARCÍA, Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario. UCLM.
«Deberes y responsabilidades de funcionarios públicos. Control notarial y registral de los préstamos hipotecarios. Protección del consumidor», por D. Luis MAYORGA ALCÁZAR. Colegio Notarial de Castilla-La Mancha.
«Efecto de las nulidades declaradas por el TS en Pleno sin posterior inscripción en el RCGC sobre la función notarial y registral», por D. Manuel MONTÁNCHEZ RAMOS, Registrador de Motilla del Palancar y Vicedecano del Colegio de Registradores de Castilla-La Mancha.
«La responsabilidad de notarios y registradores», por D. Francisco Javier GARCÍA MAS, Notario de Tarancón y Exletrado de la DGRN.

Clausura del curso: Dña. María Ángeles ZURILLA CARIÑANA, Vicerrectora de Cultura, Deporte y Ext. Universitaria. ELCM.

CATALUÑA

El día 8 de junio de 2017, tuvo lugar en Barcelona, la JORNADA SOBRE *LA APLICACIÓN DE LA LEY 13/2015. ASPECTOS TÉCNICOS Y JURÍDICOS,* organizada por el Colegio de Registradores de Cataluña.

Coordinadores:
Ilmo. Sr. D. Luis A. SUÁREZ ARIAS, Decano de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles y de Bienes Muebles de Cataluña.
Sr. D. José Ernesto GARCÍA-TREVIJANO HINOJOSA, Vocal de Territorio y Medio Ambiente.
Sr. D. Rogelio LÓPEZ BRAVO, Presidente territorial de Cataluña del Ilustre Colegio Oficial de Ingeniería Geomática y Topográfica.

Inauguración de la Jornada: Ilmo. Sr. D. Fernando DE ARAGÓN AMUNÁRRIZ, Director General del Catastro de España.

Ponencias:
«Pasado, presente y futuro de la coordinación. Un análisis de la problemática que encuentra la ley a su entrada en vigor (pasado), la incidencia que está teniendo en la situación actual (presente) y su posible evolución (futuro), haciendo hincapié en las necesarias correcciones legislativas para evitar errores», por D. Óscar G. VÁZQUEZ ASENJO, Registrador de la Propiedad de Lloret de Mar, núm. 1.
«La profesionalización del técnico experto en el tráfico inmobiliario», por el Ilmo. Sr. D. Andrés DÍEZ GALILEA, Decano del Ilustre Colegio Oficial de Ingeniería Geomática y Topográfica.
«La precisión de las coordenadas, tolerancias admisibles y cómo afectan al dato de la superficie. Casos prácticos que plantean cuestiones esenciales al aplicar la Ley 13/2015. La calificación registral con análisis cartográfico», por D. Miguel VIVES NOTARI, Ingeniero en Geodesia y Cartografía. Delegación Valenciana del Ilustre Colegio Oficial de Ingeniería Geomática y Topográfica.

Clausura de la Jornada: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado.

MADRID

El día 14 de septiembre de 2017, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un

SEMINARIO ESPECIAL EN HOMENAJE AL PROFESOR D. FRANCISCO RUBIO LLORENTE.

Ponencias:
«España, Comunidades Autónomas y Unión Europea», por D. Francesc DE CARRERAS SERRA, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Barcelona.
Debate: D. Pedro CRUZ VILLALÓN, D. Juan Luis REQUEJO PAGÉS y D. Juan José SOLOZÁBAL.

«Constitución, fuentes del derecho y derechos fundamentales», por D. Juan María BILBAO UBILLOS, Catedrático de Derecho de Constitucional, Universidad de Valladolid.
Debate: D. Manuel ARAGÓN REYES, D. Francisco BASTIDA FREIJEDO, D. MARC CARRILLO y D. Luis María DÍEZ-PICAZO.

«Las definiciones constitucionales y la estructura institucional. Sus precedentes», por D. Juan Antonio ORTEGA Y DÍAZ AMBRONA, Consejero electivo de Estado.
Debate: Dña. Paloma BIGLINO CAMPOS, D. Ángel GÓMEZ MONTORO y D. Francisco CAAMAÑO DOMÍNGUEZ.

PAÍS VASCO

Los días 6 y 7 de julio de 2017 se celebró San Sebastián, el CURSO DE VERANO SOBRE *LA REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LOS REGISTROS Y PROTECTORADOS DE FUNDACIONES Y ASOCIACIONES DE UTILIDAD PÚBLICA,* organizado por la Universidad del País Vasco Uda Ikastaroak.

Presentación y bienvenida: D. Josu Iñaki ERKOREKA GERVASIO, Consejero de Gobernanza Pública y Autogobierno del Gobierno Vasco.

Ponencias:
«Las fundaciones privadas y asociaciones de utilidad pública como sujetos obligados a teletramitar: desafíos y oportunidades», por D. Ricardo RIVERO ORTEGA, Catedrático de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca.
«El futuro de la Administración Electrónica en España», por D. Domingo MOLINA MOSCOSO, Secretario General de Administración Digital. Ministerio de Hacienda y Función Pública.

«El Registro de Fundaciones del Estado», por D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado. Ministerio de Justicia.
«La aplicación de la Ley 39/2015 a los Registros de Asociaciones, y su impacto en el movimiento asociativo», por D. José Rafael ROJAS JUÁREZ, Subdirector General de Asociaciones, Archivo y Documentación. Ministerio de Interior.
«Experiencias de las Comunidades Autónomas», por D. Xabier BERNADÍ I GIL, Director General de Derecho y Entidades Jurídicas. Consejería de Justicia de la Generalitat Catalana.
«Experiencias de las Comunidades Autónomas», por Dña. Elixabete ETXANOBE LANDAJUELA, Directora de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros Administrativos. Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno del Gobierno Vasco.
«Cuestiones suscitadas por la legalización telemática de los libros de las entidades sin ánimo de lucro», por D. Alberto EMPARANZA SOBEJANO, Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad del País Vasco.
«El régimen jurídico de la E-administración y el uso de los medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo», por D. Jose Luis BLASCO DÍAZ, Catedrático de Universidad. Departamento de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universidad Jaume I de Castellón.
«Los derechos de la ciudadanía en su relación electrónica con la Administración», por Lorenzo COTINO HUESO, Profesor Titular de Derecho Constitucional. Coordinador de la Red Derecho TICs. Universitat de València.

Mesa redonda: Dña. Isabel PEÑALOSA ESTEBAN, Directora de Relaciones Institucionales y Asesoría Jurídica. Asociación Española de Fundaciones (AEF) y D. Ramón BERNAL URIBARRENA, Presidente de la Confederación de Fundaciones de Euskadi (Funko).

Clausura de las jornadas: D. Peru BAZAKO ATUTXA, Viceconsejero de Relaciones Institucionales y Representante de Cursos de Verano. Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno. Gobierno Vasco.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

I. VIVAS TESÓN (Dir.) (VVAA): *Cuestiones de actualidad en el ámbito de la propiedad intelectual.* Editorial Dykinson, Madrid, 2015. 296 páginas.

por

ALBERTO HIDALGO CEREZO

Abogado. Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

La evolución del ser humano ha venido siempre determinada por el estado de la técnica de su tiempo. El fuego, la rueda, la escritura… muchos son los ejemplos que sirven para ilustrar este progreso.

En ocasiones, los avances en el estado de la técnica han llevado a una auténtica revolución, a un cambio absoluto de paradigmas. Así ocurrió con el telar mecánico y su respuesta violenta en el ludismo, con las lámparas de aceite sustituidas por el alumbrado eléctrico, con el automóvil que acabó con la profesión de los carreteros, o las operadoras telefónicas y las centralitas automáticas. Incluso la propia imprenta, ya centrados en materia de propiedad intelectual, es uno de los inventos culmen que ilustra, a la perfección, los cambios a los que nos estamos refiriendo.

Internet es, indiscutiblemente y por méritos propios, uno de esos giros copernicanos en la historia de la humanidad. La revolución digital ha cambiado por completo nuestro *modus vivendi.* Más allá de la evidente brecha entre nativos e inmigrantes digitales, resulta notorio que la utilización de teléfonos móviles inteligentes, correo electrónico, mensajería instantánea, y tantos otros servicios, se encuentra perfectamente instaurada en nuestras vidas diarias.

La propiedad intelectual se halla en una encrucijada histórica. La aparición de estos avances supone un auténtico terremoto para los cimientos de una figura que, en gran medida, se encuentra aún anclada en los fundamentos que dieron lugar a su nacimiento —con la imprenta como motor imprescindible— en los siglos XVII y XVIII —con una dualidad que permanece aún entre nosotros: copyright *vs.* derecho de autor—, incapaz de dar una respuesta satisfactoria al dinámico y cambiante ecosistema digital.

Obras como la que es objeto de esta recensión constituyen un soplo de aire fresco, una llamada de atención a los cada vez más perspicaces y ávidos lectores interesados en propiedad intelectual, sabedores de que corresponde a la doctrina izar la bandera del progreso, y poner de manifiesto esta acuciante necesidad de reformular la propiedad intelectual bajo un nuevo paradigma técnico, social y económico eminentemente distinto a los que presidieron su original génesis. El cambio no será de un día para otro, pero obras como la que nos ocupa contribuirán indudablemente a transitar hacia un nuevo modelo, que deberá servir para garantizar el progreso intelectual, artístico y científico, e incentivar la nueva

sociedad del conocimiento. No debe temerse el imparable avance de los tiempos y la técnica, sino que nuestra mirada y responsabilidad, desde el ámbito jurídico, debe dirigirse a afrontar los cambios para adaptarnos a los mismos, con soluciones para los problemas que, obviamente, presenta hoy la propiedad intelectual.

Muchas de estas reflexiones han tenido cabida en el trabajo reseñado. El caldo de cultivo de este libro se encuentra en el I Congreso Internacional sobre Propiedad Intelectual, celebrado el 21 de enero de 2013 en la Facultad de Ciencias del Trabajo de la Universidad de Sevilla, y del cual fue directora Inmaculada VIVAS TESÓN, directora ahora de esta obra. Tras aquel éxito, y con el sustentáculo de las ayudas a la investigación de la Facultad de Derecho de la citada Universidad, llega a nuestras manos esta recopilación de artículos que, sin más dilación, procedemos a pormenorizar.

El primer capítulo es obra del profesor Ángel María LÓPEZ Y LÓPEZ, y ya su título, «*Propiedad intelectual y perplejidades del derecho civil*», permite colegir que la introducción que hemos realizado es una línea de pensamiento creciente dentro de la especialidad. El autor pone de manifiesto tres «perplejidades» o paradojas, siendo la más destacada la ya consabida dificultad de encajar la propiedad intelectual en el modelo de propiedad construido en torno al mundo físico. No olvidemos además que la propiedad dejó hace largo tiempo de ser absoluta, para pasar a ser una figura maleable que presenta ciertos límites, entre ellos el bien e interés común. Partiendo de esta base, resulta obligatorio traer a colación que, al fin y al cabo, la propiedad intelectual gravita en torno al producto del intelecto. De un lado, nadie nace sabiendo; todos gozamos de un acervo común que compartimos. Simultáneamente, tampoco puede discutirse el hecho de que el autor debe poder servirse de su trabajo intelectual para sustentarse. Si conjugamos estas dos realidades, y teniendo en cuenta que la sociedad del conocimiento se cimienta sobre el mismo de forma acumulativa, tal vez si vamos a optar por seguir manejando una configuración cercana a la de la propiedad, nos encontremos precisamente ante uno de los modos donde más sensato encaje encuentra ese «interés común», clave para garantizar el sustento y progreso de la sociedad del conocimiento. En ese término medio tal vez acabemos encontrando la virtud.

El segundo capítulo es un estudio sobre la figura de la propiedad intelectual en Italia, y corre a cargo de la Abogada en Roma D.ª Claudia FEDERICO. Supone un punto de partida para investigadores que desean explorar el derecho comparado, gracias al abordaje sintético que se realiza sobre las principales cuestiones en la materia desde la perspectiva italiana, comenzando con la necesaria precisión terminológica, y finalizando con una constructiva reflexión sobre las obras de arquitectura y el límite del derecho moral de autor a la integridad de la obra. Lanza una interesante conclusión: el derecho moral del autor puede verse plegado a los intereses de la colectividad, en lo que es prueba evidente de que la propiedad intelectual es un derecho que debe ser cohonestado con otros bienes jurídicos de indiscutible relevancia, como el interés general, si bien la inabarcable casuística exigirá un estudio individualizado de cada situación.

La profesora Isabel ESPÍN ALBA es responsable del capítulo tercero, relativo a una materia compleja como es la edición digital y la contratación de los derechos de explotación en este medio. Como bien comienza exponiendo en su primer párrafo, y en sintonía con lo que exponíamos a título introductorio, esta sección refleja un momento de cambio en los principios rectores en esa materia. El capítulo gravita en torno a las distorsiones y la rigidez del contrato de edición clásico para adaptarse las modalidades de explotación digital.

La autora del cuarto capítulo es la gestora cultural y experta profesional en propiedad intelectual D.ª Ana JAVIERRE PASCUAL, dedicado a la gestión de la propiedad intelectual en instituciones museísticas. Se trata de un contexto de explotación de la obra un tanto singular, pues su modelo de negocio no se basa en la reproducción o alquiler de ejemplares, modalidades de explotación más comunes, sino en la exposición de obras generalmente únicas. Su complejidad aumenta cuando se observa que estas obras llevan a su vez anejos ciertos derechos de reproducción como los mencionados en el capítulo, relativos al *merchandising*, cuya negociación debe realizarse de manera expresa con los derechohabientes o entidades de gestión, lo que en la práctica genera aún mayores dificultades si cabe. Como pone de manifiesto la autora, los límites determinados en la ley resultan insuficientes, y sería deseable una revisión legislativa que, en este momento, parece lejana.

Resulta especialmente llamativo el capítulo quinto del libro, a cargo de la profesora María Fernanda MORETÓN SANZ, en el cual se aborda con extensión y brillantez el pasado y presente del *Droit de Suite*. Se trata de uno de los derechos más distintivos de la especialidad de propiedad intelectual, y además de los pocos que no necesita una revisión urgente, al referirse a obras plásticas únicas, y donde el valor reside en dicha cualidad[1]. Por ello, el interés de este capítulo es extraordinario, pues en él se radiografía la figura a través de la más relevante jurisprudencia, dando lugar a un trabajo atemporal, y erigiéndose en una referencia para el estudio y comprensión del *Droit de Suite* en toda su extensión.

El valor económico de las bases de datos es indiscutible. Se han convertido en el motor de un auténtico modelo de negocio, el cual debe su exponencial desarrollo a la evolución y potencia de las herramientas digitales, que permiten manejar grandes volúmenes de datos con enorme rapidez. La profesora y directora de la obra, Inmaculada VIVAS TESÓN dedica el sexto capítulo a la doble protección que ostentan las bases de datos en el ordenamiento jurídico nacional y comunitario: el derecho *sui géneris* —que protege la inversión, trabajo y capital necesarios para crear la base— y el derecho de autor —en función de parámetros de originalidad—. Constituye un capítulo de referencia, por presentar esta especialidad de forma completa y sintetizada, incluyendo cuestiones de interés práctico, como referencias a ilícitos de competencia desleal —con gran resonancia práctica— y la problemática de la prueba de los daños y perjuicios en sede judicial.

El séptimo capítulo es obra de la profesora M.ª Paula DÍAZ PITA, y en él se aborda una cuestión de máxima importancia procesal y refinada técnica en el ejercicio de acciones por vulneración de la propiedad intelectual e industrial: las diligencias preliminares. La autora analiza con detalle el contexto histórico y fáctico en que se encontraban antes de la reforma operada en virtud de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Mediante una recopilación jurisprudencial arroja luz a los problemas que presentaban, así como a las soluciones alcanzadas en la actualidad como consecuencia de la entrada en vigor de la meritada reforma.

La profesora María CRESPO GARRIDO se ha encargado del capítulo octavo, relativo a la relación entre propiedad intelectual y sociedades de intermediación, una cuestión no exenta de polémica ya que genera desconfianza tanto entre consumidores como entre los propios autores, particularmente en materia de sistemas de gestión, recaudación y reparto, no demasiado transparentes y en ocasiones abusivos[2]. Como es bien sabido, la CNMC en 2015 emitió un duro dic-

tamen contra las prácticas más habituales de estas entidades[3]. La autora propone un modelo de autogestión de derechos con un análisis detallado de la fiscalidad de los mismos, destacando asimismo las llamativas diferencias entre cantidades recaudadas y repartidas entre autores por estas entidades de gestión.

El noveno capítulo ha sido elaborado conjuntamente por la profesora M.ª Ángeles FERNÁNDEZ SCAGLIUSI y el profesor Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ, y versa en torno a la tutela civil y administrativa de los derechos de autor. En él, los autores realizan una introducción a la acción de cesación de la actividad ilícita del infractor en vía civil, para a continuación exponer algunas reminiscencias de esta en vía contencioso-administrativa, con especial reseña al rol que desempeña la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura en esta materia.

La profesora Aurora LÓPEZ GÜETO es responsable del décimo capítulo, en el que analiza el eslogan como creación publicitaria y obra intelectual bajo el prisma de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de marzo de 2012. Como es bien sabido, la STJUE de 16 de julio de 2009 (asunto C-5/08, Infopaq International *vs.* Danske Dagblades Forening) declaró la protección vía derecho de autor de un extracto de 11 palabras[4], cuestión que, cuanto menos, se encuentra abierta a discusión[5]. Sin embargo, el contexto en económico y normativo en el que se desarrolla el *slogan* publicitario y su contratación no se limita a la LPI, sino que también se encuentra regulada en la Ley General de Publicidad. En este sentido, la autora repasa tanto el aspecto teórico de la creación como las casuísticas prácticas más habituales y los problemas que llevan aparejados, esencialmente derivados de la ausencia de concreción en los contratos de cesión o licencia que suscriben agencias creadoras y empresas contratantes. Ilustra a la luz de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de marzo de 2012 la capital importancia de efectuar una descripción precisa de los elementos licenciados o transmitidos, duración —en su caso—, usos permitidos, etc.

El capítulo undécimo ha sido elaborado por la abogada y doctoranda Dª Carlota MORENO ACUÑA, y en él se recogen algunas disposiciones normativas dictadas bajo el prisma socioeconómico de la crisis, que ha influido de manera evidente en la labor legislativa de los últimos años. Se defiende el contenido de los apartados 26, 33 y 35 de La Estrategia Española de Ciencia, Tecnología e Innovación 2013-2020, según la cual se debería evitar poner frenos a la colaboración público-privada, promoviendo un aumento de la calidad y seguridad jurídicas en materia de colaboración científica y desarrollo tecnológico, ayudando en la gestión estratégica de los derechos de propiedad intelectual e industrial y a la implantación de modelos de innovación abiertos.

El duodécimo y último capítulo es obra de D. Ginés MARÍN MUÑOZ, y en él se aborda la situación en la que se encuentran la Sección Primera y Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura, tras las modificaciones introducidas mediante la denominada «Ley Lasalle». Se exponen interesantes conclusiones, entre ellas la manifiesta ineficacia que estos órganos han mostrado para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, tal vez lastrados desde su misma génesis y planteamiento, nacidos bajo el prisma de que el cambio tecnológico favorece la vulneración de estos derechos[6], en lugar de un nuevo paradigma de explotación donde existen necesidades que el mercado puede cubrir con productos y planteamientos que se adecúen a los usos avanzados que permite la tecnología digital. Esto ha sido sobradamente demostrado por el incontestable éxito de plataformas como Netflix, Spotify o Steam, entre muchas otras.

A modo de conclusión, solo cabe reafirmarnos en las palabras con las que comenzábamos esta breve recensión. La obra reseñada constata una creciente dinámica doctrinal que reivindica la necesidad de adaptar la especialidad a la revolución digital. Este trabajo no es sino un nuevo paso hacia adelante en el largo camino que nos conducirá a reformular algunos planteamientos clave de la propiedad intelectual. Sin lugar a duda, contribuirá a formar a los juristas que abordarán en los próximos años la mutación de esta figura para encajar en los nuevos paradigmas técnicos, garantizando tanto el adecuado desarrollo de la sociedad del conocimiento, como los incentivos necesarios para seguir promoviendo la creación de obras científicas, artísticas y literarias.

NOTAS

[1] Piénsese por ejemplo, que las obras escultóricas que sean diseñadas para ser reproducidas mediante impresoras 3D, ya tienen una clara vía de explotación similar a la de las obras musicales y audiovisuales, sobre todo en los mercados digitales. En tanto una obra plástica siga siendo única, seguirán rigiendo las especialidades del *droit de suite*.

[2] Abundan las noticias en esta línea. Por ejemplo, sobre el reparto de las cantidades obtenidas por reproducción de obras musicales en el medio televisivo: http://cultura.elpais.com/cultura/2013/03/15/actualidad/1363380899_078784.html; operaciones financieras y de reinterpretación de estatutos cuestionables: http://www.elconfidencial.com/cultura/2014-11-18/los-tres-nuevos-trucos-de-la-sgae-para-quedarse-con-derechos-que-no-son-suyos_472848/; recientemente la Sentencia de 24 de febrero de 2017 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, declarando abuso de posición dominante de AISGE en su subida indiscriminada de tarifas a las salas de cine entre 2004 y 2009; o las que se detallan en la siguiente nota a pie.

[3] Estas son algunas de las importantes claves dadas por la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia en su «Informe sobre el borrador de orden por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual», IPN/CNMC/0020/15, de 8 de octubre de 2015, en el que se recogen con dureza los principales males que afectan a estas sociedades: «*este sector ha sido muy problemático desde la óptica de expedientes sancionadores en aplicación de la LDC, en concreto, por supuestos de abuso de posición dominante*» (p. 8), «*falta de correspondencia entre las tarifas cobradas por las EGDPI y las remuneraciones repartidas a los titulares de los derechos*» (p. 23), o «*(…) la discriminación entre usuarios ha constituido uno de los abusos de posición de dominio típicos entre las EGDPI. Debe asegurarse que la actuación de las EGDPI esté justificada dentro de unos parámetros de razonabilidad, que sea transparente (…)*» (p. 13), entre otras.

[4] «*Una actividad realizada en el contexto de un procedimiento de recopilación de datos, por la que se almacena en memoria e imprime un extracto de una obra protegida por el derecho de propiedad intelectual formado por once palabras, constituye una reproducción parcial a los efectos del artículo 2 de la Directiva 2001/29, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, si —lo cual corresponde verificar al tribunal remitente— el producto de dicho procedimiento expresa la creación intelectual del autor*».

[5] A este respecto, vid. CÁMARA ÁGUILA, María del Pilar (2012): La originalidad de la obra como criterio general de protección del autor en el derecho comunitario: la Sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009 que resuelve el asunto Infopaq, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* Vol. II, Nº 8/2012 (diciembre). Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2012. Páginas 111 a 129. Su ejemplo es paladino: ¿cabe proteger por vía de derecho de autor la expresión de 11 palabras: «*en mi opinión, la interpretación que mantiene el Tribunal de Justicia*?». A lo que debe añadirse que la exigencia de «altura creativa» (desarrollada en el derecho alemán y conocida como *Gestaltungshöhe*) no es un concepto ni un requisito formalmente preceptuado como tal en la LPI.

[6] Así lo razona y reza literalmente el párrafo 2º del apartado primero de la Exposición de Motivos de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: «*El desarrollo de las nuevas tecnologías digitales de la información y de las redes informáticas descentralizadas han tenido un impacto extraordinario sobre los derechos de propiedad intelectual, que ha requerido un esfuerzo equivalente de la comunidad internacional y de la Unión Europea para proporcionar instrumentos eficaces que permitan la mejor protección de estos derechos legítimos (…)*». Continúa en el cuarto y último párrafo del mismo expositivo: «*Concretamente, las medidas que recoge la presente ley se agrupan en tres bloques: la* [discutiblemente] *profunda revisión del sistema de copia privada, el diseño de mecanismos eficaces de supervisión de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual y el fortalecimiento de los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones de derechos (…).*» Se trata de la más viva constatación de los problemas de planteamiento que el mundo digital genera en el legislador, quizá necesariamente influenciado por su perfil social de inmigrante digital.

R. L. LORENZETTI: *Fundamentos de derecho privado. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina,* Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 442 págs.

por

ROSA ADELA LEONSEGUI GUILLOT
Profesora Titular de Derecho Civil (UNED)

Desde las primeras líneas de la obra, el Dr. Ricardo Luis LORENZETTI nos desvela el propósito que persigue: «*poner de relieve los fundamentos que inspiran el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina desde los principios y valores que lo originan*». Desde una atalaya privilegiada, como presidente de la Comisión redactora del mismo, el autor considera necesario dar una breve pero precisa explicación de los paradigmas y los contextos de interpretación que surgen tras la lectura del Código y lo hace desde una perspectiva histórica y critica a través de once capítulos, en los que tras una breve introducción acerca de la codificación en el siglo XXI, analiza: el derecho público y privado como esferas conectadas (capítulo I); la interpretación de la ley, reglas, principios y decisión razonablemente fundada (capítulo II); la nueva tipicidad de los derechos y de los bienes (capítulo III); tutela de la persona y humanismo (capítulo IV); la familia en una sociedad multicultural (capítulo V); hechos, actos, situaciones jurídicas y obligaciones (capítulo VI); contratos (capítulo VII); consumidores (capítulo VIII); responsabilidad civil (capítulo IX); la tutela del ambiente (capítulo X); y, para concluir, el derecho de la empresa en el Código (capítulo XI).

Como gran especialista en la materia, el Dr. LORENZETTI en el capítulo séptimo aborda el estudio de los contratos, en el que destacaremos como una de las modificaciones más importantes la inclusión en su sistema normativo de los «contratos de consumo», como una fragmentación del tipo general de contratos pero con igual jerarquía. A continuación, el profesor analiza la protección constitucional del contrato y los principios en materia contractual, entre los que cabe destacar: el orden público de coordinación, que pretende articular el ejercicio de los derechos individuales con el conjunto social y económico, el orden público de protección de la parte más débil, como garantía procesal y objetiva en la igualdad de oportunidades para expresar el consentimiento, y el orden público

y dignidad de la persona que se concreta en lo que se podría denominar «ética del derecho contractual».

En los dos siguientes epígrafes el autor nos introduce en la regulación de los contratos conexos y de los de larga duración. Los primeros, suponen una novedad en el derecho comparado y exigen que dos o más contratos autónomos se hallen vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos haya sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. En los segundos, el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto ya que el contrato solo puede cumplirse a través de una prolongación temporal. El capítulo concluye con un breve análisis de los criterios de interpretación de los contratos que ya estaban en el anterior Código de Comercio pero que en el nuevo tienen un campo de regulación mucho más amplio, pues además de las reglas generales de interpretación (arts. 1061 y sigs.), existen reglas especiales para los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas (art. 987), los contratos conexos (art. 1074) y los contratos de consumo (arts. 1094 y sigs.).

Nos encontramos ante un libro de lectura ágil, con un texto ordenado, cuidado, y con un claro carácter divulgativo, que aporta las claves para interpretar y comprender las reglas que van a regir la vida diaria de miles de ciudadanos del siglo XXI. Hay que agradecer al profesor LORENZETTI el preciso análisis que realiza de los valores que originan el Código en el contexto de los fundamentos básicos del Derecho Privado, así como el espíritu crítico con el que aborda su estudio y las magníficas aportaciones personales que realiza. En definitiva, el autor encuentra el difícil punto de equilibrio entre la exposición meramente teórica y las propuestas prácticas, por lo que sin duda este libro será de gran utilidad a todos aquellos que emprendan su lectura y en especial a la doctrina para el análisis del derecho comparado.

NORMAS DE PUBLICACIÓN REVISTA CRITICA DERECHO INMOBILIARIO

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las nuevas normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por otras importantes bases de datos del *ISI* (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el *Journal Citation Reports* (JCR), se establecen como obligatorias las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

1.1. Autoría:

— Todos los trabajos que se presenten para publicar en RCDI deberán contener los siguientes datos:

- Nombre y dos apellidos del autor/es.
- Grado académico o situación profesional del autor/es.
- Dirección y Filiación institucional completa del autor/es (puesto, institución/empresa, dirección postal completa, y teléfono).
- Correo electrónico del autor/es.

1.2. Encabezamiento:

— Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, que deberá reflejar fielmente el contenido del artículo, en español y en *inglés*.
- A continuación, se recogerá la autoría conforme a lo explicado en el punto 1.1.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en *inglés (abstract)*.
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en *inglés (key words)*.

1.3. Extensión:

— Los ESTUDIOS tendrán una extensión entre de 25 a 40 folios.
— Los DICTÁMENES y NOTAS, de 10 a 25 folios.

— Los ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES, de 10 a 20 folios.
— Las RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra:

— Tratamiento de texto: Word.
— Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p., Interlineado: sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
— Las NOTAS en Times New Roman, tamaño 10, interlineado sencillo.

1.5. Estructura del trabajo:

— Además del encabezado, todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

I. EN VERSALES.
II.1. EN VERSALITAS.
III.1.A. *En cursiva*.
IV.1.A.a) En redondo.
V.1.A.a) a´) (si lo hubiera). En redondo.

— El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

I. .....
II. .....
III. ....

— Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas o no siempre en conexión con el tema, que deberán citarse con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

— Por último contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, y para las NOTAS al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association,* disponibles en www.apastyle.org.

— *Libro:*
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej: GOMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

— *Capítulo de Libro:*
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial Nombre y Apellido (ed./dir./coord.), Título del Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. inicial y final).

Ej.: PARRA JIMÉNEZ, M.ª Á. (2000). Comentario al art. 211. En: J. Rams Albesa (coord.), *Comentario al Código Civil,* Tomo II, Vol. 2º. Barcelona: Bosch (pp. 1764-1790).

— *Artículo:*
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.

— *Documento electrónico:*
Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización**.**

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139

— Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

  Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente…

— *Tanto las citas con referencia bibliográfica como las NOTAS que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas, y no en la página en que corresponda insertar la cita.*

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.

Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €
ISSN 0210-0444